

Università degli Studi della Calabria

Dipartimento di Scienze Giuridiche

Dottorato di Ricerca in Impresa, Stato e Mercato

XXIV° Ciclo

TESI DI DOTTORATO

*L'incidenza dei diritti fondamentali
sull'autonomia negoziale privata*

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Supervisore

Prof. Vincenzo Ferrari



Dottorando

Dr. Pasquale Laghi



Coordinatore

Chiar.mo Prof. GUERINO D'IGNAZIO



Anno Accademico 2010 - 2011

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO PRIMO

L'IDEOLOGIA SOTTESA ALLE LEGISLAZIONI CIVILI ED IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI: DALL'“INDIVIDUO” ALLA “PERSONA”.

SEZIONE I

IDEOLOGIA E LEGISLAZIONE DEI RAPPORTI TRA PRIVATI: DALL'INDIVIDUO ALLA PERSONA

1. Premessa: prospettiva storico-ideologica e rilevanza dei diritti fondamentali.....	7
2. La codificazione delle leggi civili e l'influenza dei principi giusnaturalisti e dell'ideologia liberale: il <i>Code civil</i> del 1804 e l'esperienza tedesca.....	9
2.1. Il processo di codificazione in Italia: dalla bipartizione tra codice civile (1865) e codice di commercio (1865 e 1882) alla unificazione legislativa con il codice civile del 1942. Dal liberalismo borghese alla concezione corporativista.....	14
3. Costituzione repubblicana e normativa civilistica: nuovi criteri interpretativi e legislazione speciale.....	20
4. Lex mercatoria e solidarietà: il rapporto tra mercato e persona.....	25
5. L'avvento del diritto comunitario e la tutela del consumatore.....	29
5.1. L'evoluzione del principio personalista nella giurisprudenza comunitaria: dalla tutela del mercato alla prevalenza della persona. La considerazione del consumatore da “soggetto del mercato” a “persona”.	32
6. Considerazioni conclusive: diritti fondamentali ed autonomia negoziale. Verso un diritto europeo dei contratti.....	36

SEZIONE II

DIRITTI FONDAMENTALI, FONTI DEL DIRITTO E METODO INTERPRETATIVO: DALLA STORIA DELLE IDEE ALLA REALTÀ NORMO-APPLICATIVA NELL' AMBITO DEI RAPPORTI PATRIMONIALI

7. Premessa: il concetto di “diritti fondamentali” nella comune esperienza giuridica.....	39
8. L'evoluzione dei diritti fondamentali nella storia del pensiero occidentale ed i principali riconoscimenti positivi nell'età moderna: la Costituzione federale degli Stati Uniti d'America del 1787; la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789; la Costituzione di <i>Weimar</i> del 1919. La crisi dei diritti fondamentali nella “stagione” dei totalitarismi.....	41
9. I diritti fondamentali nel secondo dopoguerra: la sintesi tra giusnaturalismo, socialismo e personalismo. La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea generale dell'ONU del 1948. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950. La Costituzione italiana del 1948.....	44

10. I diritti fondamentali nell'Unione Europea: dal modello economico a quello personalistico. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000. La fallimentare esperienza della Costituzione europea del 2004. Il Trattato di Lisbona del 2007 e la svolta "personalista" dell'ordinamento comunitario.....	49
11. La rilevanza gerarchica dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti dell'ordinamento italo-comunitario.....	52
12. Il metodo interpretativo e l'incidenza diretta dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti giuridici patrimoniali: <i>direkte drittwirkung</i> ed <i>indirekte drittwirkung</i> : un'opzione di metodo. L'orientamento della giurisprudenza italiana costituzionale e di legittimità dal secondo dopoguerra in poi.....	56

CAPITOLO SECONDO

AUTONOMIA NEGOZIALE ED ASSIOLOGIA COSTITUZIONALE

SEZIONE I

AUTONOMIA NEGOZIALE, AUTONOMIA CONTRATTUALE E TUTELA DELLA PERSONA

1. Il rapporto tra autonomia privata ed ordinamento giuridico dalla prospettiva liberale alla legalità costituzionale.....	62
2. La meritevolezza dell'interesse: dalla visione corporativistica alla rilettura costituzionale. Il rapporto tra meritevolezza e liceità. "Ragionevolezza" e "proporzionalità" quali elementi del giudizio di meritevolezza. Il superamento della distinzione tra "tipicità" e "atipicità" contrattuale alla luce del giudizio di meritevolezza.....	67
2.1. La rilettura costituzionale del principio di meritevolezza nella innovazione normativa di cui all'art. 2645-ter c. c. sugli atti di destinazione.....	74
3. I nuovi profili del contratto e l'incidenza dei diritti fondamentali sul piano strutturale e su quello funzionale. Premessa alla ricerca.....	75
4. Introduzione al tema della causa del contratto. L'evoluzione del concetto. Le teorie "soggettivistiche" poste a base del <i>Code civil</i> del 1804 e del Codice civile italiano del 1865 ed il riferimento della nozione di causa all'obbligazione.....	76
4.1. Il codice civile del 1942 e l'oggettivizzazione della causa ed il riferimento al contratto, quale funzione-economico dello stesso. Differenziazione tra "causa" e "tipo" contrattuale.....	78
4.2. La teoria della "causa concreta": la causa come "funzione economico-individuale del contratto. Il mantenimento della prospettiva "oggettiva" e la valutazione dell'interesse "concretamente" perseguito sotto il profilo della meritevolezza costituzionale. La tesi della causa come "clausola generale" dell'ordinamento (teoria di R. Rolli).....	80
5. Formazione del consenso e tutela del contraente debole: dal volontarismo borghese alla disciplina italo-comunitaria. Rinvio.....	85
6. Dal concetto di "contenuto" del contratto, quale espressione immediata della volontà delle parti a quello di "regolamento negoziale", quale risultato della convergenza di fonti ulteriori alla volontà privata. Premesse al tema dell'equilibrio contrattuale. Rinvio.....	92

7.	Gli elementi accidentali del contratto: la condizione ed il “modo”. Il metodo interpretativo e la qualificazione di illiceità per contrarietà ai principi fondamentali.....	94
8.	La teoria delle “forme” secondo la dottrina tradizionale: il principio della libertà delle forme e la “forma” vincolata quale strumento di tutela di interessi di ordine pubblico. Forma <i>ad substantiam</i> e forma <i>ad probationem</i> : elementi distintivi.....	96
8.1.	La nuova teoria delle “forme” negoziale: la connessione del requisito formale con i principi fondamentali dell’ordinamento e la considerazione dell’interesse sostanziale sotteso al rapporto giuridico (teoria di Pietro Perlingieri).....	99
8.2.	Il neoformalismo negoziale nel diritto italo-comunitario dei contratti. La nuova funzione della forma e le finalità protettive del contraente debole. Il temperamento delle esigenze di protezione della persona e le istanze legate alla realizzazione del mercato concorrenziale.....	101
9.	Premessa. Il sistema delle invalidità negoziali: fondamento e funzione nella concezione tradizionale.....	103
9.1.	Le “nullità di protezione” ed il problema della loro convalidabilità nella concezione assiologica improntata alla legalità costituzionale. La “prospettiva del singolo rapporto” e la considerazione dell’“interesse finale” protetto dalla norma invalidante quali presupposti di valutazione della ammissibilità della convalida (teoria di Giovanni Perlingieri).....	107

SEZIONE II
 CLAUSOLE GENERALI ED ABUSO DEL DIRITTO

10.	Premessa: le clausole generali quali strumenti di attuazione dei principi fondamentali dell’ordinamento: la strumentalità all’ideologizzazione dell’impianto normativo.....	113
10.1.	Le clausole generali nelle codificazioni dei rapporti civili e l’evoluzione storica della loro ruolo negli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.....	115
10.2.	Clausole generali e ruolo del giudice. La certezza del diritto garantita per mezzo dell’assiologia costituzionale. La sindacabilità giurisdizionale in ordine all’applicazione delle clausole generali.	118
11.	L’abuso del diritto, impianto ideologico e codificazione: evoluzione e definizione dell’istituto nella legislazione, nella giurisprudenza e nella legislazione europea.....	125
11.1.	Abuso del diritto, clausole generali e valori costituzionali: la “normalizzazione” dell’esercizio dei diritti soggettivi e la “razionalizzazione” del sistema. L’“oggettivizzazione” dell’istituto e i rimedi alla configurazione dell’abuso.....	128
11.2.	L’abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: casistica.....	133
11.3.	Abuso del diritto e recesso <i>ad nutum</i>	135
11.4.	Le conseguenze derivanti dall’accertamento della violazione del divieto di abuso del diritto sul contratto e sulla posizione giuridica delle parti.....	138
11.5.	La nozione di abuso del diritto nell’ordinamento comunitario. Il divieto di abuso quale criterio di esercizio dei diritti riconosciuti dal sistema comunitario nel rapporto con le legislazioni nazionali.....	141

12.	L'Exceptio doli nel pensiero giuridico e nella dinamica delle relazioni intersoggettive. I rapporti tra l'eccezione generale di dolo e l'abuso del diritto nella dottrina e nella giurisprudenza. Casistica.....	142
13.	Rilievi comparatistici: l'istituto dell'estoppel quale strumento di tutela dell'affidamento nel sistema di common law.....	148

CAPITOLO TERZO

EQUILIBRIO CONTRATTUALE ED ETEROINTEGRAZIONE DEL REGOLAMENTO NEGOZIALE TRA TEORIA E PRASSI

1.	Premessa: il concetto di equilibrio contrattuale.....	149
2.	Equilibrio contrattuale e sistema ideologico di base. Contratti a prestazione corrispettive e contratti aleatori: verso il nuovo diritto dei contratti. La teoria della proporzionalità invertita nei contratti aleatori e nei negozi collegati (tesi di V. Ferrari).....	150
2.1.	La prospettiva liberal-volontarista: la corretta formazione del consenso quale presupposto della giustizia dell'accordo. L'irrelevanza del contenuto economico del contratto.....	154
3.	Il ruolo della rescissione del contratto nella prospettazione del codice civile.	157
3.1.	L'annullabilità del contratto per incapacità naturale.....	161
3.2.	La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.. La revisione del prezzo nell'appalto.....	161
3.3.	L'originaria configurazione del delitto di usura prima della riforma del 1996 ed il suo coordinamento con la normativa civilistica (art. 1815, comma secondo, c. c. ed art. 1448 c. c.). Il nuovo assetto disciplinare risultante dalla riforma del 1996.....	164
4.	La disciplina delle condizioni generali di contratto e la tutela dell'equilibrio normativo.....	167
5.	L'incidenza dei principi costituzionali sulla disciplina del regolamento negoziale: verso la ricerca dell'equilibrio economico nelle operazioni negoziali.....	170
6.	L'inserzione automatica di clausole e l'integrazione del regolamento negoziale. Il ruolo dell'art. 1339 c. c. nella problematica dell'equilibrio contrattuale. Premesse alla reinterpretazione in chiave assiologica dell'art. 1374 c. c.....	172
7.	Il criterio di equità come fonte di diritto oggettivo e criterio applicativo di norme giuridiche.....	177
7.1.	L'equità come fonte di integrazione del contratto nella rilettura assiologica. I poteri del giudice di intervento correttivo del regolamento contrattuale secondo equità.....	188
8.	La clausola generale di buona fede quale strumento volto a garantire l'equilibrio economico del regolamento negoziale.....	191
8.1.	La clausola di buona fede e l'obbligo di rinegoziazione.....	194
9.	L'istituto della presupposizione e le sopravvenienze contrattuali. Dall'impostazione "soggettivistica" a quella "oggettivistica". Il rapporto tra presupposizione e buona fede nel quadro della tutela dell'equilibrio economico del negozio giuridico.....	198
10.	Il controllo dell'equilibrio economico del contratto per mezzo del principio di proporzionalità, enucleato dal sistema italo-comunitario delle fonti. La riducibilità di ufficio della clausola penale.....	203
11.	La teoria della "causa concreta" come strumento di controllo dell'equilibrio economico del contratto. Critica.....	209

12. La tutela dell'equilibrio contrattuale ed il ruolo dell'equità e della buona fede nei principi internazionali in materia contrattuale. Introduzione alla normativa italo-comunitaria ed i "Principles of Existing EC Contract Law – Acquis Principles". I Principi Unidroit ed il Codice della Commissione Lando.....	211
---	-----

CAPITOLO QUARTO

EQUILIBRIO CONTRATTUALE E TUTELA DEL CONTRAENTE-DEBOLE NEL DIRITTO COMUNITARIO E NELLA NORMATIVA INTERNA DI ATTUAZIONE

1. L'equilibrio normativo nel codice civile e nel diritto comunitario.....	218
1.1. La tutela italo-comunitaria dell'equilibrio normativo del contratto e l'emersione dei c. d. "nuovi vizi del consenso".....	221
2. Diritto dei consumi ed intervento comunitario: i principi guida in tema di equilibrio contrattuale. Trasparenza, diritto all'informazione e "neoformalismo negoziale". Il nuovo ruolo della "forma" del sistema dei contratti del consumatore.....	224
3. Il Codice del consumo: la tutela del consumatore come espressione dei fondamentali principi di tutela della persona umana nell'ordinamento italo-comunitario. Il principio di trasparenza e la tutela dell'equilibrio normativo del contratto.	226
3.1. L'educazione e l'informazione del consumatore: il ruolo propedeutico al riequilibrio delle asimmetrie contrattuali tra imprenditore e consumatore.	229
4. La funzione protettiva del recesso nell'ambito dei contratti del consumatore. <i>Jus poenitendi</i> e recesso di autotutela come strumenti di riequilibrio normativo del contratto.....	231
5. Buona fede, correttezza e lealtà nelle pratiche commerciali e nella pubblicità: la corretta autodeterminazione del consumatore alla conclusione del contratto.....	234
6. La disciplina delle clausole vessatorie nel quadro dell'equilibrio normativo del contratto. L'ambiguità del riferimento alla buona fede. Trasparenza e giudizio di vessatorietà. L'esclusione del controllo dell'adeguatezza del contenuto economico del negozio.....	242
7. I contratti del consumatore nella disciplina italo-comunitaria e la tutela dell'equilibrio normativo del contratto: a) contratti negoziati fuori dei locali commerciali.....	252
7.1. b) contratti a distanza.....	256
7.2. c) la disciplina dei contratti bancari nel T.U.B.....	262
7.3. d) credito al consumo, trasparenza e "completezza" del regolamento negoziale. Connessione con i principi personalistici.....	268
7.4. e) commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.....	272
7.5. f) i prodotti assicurativi nella disciplina del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209).....	276
7.6. g) i contratti di viaggio e la tutela del consumatore debole nella commercializzazione di "pacchetti" turistici: la nuova disciplina dettata dal Codice del turismo (D.Lgs 23 maggio 2011, n. 79).....	282
7.7. h) i contratti di "multiproprietà", "relativi a un prodotto per le vacanze", di "rivendita" e di "scambio" nel contesto dei rapporti di consumo, a seguito della riforma apportata dal Codice del turismo (D.Lgs 23 maggio 2011, n. 79).....	286
7.8. i) il commercio elettronico e le comunicazioni elettroniche.....	291

8. Verso il riconoscimento della valenza generale dell'equilibrio contrattuale nell'ambito delle negoziazioni. Il superamento del concetto di "debolezza contrattuale" riferito al solo consumatore e la tutela dell'equilibrio nei contratti tra imprenditori.....	295
8.1. La legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura ed il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 di attuazione della direttiva 2000/35/CE concernente la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la "nuova" Direttiva 2011/7/UE.....	296
BIBLIOGRAFIA.....	307
ELENCO DELLE DECISIONI CITATE.....	350

INTRODUZIONE

Il tema dei diritti fondamentali è da alcuni anni al centro di un intenso processo di rivisitazione volto a metterne in luce le potenzialità espansive anche nel contesto dei rapporti intersoggettivi.

Infatti, con la promulgazione della Costituzione repubblicana i valori supremi della persona hanno acquisito una valenza normativa concreta - non più confinata alla dimensione astratta della dichiarazione di principio – avendo ingresso nella gerarchia delle fonti del diritto e ponendosi quali strumenti di disciplina delle relazioni giuridiche.

Tale processo ha ottenuto una maggiore intensità con l'avvento del diritto comunitario che, dall'originaria "vocazione" economicistica, nell'ultimo decennio ha posto i diritti umani a fondamento del sistema, attribuendo ad essi, con il Trattato di Lisbona, una immediata valenza normativa.

Tali valori, pertanto, nell'attuale contesto rappresentano il comune denominatore dell'ordinamento giuridico che, seppur diversificato in molteplici sistemi e sottosistemi, trova un vertice assiologico unitario nel primato della persona.

Data, quindi, per acquisita la "fisionomia" positiva dei valori fondamentali deve affrontarsi il problema del "metodo" attraverso cui essi possano concretamente incidere sui rapporti intersoggettivi, rispetto al quale si sono segnalate diverse impostazioni di principio e tecniche operative - che vanno dall'efficacia precettiva diretta al metodo interpretativo assiologicamente orientato - ma sostanzialmente convergenti nel risultato.

In questo senso un ruolo molto importante hanno rivestito i contributi della dottrina, soprattutto tedesca, e della giurisprudenza che nel corso del tempo hanno avviato un processo di adeguamento dell'ordinamento giuridico alla realtà sociale attraverso un metodo esegetico improntato al primato dei valori fondamentali.

Muovendo da queste acquisizioni teoriche può essere condotta l'opera di ridefinizione dell'autonomia negoziale nel sistema italo-comunitario delle fonti, nel cui scenario mutevole ed a volte contraddittorio, dogmatica, legislazione e diritto vivente convergono nel tentativo di edificazione di un nuovo diritto dei contratti improntato al rispetto effettivo della dignità della persona, nel disegno di "razionalizzazione" ed "eticizzazione" del mercato.

Siffatta prospettiva, peraltro, favorisce anche il riavvicinamento, sul piano disciplinare, tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, i quali troverebbero nella funzionalizzazione delle strutture negoziali al raggiungimento di risultati coerenti con i valori comuni sottesi all'ordinamento il proprio punto di convergenza.

Tale ricerca, tuttavia, presuppone un'indagine critica del ruolo che nel corso del tempo le legislazioni civili hanno riconosciuto alla "persona", in considerazione del sostrato ideologico che ha costituito la base dell'ordinamento.

L'autonomia negoziale, infatti, è profondamente influenzata dal diverso atteggiarsi del rapporto tra Stato, mercato e persona, venendo a svolgere ruoli differenti in dipendenza delle diverse caratteristiche di detta interrelazione, ponendosi come area di libertà del privato nei confronti dello Stato per la realizzazione di interessi soggettivi lucrativi, col conseguente degradamento della dignità umana a mero "valore di scambio"¹; oppure quale strumento di attuazione concreta dei valori fondamentali della persona, costituenti il riferimento teleologico a cui l'attività intersoggettiva deve essere orientata.

Il raffronto che si pone è quello tra liberalismo, corporativismo e personalismo, che, malgrado la tendenziale stabilità del dato positivo, hanno fortemente influenzato l'interpretazione delle norme e degli istituti giuridici, favorendo un'esegesi funzionale al perseguimento ed alla realizzazione degli obiettivi particolari di ciascuna concezione.

¹ v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 472.

Nell'attuale contesto ordinamentale, il vertice assiologico è rappresentato dai diritti fondamentali della persona, che assurgono a presupposto e fine dell'azione politica, legislativa e giudiziaria ed impongono un'opera di razionalizzazione dei comportamenti umani che si realizzi attraverso un temperamento tra valori antitetici.

Tale linea prospettica implica il superamento delle logiche separazioniste di matrice liberale ed apre all'ammissibilità dell'intervento direttivo del potere legislativo anche nel settore del mercato, che non sarà più un'area autonoma sottratta alla regolazione positiva, ma assumerà una dimensione strumentale al soddisfacimento dei bisogni umani essenziali e prioritari della persona.

In questo senso devono essere interpretate le disposizioni costituzionali che pongono al vertice dell'ordinamento i diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.), e promuovono la realizzazione di una eguaglianza sostanziale dei consociati; quelle che antepongono alle istanze produttive la persona del lavoratore (artt. 36-38 Cost.); e soprattutto le norme che regolano l'iniziativa economica privata, subordinandone il libero esercizio al rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana ed alle linee programmatiche predeterminate dalla legge e finalizzate all'utilità sociale (art. 41 Cost.). Analoga funzione sociale è già riconosciuta alla proprietà privata negli artt. 42 e 43 Cost.

Siffatto quadro ha inciso profondamente sull'autonomia negoziale e contrattuale, che in tempi recenti ha subito importanti mutamenti di prospettiva, generati dalle interrelazioni tra valori costituzionali e diritto comunitario, le quali hanno messo in crisi il tradizionale apparato dogmatico e formalistico derivante dalle dottrine liberali sottese alle varie codificazioni, nonché le obsolete concezioni dirigeristiche.

In tale ordine di idee, particolarmente significativi sono in ambito europeo gli interventi posti a tutela del consumatore.

Se, infatti, dapprincipio questi erano funzionali alla realizzazione del mercato comune, attraverso la predisposizione di un sistema di scambi equilibrato, coerentemente coi principi liberali ispirati all'eguaglianza formale degli operatori economici, intesa come presupposto della efficienza delle transazioni commerciali; sicché, secondo la visione comunitaria, la persona rappresentava semplicemente un "soggetto del mercato"².

La "svolta" personalista dell'Unione europea, successivamente realizzatasi attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo, ha inciso anche su questo versante, favorendo l'instaurazione di un nuovo indirizzo normativo e giurisprudenziale a favore del consumatore, delineato come soggetto debole, la cui posizione deve essere protetta contro interessi patrimonialistici volti alla massimizzazione del profitto³.

In questo senso si è sviluppata la tendenza comunitaria a regolamentare il mercato non solo sotto il profilo economico, ma anche e soprattutto per garantirne uno "sviluppo sostenibile", che alle ragioni dell'impresa anteponga quelle della persona, il cui valore prioritario è stato sancito a partire dal Trattato di Amsterdam del 1997⁴, ed ha trovato la propria consacrazione effettiva nel Trattato di Lisbona del 2007.

Nel panorama normativo delineato dal sistema italo-comunitario, il consumatore è titolare di alcuni diritti definiti (impropriamente) "fondamentali" – quali l'informazione, l'educazione, la protezione, l'assistenza, la rappresentanza – volti a favorire il riequilibrio della posizione soggettiva di svantaggio in cui questi viene a trovarsi a causa del maggiore potere contrattuale dell'altro contraente-professionista ed esplicativi dell'esigenza di tutela della sua dignità di persona⁵.

2 v. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 95

3 v. MENGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2009, p. 1 ss.

4 v. ALPA, *L'applicabilità della convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Europa e diritto*, 1999, 3, p. 873 ss.

5 v. ALPA, *I diritti dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, p. 73.

È, quindi, evidente il ruolo che i valori inviolabili vengono a svolgere nell'odierno contesto ordinamentale, spiegando una diretta incidenza sulla struttura positiva dello stesso e più in generale sul rapporto tra persona e mercato, che si esplica nell'essenziale contemperamento costituzionale che subordina il libero esercizio dell'iniziativa economica privata al rispetto della dignità umana, non solo sul piano negativo, quale limite esterno, ma anche su quello positivo della promozione e realizzazione di quest'ultima, in coerenza con gli obiettivi fondamentali della uguaglianza sostanziale e della solidarietà sociale.

Da questa premessa ideologico-normativa discendono ricadute notevoli sul concetto di autonomia negoziale e sulla configurazione del contratto.

La prima non costituisce più un "dogma", improntato ad una concezione "volontarista" dei rapporti intersoggettivi ed espressivo della libertà dell'individuo nei confronti dello Stato, il quale non poteva ingerirsi negli assetti sostanziali del regolamento di interessi convenuto dai privati contraenti, potendo solo porre dei limiti esterni volti a garantire l'uguaglianza formale delle parti nella negoziazione e la conformità della stessa a vincoli di rilevanza generale o uno strumento, secondo la prospettazione dell'ideologia corporativista, per la realizzazione degli obiettivi economici e sociali del regime politico, attraverso un maggiore interventismo statale.

L'autonomia privata, infatti, nel sistema costituzionale, viene posta in relazione con i diritti fondamentali, che penetrano all'interno dell'atto di autonomia, funzionalizzandolo alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, in quanto espressivi della suprema valenza assiologica della persona nell'intero contesto ordinamentale⁶.

Il giudizio di meritevolezza, quindi, riacquisita la sua indipendenza concettuale ed operativa, non rappresentando più un mero vaglio di compatibilità del regolamento privato con l'interesse pubblico allo sviluppo dell'economia nazionale, costituendo, invece, l'accertamento positivo della funzionalità del singolo e concreto assetto negoziale posto in essere dalle parti alla realizzazione dei valori fondamentali.

Emerge, conseguentemente, con rinnovato vigore la nettezza della distinzione – in passato messa in ombra da una parte della dottrina - tra liceità e meritevolezza: la prima è confinata ad una funzione di controllo "esterno" dell'atto di autonomia relativamente al rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume, ossia di elementi positivizzati nella normazione vigente o da essi desumibili; la seconda è orientata a valutarne la conformità "interna" e concreta con i valori fondamentali su cui è edificato l'intero ordinamento giuridico⁷.

Il giudizio di meritevolezza, tuttavia, non apre le strade all'arbitrio ideologico legato alle concezioni soggettive dell'interprete, in quanto si muove entro gli "argini" dell'assiologia costituzionale ed in particolar modo facendo riferimento ai principi di sistema che da questa discendono, quali la ragionevolezza e la proporzionalità⁸.

La ragionevolezza - che emerge quale criterio di giudizio diffusamente adoperato nelle pronunce della giurisprudenza costituzionale, seppur secondo accezioni differenti, idonee a configurarlo come "principio implicito"⁹ dell'ordinamento, volto a ricondurre lo stesso a razionalità - esplica la sua funzione sul piano "qualitativo", operando una selezione, in sede di bilanciamento, tra i valori eterogenei riguardati dalla fattispecie concreta, onde addivenire ad un rapporto di equilibrio tra gli stessi.

6 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 315-328

7 v. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, 2000, p. 459; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2008, p. 190 ss..

8 v. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, in *Diritto Privato, Studi in onore di Antonio Palazzo*, I, *Fondamenti etici e processo*, Torino, 2009, p. 118 ss.

9 v. GIORGINI, *Ragionevolezza ed autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 191.

Il principio di proporzionalità¹⁰, di derivazione comunitaria, ma non estraneo al sistema normativo costituzionale ed ordinario¹¹, implica, invece, un controllo di ordine "quantitativo" tra le prestazioni dedotte nel rapporto contrattuale, il cui equilibrio (non già l'equivalenza) consente di poter affermare la conformità sostanziale dell'operazione negoziale ai valori costituzionali della solidarietà e dell'eguaglianza in cui si esprime il primato assiologico della persona¹².

Conseguentemente, il giudizio di meritevolezza si esplica sia sul piano "qualitativo" della ragionevolezza, che su quello "quantitativo" della proporzionalità¹³ ed integra una valutazione unitaria inerente alla singola e concreta operazione negoziale posta in essere dai privati, indipendentemente dal suo inquadrarsi in uno schema "tipico" o "atipico".

Infatti, nel sistema costituzionale, tanto la distinzione tra "sfera" pubblica e "sfera" privata, che la distinzione tra fattispecie "tipica" e fattispecie "atipica", tendono a svanire o per lo meno a trovare un principio comune di unità nella preminenza dei valori fondamentali della persona.

In merito alla figura del contratto, la prospettiva accennata ne impone la necessità di una rideterminazione delle sue componenti, da realizzarsi in via interpretativa.

Ciò sia sul piano strutturale della fattispecie, ridefinendo in senso assiologicamente orientato i requisiti del negozio, sia sul piano dinamico del rapporto, al fine di assicurare la coerenza dell'assetto di interessi realizzato dalla convenzione ai valori fondanti il sistema, funzionalizzando l'atto di autonomia alla loro realizzazione¹⁴.

Ne discende, quindi, la necessità di esaminare gli elementi del contratto, quali la causa, l'accordo, la forma, la condizione, per delinearne la "fisionomia" e la funzione nel quadro dei valori costituzionali, nonché il contenuto o regolamento del negozio, rispetto al quale si pongono le delicate questioni attinenti l'equilibrio contrattuale – sotto il versante normativo ed economico – e l'ammissibilità dell'eterointegrazione giudiziale a fini equitativi, anche alla luce dei principi innovativi recentemente introdotti dalla normativa comunitaria in materia di contratti del consumatore e di contratti tra imprese.

In questo contesto, una particolare attenzione deve essere riservata al tema delle "clausole generali" – tradizionalmente avversate dai sistemi liberal-individualistici – sia quali "valvole" di accesso all'integrazione del regolamento negoziale, sia quali criteri guida nello svolgimento del rapporto negoziale, in considerazione della loro funzionalità a consentire l'adeguamento dell'ordinamento ai valori fondamentali ed a permettere il superamento di una logica-giuridica astratta e formalista in favore di una "dimensione" sostanziale del rapporto.

Di importanza non minore sono le questioni relative alla rimediazione del concetto di "invalidità" contrattuale - sulla scorta della recente legislazione italo-comunitaria che ha introdotto la figura delle "nullità di protezione" – la quale non si pone più come categoria monolitica, preordinata alla tutela di interessi generali, ma si "piega" ad valutazione concreta degli interessi riguardati dall'operazione negoziale, sotto il profilo della meritevolezza qualificata dai valori costituzionali, aprendo, quindi, alla possibilità di una sanatoria nei casi in cui l'inosservanza delle prescrizioni non alteri l'equilibrio del rapporto e non pregiudichi l'"interesse finale" delle parti, in considerazione della sua essenziale idoneità a realizzare le finalità logiche ed utilitaristiche protette¹⁵.

10 v. CASUCCI, *Il principio proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2000, p. 13 ss.

11 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 383 ss.

12 v. FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001, p. 105.

13 v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio della posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di Ferroni, Napoli, 2002, p. 52.

14 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 159 ss.

15 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010.

Il quadro di insieme che discende dalle esposte premesse è estremamente variegato e tutt'altro che definito e compiuto, presentandosi in un momento storico di grande incertezza ideologica e culturale, in cui innovati i dogmi ed i fondamenti teorici tradizionali, si pone l'esigenza di un criterio guida, che al tempo stesso costituisca la base e l'obiettivo a cui l'azione politica, legislativa e giurisdizionale deve tendere con il coraggio ed il timore che ogni innovazione presenta.

In questo processo i valori inviolabili della persona umana e della sua dignità rappresentano senza dubbio un parametro sicuro, ancorché la loro realizzazione sia costantemente ostacolata dalle logiche utilitaristiche del mercato, ma il futuro è ancora tutto da scrivere.

CAPITOLO PRIMO

L’IDEOLOGIA SOTTESA ALLE LEGISLAZIONI CIVILI ED IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI: DALL’“INDIVIDUO” ALLA “PERSONA”.

SOMMARIO: SEZIONE I: IDEOLOGIA E LEGISLAZIONE DEI RAPPORTI TRA PRIVATI: DALL’INDIVIDUO ALLA PERSONA: 1. Premessa: prospettiva storico-ideologica e rilevanza dei diritti fondamentali. - 2. La codificazione delle leggi civili e l’influenza dei principi giusnaturalisti e dell’ideologia liberale: il *Code civil* del 1804 e l’esperienza tedesca. - 2.1. Il processo di codificazione in Italia: dalla bipartizione tra codice civile (1865) e codice di commercio (1865 e 1882) alla unificazione legislativa con il codice civile del 1942. Dal liberalismo borghese alla concezione corporativista. - 3. Costituzione repubblicana e normativa civilistica: nuovi criteri interpretativi e legislazione speciale. - 4. Lex mercatoria e solidarietà: il rapporto tra mercato e persona. - 5. L’avvento del diritto comunitario e la tutela del consumatore. - 5.1. L’evoluzione del principio personalista nella giurisprudenza comunitaria: dalla tutela del mercato alla prevalenza della persona. La considerazione del consumatore da “soggetto del mercato” a “persona”. - 6. Considerazioni conclusive: diritti fondamentali ed autonomia negoziale. Verso un diritto europeo dei contratti. - SEZIONE II: DIRITTI FONDAMENTALI, FONTI DEL DIRITTO E METODO INTERPRETATIVO: DALLA STORIA DELLE IDEE ALLA REALTÀ NORMO-APPLICATIVA NELL’AMBITO DEI RAPPORTI PATRIMONIALI: 7. Premessa: il concetto di “diritti fondamentali” nella comune esperienza giuridica. - 8. L’evoluzione dei diritti fondamentali nella storia del pensiero occidentale ed i principali riconoscimenti positivi nell’età moderna: la Costituzione federale degli Stati Uniti d’America del 1787; la Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789; la Costituzione di *Weimar* del 1919. La crisi dei diritti fondamentali nella “stagione” dei totalitarismi. - 9. I diritti fondamentali nel secondo dopoguerra: la sintesi tra giusnaturalismo, socialismo e personalismo. La Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo adottata dall’Assemblea generale dell’ONU del 1948. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950. La Costituzione italiana del 1948. - 10. I diritti fondamentali nell’Unione Europea: dal modello economico a quello personalistico. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea del 2000. La fallimentare esperienza della Costituzione europea del 2004. Il Trattato di Lisbona del 2007 e la svolta “personalista” dell’ordinamento comunitario. - 11. La rilevanza gerarchica dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti dell’ordinamento italo-comunitario. - 12. Il metodo interpretativo e l’incidenza diretta dei diritti fondamentali nell’ambito dei rapporti giuridici patrimoniali: *direkte drittwirkung* ed *indirekte drittwirkung*: un’opzione di metodo. L’orientamento della giurisprudenza italiana costituzionale e di legittimità dal secondo dopoguerra in poi.

SEZIONE I
IDEOLOGIA E LEGISLAZIONE DEI RAPPORTI TRA PRIVATI:
DALL'INDIVIDUO ALLA PERSONA

1. *Premessa: prospettiva storico-ideologica e rilevanza dei diritti fondamentali.*

L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale va esaminata nel quadro organico delle concezioni ideologiche sottese alle legislazioni civilistiche che, evolvendosi nel tempo, hanno introdotto e disciplinato interessi variegati e meritevoli.

A far tempo dal Settecento si è andata consolidando una relazione dialettica tra ideologia, politica e diritto approdata nell'attuazione concreta di un modello di società caratterizzato da un controllo autoritativo di portata generale sui processi economici individuali e socialmente rilevanti.

Le principali correnti di pensiero ispiratrici delle codificazioni civili hanno rivolto un'attenzione crescente alla persona ed hanno trovato riscontro nei contesti ordinamentali.

In questa prospettiva, nel corso delle vicende storiche susseguitesì, si è sviluppata e costruita la dottrina dello Stato, articolata nei poteri e rapportata all'individuo, come persona e nelle relazioni intersoggettive.

Il contrasto tra individualismo e personalismo, nelle rispettive sfumature ideologiche, deve essere esaminato muovendo dalle impostazioni liberali e borghesi implicate nelle codificazioni illuministiche, come il *Codé civil*, il Codice civile italiano del 1865 e il BGB tedesco del 1900, enucleando il modello di società a cui essi tendevano e conseguentemente la base ideologica sottesa ai vari istituti¹⁶; occorre, poi, considerare l'assetto normativo conseguente al declino del pensiero liberale e introdotto in Italia dal codice civile del 1942, ispirato all'ideologia corporativa del fascismo¹⁷, e quindi fermare l'attenzione sulla Costituzione italiana del 1948, che ha centralizzato la tutela dei valori democratici, determinando una radicale revisione sul piano normativo ed interpretativo degli istituti giuridici tradizionali, funzionalizzati segnatamente alla protezione di interessi eccedenti la sfera già tutelata della stretta individualità¹⁸.

In questa direzione è confluita la normazione comunitaria, che ha innovato il sistema delle fonti del diritto, formando con la legislazione statale un ordinamento unitario risultante dalla convergenza e dalla omologazione delle due componenti¹⁹.

Tale assetto politico-istituzionale dell'Europa del secondo dopoguerra – in evoluzione rapida e continua – ha dovuto fare i conti con le istanze del sistema economico globale, ritenuto il nuovo "centro" della sovranità, rispetto al quale si sono manifestati in tempi recenti numerosi

16 v. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle "Loix civiles" di Jean Domat*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, Bologna, 1972; ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, trad. di Bonavita e De Rensis, Napoli, 2005; ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009; MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2009.

17 v. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, Roma-Bari, 2009; DONATI, *I valori della codificazione civile*, Padova, 2009; PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, p. 359 ss.; BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 222 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1952 rist.

18 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 11 ss.; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2006.

19 v. P. PERLINGIERI, *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, Napoli, 1998, p. 33 ss.; CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo*, *Dal mercato alla persona*, Napoli, 2009; MENGONI, *Note sul rapporto fra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, cit., p. 23 ss.

tentativi di “eticizzazione” e “razionalizzazione”, nel perseguimento di un “giusto” punto di equilibrio tra efficienza del mercato e tutela della persona²⁰.

In tale processo assume una rilevanza primaria l’individuazione dei valori fondamentali posti a base dell’ordinamento e volti ad orientarlo nel senso della loro piena concretizzazione²¹.

A questo fine, le diverse costruzioni ideologiche in tema di diritti inviolabili vanno poste a confronto per individuare la base assiologica dell’attività legislativa ed il coerente criterio interpretativo-applicativo, dai quali non si può prescindere per indirizzare il potere politico ed economico verso il corretto perseguimento di finalità sociali coordinate con gli interessi concreti della persona.

La nozione di “diritto fondamentale” nel vigente ordinamento deve essere desunta prioritariamente dalle “Carte” di diritti introdotte nel secondo dopoguerra, che la collegano alla persona umana ed alla sua dignità, considerate non separatamente, ma congiuntamente e in coordinazione col sistema dei valori sociali espressi e tutelati dallo Stato con l’esercizio dell’azione politica²².

Si è, quindi, superato il rapporto conflittuale tra “individuo” e “Stato”, secondo cui la persona rileva nell’ordinamento in quanto cittadino, ossia nella sua relazione di appartenenza allo Stato, e gode di alcune facoltà, che si pongono quali “limiti negativi” all’azione invasiva dell’autorità pubblica, con la conseguenza che i “diritti” finiscono per costituire solo una manifestazione limitata delle libertà: si oltrepassa la concezione della valenza “programmatica” dei diritti umani, assoggettando a precetti esterni riduttivi le relazioni intersoggettive²³.

20 v. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 92; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 1 ss.; SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2007

21 v. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, Torino, 1999; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale, Roma-Bari, 2008; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, 2007, p. 724 ss.; BALDASSARRE, Voce “*Diritti inviolabili*”, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1989, p. 1 ss.; BOGNETTI, Voce “*Diritti dell’uomo*”, in *Dig. it. – Sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 385; cfr. RAZ, *Human Rights Without Foundations*, Oxford, 2007, p. 27; COSTA, Voce “*Diritti fondamentali (storia)*”, in *Enc. dir. – Annali*, Milano, 2008, p. 365 ss.; CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009.

22 v. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, cit., p. 165, il quale rileva come “il problema della persona non può essere considerato solo da un punto di vista civilistico o privatistico o penalistico, ma concerne l’ordinamento nel suo complesso. Non solo, la nozione di dignità della persona può rappresentare ciò che dà senso allo stesso ordinamento, ma costituisce anche quel principio di ordine della stessa vita democratica e fonte della sua legittimazione. Poiché la tutela della dignità della persona è uno di quegli interessi primari per i quali il legislatore deve escludere qualunque limite esterno ed estraneo, che possa impedirne lo sviluppo pieno, la stessa tecnica legislativa deve adeguarsi al valore da tutelare, non ponendo limiti alla sua realizzazione, secondo il dettato costituzionale. La stessa deve, altresì, impedire a qualunque organo o soggetto di attentare alla dignità dell’uomo, attraverso una normativa precisa e dettagliata”; v. sul piano pratico CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

23 Sul punto importante è la riflessione di FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, cit., p. 756 ss., il quale si sofferma sulla distinzione tra diritti di libertà, “sui quali si fonda [...] la dimensione sostanziale, cioè liberale e sociale della democrazia” e diritti di autonomia, “sui quali si fonda la dimensione formale, cioè civile e politica, e la produzione nomodinamica dell’intero diritto positivo”, rilevando che mentre i primi costituiscono delle “mere immunità o *facultates agendi*, esercitate da meri comportamenti improduttivi di effetti giuridici, le seconde sono *potestates agendi*, esercitate da atti precettivi a loro volta produttivi di effetti nella sfera propria e altrui”. L’A. ritiene che per tale motivo, “mentre i diritti di libertà spettano a tutti, di solito non confliggono tra loro e non richiedono norme sulla produzione dei comportamenti che ne sono esercizio, i diritti di autonomia, consistendo in diritti-potere destinati a interferire e quindi a configgere con le sfere di altri soggetti, richiedono la capacità d’agire e sono sottoposti, nello stato di diritto, a norme che, degli atti precettivi da cui sono esercitati, regolano forme e contenuti a garanzia degli interessi pubblici e dei diritti di tutti”. Tali differenziazioni strutturali risultano essere state ignorate dalle dottrine liberali, le quali hanno concepito “le autonomie come libertà anziché come poteri e perciò eludendo il problema della soggezione a limiti e a vincoli sostanziali del loro esercizio. Si capisce così perché il paradigma garantista dello stato di diritto sia stato concepito unicamente con riguardo al rapporto tra Stato e cittadino e non anche ai rapporti che pure s’instaurano nella società civile tra poteri privati e libertà individuali: perché, evidentemente, è rimasta occultata e incompresa l’asimmetria strutturale tra

La progressiva tutela dei valori della persona, originariamente contenuta nell'ambito del diritto pubblico con particolare riferimento alle sue prerogative ed alle relazioni con l'"Autorità", in tempi recenti si è estesa al sistema normativo dei rapporti privatistici, nei quali la personalità umana si esplica concretamente e si riflette, nella dimensione più incisiva, sul conflitto tra il formalismo astratto di matrice liberale e la visione sostanziale dell'assiologia costituzionale.

In quest'ordine di idee, l'incidenza immediata dei diritti fondamentali nei rapporti intersoggettivi diviene uno strumento di salvaguardia dell'ordinamento, incrementandone "flessibilità", logicità ed inerenza alla realtà sociale, nonché favorendo l'uniformazione dei vari sistemi legislativi secondo gli "argini" sicuri del solidarismo e permettendo l'adeguamento delle attività economiche alle prerogative essenziali della persona²⁴.

I diritti fondamentali divengono, quindi, il parametro regolatore della legislazione e l'obiettivo a cui deve essere teleologicamente tesa ogni attività umana giuridicamente rilevante.

Nelle pagine che seguono si affronterà il problema del "metodo" attraverso cui giungere ad un siffatto risultato, rispetto al quale si sono segnalate diverse impostazioni di principio e tecniche operative, dall'efficacia precettiva diretta al metodo interpretativo assiologicamente orientato, sostanzialmente convergenti²⁵.

Solo movendo da queste acquisizioni teoriche, positive e tecniche potrà essere condotta l'opera di ridefinizione dell'autonomia negoziale nell'ordinamento italo-comunitario, nel cui scenario mutevole ed a volte contraddittorio, dogmatica, giurisprudenza e normazione si fondono nella costruzione di un nuovo diritto dei contratti improntato al rispetto effettivo della dignità della persona, nel disegno di "razionalizzazione" ed "eticizzazione" del mercato.

2. *La codificazione delle leggi civili e l'influenza dei principi giusnaturalisti e dell'ideologia liberale: il Code civil del 1804 e l'esperienza tedesca.*

Le prime grandi codificazioni dell'epoca moderna sono tra le principali risultanti del pensiero illuminista, svolgendo il ruolo primario di regolazione delle condotte umane teso all'attuazione di un modello di società improntato ai principi liberali ed egualitari, in contrapposizione allo statualismo assolutista preesistente²⁶.

La disciplina codicistica realizzò la trasposizione dell'ideologia liberal-borghese nella realtà economica e sociale.

autonomia e libertà – tra i diritti di autonomia che sono poteri e i diritti di libertà che non lo sono -, il cui riconoscimento è invece il presupposto dello sviluppo di una teoria garantista del diritto civile non meno che del diritto pubblico: di una dottrina, in altre parole, dei limiti ai poteri del mercato non meno che ai poteri dello Stato".

24 v. ROMANI, *Diritto ed economia: la prospettiva di un economista*, in *Soc. dir.*, 1990, p. 254 ss.; BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 181 ss.

25 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 543 ss., il quale afferma che "La rilettura della legislazione ordinaria alla luce delle norme fondamentali, nella duplice asserzione di mera interpretazione a partire dai principi costituzionali e d'individuazione della giustificazione sotto il profilo funzionale della normativa ordinaria, se costituisce una metodologia utile e da perseguire costantemente, non utilizza a pieno le potenzialità delle norme costituzionali. Escluso che queste abbiano quale unico destinatario il legislatore e che la loro natura sia, per definizione, limitativa o programmatica, occorre affrontare il problema della loro rilevanza nei rapporti interindividuali, con particolare riguardo ai rapporti di diritto civile". Secondo l'illustre A. l'efficacia precettiva delle disposizioni *de quibus*, si dovrebbe desumere anche dal fatto che "Le norme costituzionali, che dettano principi di rilevanza generale, sono di diritto sostanziale e non meramente interpretative; il ricorso ad esse, anche in sede d'interpretazione, si giustifica, al pari di qualsiasi altra norma, come espressione di un valore al quale la stessa interpretazione non si può sottrarre. È importante constatare che valori e principi costituzionali sono norme".

26 v. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle "Loix civiles" di Jean Domat*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, cit., p. 15 ss.

Siffatto mutamento di prospettiva, rispetto al previgente regime, fu dovuto alla diffusione in ambito europeo dei principi rivoluzionari solennemente proclamati nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo* del 1789, di chiara ispirazione giusnaturalista, volti ad affermare la libertà e l'uguaglianza di tutti gli uomini, la sicurezza, nonché l'inviolabilità e la sacralità del diritto di proprietà²⁷.

Tuttavia, il suddetto riconoscimento non era riferito alla persona umana in quanto tale, ma al soggetto "nella società" (art. 1 Dich. dir. 1795), ossia al cittadino, quale appartenente ad una comunità nazionale.

Da questi principi, sia pur moderati dalla crescita economica della borghesia e dalla trionfale ascesa di Napoleone, derivò il *Codé civil*, promulgato nel 1804, che realizzò una convergenza sistematica tra l'ideologia rivoluzionaria di impronta illuministica con la tradizione giuridica romanistica e quella consuetudinaria francese²⁸.

Il codice civile, seguendo un metodo sistematico ispirato alle *Istitutiones* gaiane, facilitò l'affermazione del sistema capitalistico, attraverso il riconoscimento dell'eguaglianza degli "individui" e della loro libertà di azione nel mercato, costituenti l'essenza dell'autonomia privata dei contraenti, senza ingerenze dirigistiche, e della centralità del diritto di proprietà, del quale era esclusa ogni funzionalizzazione ad interessi superindividuali²⁹.

Tale assetto ideologico fu reso comune al diritto successorio, nel quale vennero aboliti i privilegi ed il fedecommesso, al fine di favorire la circolazione della ricchezza ed al diritto del lavoro, in cui si registrò una marcata subordinazione del prestatore alle prerogative del datore.

Il contratto venne ricondotto ai modi di acquisto della proprietà, divenendo uno strumento per esercitare la propria libertà di iniziativa economica.

27 v. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 13, il quale considera la Dichiarazione "francese" unitamente alle Dichiarazioni statunitensi del 1176-1776, mettendone in evidenza la matrice giusnaturalista. Al riguardo l'A. sottolinea come "per quelle Dichiarazioni, <<l'uomo>> [...] è tale, è cioè degno di tale nome, solo a queste condizioni: se è libero, eguale, può godere indisturbato dei suoi beni (il diritto di proprietà), non è oppresso da un governo tirannico e può liberamente realizzarsi. Esse proclamano anche una concezione ben precisa di società. Questa deve essere composta di liberi individui, eguali tra loro (tranne che per <<le distinzioni sociali fondate sull'utilità comune >> e giustificate dalle diversità di <<virtù e talenti>>), sottomessi solo alla Legge, la quale a sua volta è e deve essere espressione della <<volontà generale>>. Le istituzioni politiche devono esistere solo in funzione della libertà degli individui e del loro bene comune". L'A., prosegue mettendo in luce gli ulteriori aspetti qualificanti le Dichiarazioni in commento, evidenziando come di esse, "colpisce il carattere *perentorio* e *totalizzante* [...]. Si proclama che l'uomo e la società devono essere così come stabilito in esse; non si ammette alcuna alternativa. Per giudicare l'uomo e la società si offre come unico metro valutativo il rispetto dei diritti dell'uomo [...]. Una terza cosa salta agli occhi: l'alto numero di miti politici di cui sono tessute le Dichiarazioni. Già l'esistenza di <<diritti naturale e imprescrittibili dell'uomo>> è un mito, basato com'è sul concetto che l'uomo, prima di entrare in società, sia già titolare di diritti <<innati>>. Un altro mito è quello della <<sovranità della Nazione>>. Ma il più possente di tutti è il <<mito della Legge>>. [...] Un altro limite delle Dichiarazioni è che in esse vi è solo l'affermazione di diritti individuali, cioè garantiti ai singoli e non ai gruppi".

28 v. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 14 ss.; ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 53, che evidenzia come "Le diverse redazioni del codice (le prime tre dovute a Cambacerès, e l'ultima all'impegno di Portalis) tendono a contemperare le regole della tradizione romanistica, la loro sistemazione a opera di Domat e Pothier, con le consuetudini e le discipline locali particolari". L'A., tuttavia, sottolinea come "Lungi dall'essere il frutto di travistati principi di diritto romano e di pericolose istanze rivoluzionarie, come gli avrebbe rimproverato Savigny, il *Code civil* è il risultato di una sapiente tessitura compromissoria di tradizione e modernità. La sua redazione si deve a giuristi di grande vaglia, esperti conoscitori delle fonti romane, delle consuetudini e delle opere dei giusnaturalisti, oltre che, naturalmente, di Domat e di Pothier, ma anche esperti giocolieri delle formule giuridiche".

29 v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 54, il quale rileva come "Proprietà, contratto, responsabilità sono gli istituti fondamentali sui quali si regge la struttura del *Code civil* e dai quali trae alimento tutta la sua disciplina. È una struttura fondata sulla libertà: di obbligarsi, di esercitare i poteri proprietari, entro i limiti stabiliti dall'ordine pubblico, dal buon costume, dai diritti altrui di agire, salvo l'obbligo di rispondere per i danni arrecati intenzionalmente o colpevolmente ai terzi".

L'esigenza di celerità degli scambi ed efficienza del mercato portò, inoltre, alla positivizzazione del principio consensualistico, innovativo rispetto alla regola dell'efficacia obbligatoria riconosciuta in passato³⁰.

La matrice liberal-individualista trovò un'ulteriore affermazione nella disciplina del consenso negoziale, secondo la quale è tutelata la correttezza formale del relativo procedimento di formazione, essendo ammessa l'invalidazione del contratto in presenza di incapacità di agire e di vizi del consenso, idonei per loro intrinseca natura a ledere l'uguaglianza dei privati nelle negoziazioni, ritenuta il presupposto indefettibile per la "giustizia" dell'atto di autonomia privata³¹.

Si afferma, quindi, il principio secondo cui "*qui dit contractuel, dit juste*"³², in virtù del quale il regolamento di interessi consapevolmente stabilito dai privati – purché conforme alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume – è intangibile, non essendo ammessa una considerazione "sostanziale" dello stesso, che tenga conto della proporzionalità delle prestazioni.

L'ideologia illuminista filtrò ulteriormente nell'esclusione, dall'ambito operativo del potere giudiziario del ruolo creativo del diritto, essendo al giudice riconosciuto un ruolo meramente dichiarativo, volto ad applicare le norme contenute nel codice³³ – nella presunzione della sua

30 v. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, cit., p. 83 ss., il quale afferma che "Sebbene identificato semplicemente come uno dei modi per trasferire la proprietà, il contratto diverrà attraverso il Code il vero centro dinamico del diritto civile; esso troverà, almeno in senso formale, il suo fondamento nel consenso (consentement) e sarà considerato principale garanzia della libertà economica. La sua struttura si fonda sul consensualismo cui già nei secoli passati si era ispirata la scuola del diritto naturale. Le influenze di Grozio erano passate in Domat, e quelle di Pufendorf in Pothier, per cui sul finire del Settecento i giuristi avevano tutti gli strumenti tecnici per poter codificare il principio secondo cui la libertà e la volontà dell'uomo possono creare i diritti soggettivi privati; principio che, peraltro, era perfettamente in armonia con le idee filosofiche dell'illuminismo sulla natura e la libertà dell'uomo."

31 v. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 56, il quale rileva come "Del fatto che l'autonomia e, quindi, l'uguaglianza sono valori primari, discende che lo strumento attraverso il quale gli uomini regolano le relazioni intersoggettive in modo conforme ad essi, è il *pactum conventum* (D. 2, 14, 7, 7). Il *pactum* che emerge dal *Code civil*, non è uno strumento la cui utilizzazione varia a seconda della collocazione gerarchica posseduta dal soggetto nel contesto sociale; l'accesso ad esso è, invece una facoltà ontologicamente afferente alla persona umana. Peraltro, la sua accessibilità a chiunque non esaurisce le esigenze immanenti a quei valori. Perché quest'ultimi siano rispettati è necessario che il *pactum* sia anche vincolante per chiunque, che la *fides* nel rispetto delle regole di comportamento in cui esso si risolve sia assoluta, diventi, pertanto, *certitudo*, salve le cause di forza maggiore. La violazione del patto si traduce nella unilaterale appropriazione dell'altrui sfera di appartenenza, nella unilaterale determinazione dell'altrui sfera di libertà, donde la violazione dell'uguale autonomia di ciascuna sfera soggettiva. Al *pactum*, allora afferiscono tre ulteriori connotazioni: la preminenza del dichiarato sul voluto, salve le ipotesi di errore, violenza e dolo (artt. 1110, 1111 sqq., 1116, *Code civil*); l'esclusione della rilevanza della *restrictio mentalis* e/o del *dolus bonus*; l'inammissibilità del recesso unilaterale *ad nutum*".

32 v. FOUILLÉ, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1884, p. 410; GHESTIN, *Le contrat*, in *Traité de droit civil*, II, *Les obligations*, II, Paris, 1988, p. 20

33 v. DONATI, *Elementa juris naturalis*, Napoli, 1990, p. 23, il quale afferma che "Dalla identificazione del diritto con la legge, discende la soggezione del giudice a quest'ultima. Il giudice, pertanto, non può applicare una regola compositrice del conflitto intersoggettivo di interessi sottoposto alla sua cognizione, che non sia significata dalla norma (Code civ. Titre Prél., art. 4), egli non è chiamato ad elaborare, a creare, autonomamente, le regole compositrici dei conflitti intersoggettivi di interessi; egli deve soltanto limitarsi a conoscere le regole che, per questi stessi conflitti, sono state predisposte nel Code civil [...]". L'A. precisa, quindi, che "La soggezione del giudice alla legge che così si determina, viene ad avere un duplice fondamento. Il giudice è soggetto alla legge in quanto quest'ultima è espressione della volontà dello Stato, del legislatore. In questo senso, la soggezione ha una giustificazione formale, derivando essa dal rapporto gerarchico che si instaura tra la fonte del ius positivum, lo Stato, e il soggetto, il giudice, che è chiamato ad applicare questo stesso jus. Il giudice è soggetto alla legge anche perché quest'ultima è depositaria del diritto, delle regole, cioè, conformi a giustizia. In questo secondo senso, la soggezione ha una giustificazione sostanziale, ontologica, dipendendo dal fatto che al di fuori della legge non c'è diritto, non residua diritto applicabile alle relazioni intersoggettive private".

completezza – in ossequio al principio di separazione dei poteri, secondo cui solo al legislatore era riservata la formalizzazione della *regula iuris*³⁴.

L'impianto liberale del *Codé civil*, marcatamente funzionale agli interessi della borghesia e tendente a tutelare solo la posizione dell'individuo operante nel mercato, venne successivamente temperato con l'insorgenza delle istanze solidaristiche, tendenti a realizzare il principio di eguaglianza, anteponendo alle esigenze economiche quelle personalistiche e di protezione sociale.

In realtà, siffatto processo è ancora in divenire; tuttavia, a far tempo dalla fine dell'Ottocento, sono state apportate numerose modifiche all'originario impianto codicistico, volte ad imporre una visione sociale nell'ambito del diritto del lavoro – attraverso interventi posti a tutela del prestatore – e del diritto di famiglia, nel quale sono stati introdotti istituti improntati alla solidarietà tra i coniugi e verso i figli³⁵.

Un'ulteriore apertura in questo senso è stata apportata dalla giurisprudenza, che ha iniziato, spesso in maniera celata, a fare applicazione delle clausole generali – bandite nell'originario testo in ossequio al principio illuministico della completezza dell'ordinamento e del ruolo dichiarativo del giudice – e delle concezioni volte ad ammettere la possibilità di un esercizio abusivo del diritto da parte del suo titolare³⁶.

Il diritto del commercio ebbe, invece, una disciplina autonoma contenuta nel *Code de commerce* del 1807³⁷, improntato ai principi del liberismo economico e volto a regolamentare gli scambi in maniera agevole al fine di accrescere l'efficienza del mercato, rimuovendo ogni disparità di trattamento circa la posizione soggettiva degli operatori commerciali³⁸.

Nell'area germanica, l'ideologia illuminista ebbe il suo primo significativo riscontro nella promulgazione nel 1794 dell'*Allgemeines Landrecht fur die Preußischen Staten* (ARL) - preceduto dal *Codex maximilianus bavaricus civilis* del 1756 –, il cui elevato numero di disposizioni esprime la concretizzazione della presunzione di completezza dell'ordinamento, attribuendo al giudice una funzione dichiarativa, quale mero "applicatore" della regola positiva³⁹.

34 v. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2001, p. 84 ss.

35 v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 64-65, che pone in evidenza come nel panorama giuridico francese di fine Ottocento, "La concezione individualista cede il campo all'idea sociale di diritto che implica il superamento della assolutezza del diritto di proprietà, l'introduzione dell'abuso del diritto, la limitazione dell'autonomia della volontà ad opera di clausole generali come ordine pubblico, buon costume, buona fede e lealtà, lo sviluppo della disciplina della concorrenza commerciale e il controllo della causa nelle donazioni". In particolare l'A. pone in evidenza come "il Code si presenta certo come il manifesto della borghesia ma in fin dei conti non fa che riflettere i caratteri della sua epoca. All'inizio dell'Ottocento chi non era proprietario poteva sì godere delle libertà individuali, ma era estraneo al codice. Di qui, nel corso di un intero secolo, la lenta ascesa della dimensione sociale, e quindi l'emersione delle tre categorie più deboli, la classe operaia, i figli naturali, le donne. L'idea di diritto sociale che qui emerge non pone fratture con l'idea individuale, ma è il suo temperamento e completamente. Si spiegano così la disciplina degli infortuni sul lavoro del 1898, il trattamento giurisprudenziale dei sindacati e dello sciopero, l'impiego del contratto a favore di terzi per la protezione del lavoratore, tutte risposte alle esigenze di integrazione e di riforma del codice, nei settori nei quali esso appare più arretrato: il diritto del lavoro, il diritto di famiglia, il regime matrimoniale".

36 v. GAMBARO, Voce "Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, p. 1 ss.

37 v. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976.

38 v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 55, il quale sottolinea come "ciò che preoccupa maggiormente i redattori è l'eliminazione delle barriere di casta e *status*, l'introduzione di regole chiare, uniformi, e tali da moralizzare gli scambi, impedendo o prevenendo i fallimenti dolosi, imponendo la tenuta dei libri e dettando regole sui mezzi di pagamento".

39 v. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, cit., p. 99-100, che rileva come l'ARL presenti una sistematica che "rispecchia l'impostazione filosofica di Pufendorf, riprendendone il concetto della <<doppia natura>> dell'uomo: a) l'uomo come singolo, cui corrisponde la prima parte del codice sui diritti patrimoniali; b) l'uomo come membro di una comunità, cui corrisponde la parte seconda del codice, sulla posizione del singolo nelle varie formazioni sociali [...]. Nel complesso, il codice non intende modificare la società, quanto descriverla

Nel complesso, tuttavia, si tratta ancora di un codice improntato alla struttura di società propria dell'antico regime e caratterizzata dalla divisione degli individui in classi.

Il processo di codificazione ebbe il suo approdo nell'approvazione nel 1896 del *Bürgerlichen Gesetzbuch* (BGB), entrato in vigore nel 1900⁴⁰.

Il fondamento illuministico del BGB, tuttavia, non si risolve in un riformismo sociale, essendo funzionale quasi esclusivamente alla tutela degli interessi della classe borghese ed assumendo quali direttrici la dimensione proprietaria ed imprenditoriale, mentre in alcuni settori, quali il diritto di famiglia, mantiene un sistema di disuguaglianze⁴¹.

L'istituto del negozio giuridico presenta un'impostazione volontaristica caratterizzata da un rapporto di equilibrio tra liberismo economico e valori individuali, con la preclusione di interventi dirigitivi limitativi dell'autonomia privata⁴².

Le clausole generali svolgono una funzione essenziale nell'adeguamento del *corpus* normativo ai mutamenti sociali, riconoscendo un ruolo centrale all'interpretazione giurisprudenziale e dando ingresso nel sistema giuridico a nuovi valori ed a nuove istanze emergenti dal contesto nazionale⁴³.

Al riguardo ha avuto una particolare importanza dapprima il paragrafo 226 (concernente il divieto di atti emulativi) sul quale è stata costruita la teoria pretoria della *Verwirkung* – secondo cui decade dalla possibilità di esercitare un diritto il soggetto titolare, che con il proprio comportamento ingenera nell'altra parte l'affidamento che non lo eserciterà – e

[...] ed esprime l'intromissione dello Stato in tutti i campi della vita sociale: tutta la vita dell'uomo viene disciplinata minuziosamente". L'A. sottolinea come "L'idea sottostante è quella illuministica della completezza del sistema. In questa prospettiva, il codice contiene una previsione – il § 6 – che vieta ai giudici di prendere in considerazione le opere dottrinali e i precedenti giurisprudenziali".

40 v. nella letteratura giuridica tedesca LARENZ-WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1997, p. 1ss.; LEHMANN-HUBNER, *Lehrbucher und Grundrisse der Rechtswissenschaft*, I, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1966; CROME, *System des Deutschen bürgerlichen Rechts*, Tubingen-Leipzig, 1900.

41 v. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 19, il quale afferma che "Il BGB è il prodotto di una linea di pensiero informata alla negazione del "diritto di proprietà sulla propria persona" e della conseguente teoria dei diritti innati, volta a porre, in loro vece la capacità giuridica, attribuita dallo Stato, come tramite ai diritti soggettivi, per questa via, ai diritti della personalità. Quest'ultimi sono definiti come diritti sulla propria persona, ma trovano il loro fondamento non nella persona stessa, ma nella volontà dello Stato"; v. anche BUSNELLI-CALDERAI, *Declinazioni della persona: un itinerario dal diritto privato al diritto internazionale (passando per il diritto costituzionale)*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2214, laddove si pone in evidenza come "le grandi Codificazioni borghesi non avevano nessuna propensione a mettere a fuoco l'identità delle persone. Il *Code civil* era, puramente e semplicemente, il *Code civil des Français*, secondo la denominazione originaria. L'identità cedeva a una *égalité* modellata su una figura astratta di *citoyen*. Il BGB era impegnato nel superamento delle identità personali legate alle consuetudini locali che a lungo avevano osteggiato la stessa proponibilità di un codice civile: basti pensare all'evoluzione della Scuola storica. Nel codice, finalmente varato, l'identità delle persone veniva sacrificata, nel quadro di una *Allgemeiner Teil* orientata all'astrazione della *Rechtsfähigkeit*, per assolutizzare una *Gleichheit* imperniata su una indifferenziata sudditanza allo Stato".

42 v. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, cit., p. 124, il quale, in relazione alla codificazione tedesca, rileva come il negozio giuridico "viene valorizzato dalla pandettistica proprio in funzione di collegare lo sviluppo economico, su cui si fondava l'ascesa della borghesia tedesca, ad un elemento volontaristico, che poteva assurgere al rango di valore dell'ordinamento, un valore tanto più forte ed indiscutibile quanto più era astratto. L'astrattezza diviene così lo strumento per ancorare il negozio ai valori dell'individuo, rendendolo in tal modo inaccessibile alla legislazione ordinaria e dunque intangibile ad eventuali tentativi (che non vi furono, ma erano ipotizzabili) di limitarlo".

43 v. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, cit., p. 127, il quale, sottolinea come "La giurisprudenza che si depositò sul nuovo codice finì nel tempo col dare una nuova configurazione delle norme codicistiche, che avevano [...] un alto grado di astrattezza e che pertanto ben si prestavano ad essere interpretate ed attualizzate. Tale giurisprudenza, raccolta nei corposi volumi dello Staudinger, il più importante repertorio tedesco, si allontana via via dal testo degli articoli del codice e soprattutto in alcune parti, quali quelle dedicate alle clausole generali della buona fede, dell'ordine pubblico o del buon costume permette una elaborazione originale ed interessante, per molti versi assai moderna, che dimostra sia la preoccupazione di un ordinamento avanzato di fonte ai possibili eccessi del capitalismo, sia l'opportunità di una normazione per clausole generali".

successivamente ha assunto rilevanza il paragrafo 242, relativo al principio di buona fede nelle obbligazioni.

Sulla base di quest'ultima clausola generale, il diritto vivente ha elaborato la teoria dell'abuso del diritto, che ha esercitato un'influenza notevole nei diversi sistemi giuridici europei, divenendo lo strumento di razionalizzazione dell'ordinamento attraverso l'ingresso dei valori solidaristi nei rapporti intersoggettivi⁴⁴.

Altra codificazione di ispirazione illuministica fu l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) promulgato in Austria nel 1811 ed a lungo in vigore anche nel nord Italia, nelle aree soggette alla dominazione dell'Impero Austro-Ungarico.

Tale testo è ispirato a principi giusnaturalistici: nel § 16 è formulato il riconoscimento dei diritti innati della persona, svincolato parzialmente dalla visione individualistica francese, benché nella sostanza l'ABGB sia funzionale ad una struttura sociale conservatrice fondata sulla centralità della proprietà fondiaria⁴⁵.

2.1. *Il processo di codificazione in Italia: dalla bipartizione tra codice civile (1865) e codice di commercio (1865 e 1882) alla unificazione legislativa con il codice civile del 1942. Dal liberalismo borghese alla concezione corporativista.*

Il processo di codificazione in Italia si avviò poco dopo l'unificazione politica del Paese, risultando in larga parte animato dai medesimi ideali rivolti all'affermazione al potere della classe borghese.

Sulla scia delle scelte normative francesi, il legislatore italiano optò per la distinzione tra discipline civili e commerciali, che vennero separatamente codificate: nel codice civile del 1865 e nel codice di commercio del 1882.

Il codice civile del 1865 - modellato sullo schema del *Code civil* di cui recepì l'impronta liberal-borghese - aveva una connotazione "nazionale" essendo rivolto essenzialmente al "cittadino" - con lo straniero in posizione di reciprocità - in considerazione del suo *status* di appartenenza: ad esso erano riconosciuti diritti "individuali", in quanto espressione della libertà del singolo nei confronti del potere statale⁴⁶.

44 v. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, p. 17, la quale rileva, in merito al § 226 BGB, come "Le applicazioni giurisprudenziali hanno spezzato le delimitazioni contenute in tale sintetica disposizione" - secondo cui "l'esercizio del diritto non è ammissibile se lo scopo di esso è solo quello di arrecare danno ad altri" - "creando nuovi contenuti. Infatti, il tenore di tale previsione non ha più, attualmente, riscontro con le odierne soluzioni fornite dai giudici in materia di abuso. L'opera di progressivo ampliamento del contenuto effettivo della disposizione, operata dai giudici ha esteso notevolmente la portata della norma, il cui dettato è rimasto inalterato, a differenza delle sue applicazioni effettive. Le soluzioni in esame sono riferite, inizialmente, al contenuto della norma, per poi espandersi gradualmente; ricorrendo successivamente all'individuazione integrativa del §826 BGB; giungendo, infine, ad applicare il § 242 BGB per estensione al principio fondato sulla clausola generale della buona fede oggettiva".

45 v. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, cit., p. 124, che rileva come "Quanto alle fonti, c'è un equilibrio tra fonti diverse. C'è il diritto romano, mediato dalla tradizione canonica, da quella del diritto comune e specialmente dall'*usus modernus pandectarum*. Ci sono i vari diritti territoriali [...] C'è il diritto della ragione, del quale i giudici non hanno fatto un grande uso: il § 7 (per il quale il giudice nelle sue decisioni, nel caso di silenzio della legge, può fare ricorso all'analogia *legis* e *iuris* ed anche al diritto naturale, considerate con attenzione le circostanze) è stato poco usato nei primi decenni del secolo, preferendo i giuristi ricondurre le loro interpretazioni ai mezzi tradizionali di interpretazione. Non ci sono state invece influenze dirette del *code civil*: al massimo si può rilevare la comune origine illuministica delle due codificazioni". L'A. sottolinea, inoltre, l'importanza che ha avuto l'influenza del diritto naturale emergente dal § 16 "nel quale trovano riconoscimento i diritti innati della persona, conoscibili con la sola ragione (e dai quali discende il divieto di schiavitù). Questa disposizione ha consentito ai giudici austriaci di elaborare una teoria dei diritti della persona".

46 v. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, cit., p. 79, il quale rileva come "assai forte appariva la somiglianza tra l'ideologia ispiratrice della codificazione napoleonica e la filosofia giuridico-politica

Questa impostazione si rifletteva puntualmente sulla struttura del testo normativo, tutta incentrata nel diritto di proprietà che, nell'ambito di una società ad economia prevalentemente agraria, era l'istituto intorno al quale andava costruito l'intero sistema dei rapporti intersoggettivi⁴⁷.

L'autonomia privata, riconosciuta e tutelata come area di libertà del singolo, all'interno della quale non erano consentite ingerenze statuali, ruotava intorno allo schema proprietario, funzionando esclusivamente come strumento di regolazione dei rapporti di appartenenza, secondo un disegno socio-economico protettivo della classe borghese.

Il contratto, infatti, era disciplinato in relazione ai modi di acquisto e trasmissione della proprietà, senza assumere una caratterizzazione autonoma, ma ponendosi quale mezzo di raccordo della proprietà con l'iniziativa economia privata⁴⁸.

Il principio consensualistico ed il dogma volontaristico venivano recepiti come espressione della concezione liberale secondo cui ciascuno può vincolarsi solo se la volontà manifestata coincide con quella sua effettiva.

Tale ultimo aspetto – che mal si conciliava con le esigenze commerciali – esprimeva appieno la visione "proprietaria" assunta dal legislatore italiano, rispetto alla quale l'attività di impresa rivestiva una posizione ancora ancillare.

Il codice civile del 1865 si configura, pertanto, come un codice di "classe", finalizzato alla tutela degli interessi individualistici della borghesia, e come "sostanzialmente" insensibile alle istanze di protezione sociale delle categorie più disagiate e di giustizia sociale.⁴⁹

che aveva determinato l'unificazione legislativa italiana. Entrambe, infatti, tendevano da un lato a definire stabilmente i rapporti civili di società scosse dai fermenti che sempre accompagnano e seguono le ondate rivoluzionarie di qualunque tipo, siano esse a base cetual-classista oppure nazionale; e dall'altro ad indicare le vie attraverso le quali nel rispetto delle norme, e senza quindi ulteriori sconvolgimento ai danni dello Stato di diritto, si potevano ottenere mutamenti gradualistici nell'assetto sociale, utilizzando l'autonomia dei privati, la libertà dei contratti e la proprietà nel contesto degli ordinamenti liberali e costituzionali. Entrambe, inoltre, riflettevano, sul piano delle scelte legislative, una concezione della vita civile propria di tutta una cultura o, almeno, di quella vasta parte di essa che si identificava nello stile e nel modo di pensare e di operare di un ceto naturalmente portato ad esercitare – per preparazione, livello intellettuale e spirito di iniziativa – una funzione dirigente nello Stato e nella società. Si trattava evidentemente di quella classe borghese che, assunta sulla scia di quanto era già accaduto in Francia nel trapasso dall'Antico regime alla Rivoluzione ad un ruolo egemone nell'Italia del principio del secolo, l'aveva mantenuto consolidato, di quella classe che aveva allora identificato con le sue idealità politiche e civili e le sue aspettative sociali con quelle dell'intera popolazione nei confronti della quale esercitava una funzione di guida".

47 v. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 113 ss.

48 v. ROPPO, Voce "Contratto", in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2006 rist., p. 90, il quale rileva come "Nei codici ottocenteschi il rapporto del contratto con la proprietà era un rapporto di subordinazione. Il codice napoleonico, e sulle sue orme il codice italiano del 1865, disciplinavano il contratto nel libro (il terzo) dedicato in generale ai <<diversi modi in cui si acquista la proprietà>>. Il contratto assumeva così, già sul piano sistematico, una posizione ancillare rispetto alla proprietà. Quest'ultima era l'istituto-cardine, intorno al quale ed in funzione del quale risultavano ordinati tutti gli altri. Il contratto assurgeva alla considerazione legislativa solo nel suo ruolo di strumento per trasferire la disponibilità e il godimento delle cose, cioè appunto la proprietà. Questa concezione dei rapporti tra i due istituti giuridici rifletteva l'economica del tempo, caratterizzata dalla prevalenza dell'agricoltura sull'industria e dal conseguente primato del bene-terra come la risorsa produttiva più importante. In un contesto siffatto, era la proprietà – la proprietà di beni materiali, la proprietà della terra – a determinare l'intero processo economico, e al contratto assegnava il ruolo (complementare) di semplice mezzo per la sua occasionale circolazione. La vera ricchezza, la vera risorsa produttiva era la proprietà; il contratto si limitava a trasferire ricchezza preesistente da un soggetto all'altro, ma non creava ricchezza".

49 v. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, p. 4, il quale considera, in relazione al codice civile del 1865, come "Il primo libro è dedicato alle persone; il secondo, ai beni, alla proprietà ed alle sue modificazioni; il terzo, infine, ai modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose. Il disegno all'interno del codice civile – modellato sul codice napoleonico del 1804 – ripercorre i momenti dell'ideologia borghese: l'individuo, solitario ed assoluto; il diritto soggettivo, garante del rapporto tra il singolo e le cose; il contratto, che determina le modalità dei diritti e tutela il potere di decisione dei privati; la successione mortis causa, per cui la proprietà vince i confini del tempo e si eterna nella continuità degli eredi".

Il Codice di commercio, adottato nel 1865 con l'unificazione del Paese e riformato nel 1882, regolava i rapporti commerciali secondo criteri di maggior duttilità e semplicità, al fine di accrescere l'efficienza dei mercati, secondo le direttive ideologiche del liberismo economico⁵⁰.

Al minor formalismo nel perfezionamento delle transazioni si accompagnava l'esigenza di un maggior grado di oggettività nelle stesse, mediante un temperamento del volontarismo negoziale ed una più efficiente tutela dell'affidamento dell'altra parte.

L'ambito di applicazione della normativa di settore a seguito dell'approvazione del codice del 1882, era da delinearci in base a parametri soggettivi: non in considerazione della natura "commerciale" dell'atto posto in essere, bensì con riguardo alla qualifica personale della parte, innovando radicalmente i criteri adottati in precedenza allorché si faceva riferimento alla tipologia dell'operazione economica in applicazione di un principio di eguaglianza formale, che precludeva la valutazione delle differenti qualificazioni soggettive delle parti⁵¹.

La dicotomia tra atti civili ed atti commerciali, era fondata sulla diversità delle discipline rispettivamente funzionali agli interessi della "borghesia mercantile" e della "borghesia fondiaria". Al settore mercantile era riconosciuto un ruolo di impulso nel processo di industrializzazione del Paese e di svincolamento rispetto al previgente modello economico su base agraria, coerentemente con le esigenze del capitalismo ormai tendente a svilupparsi in ambito internazionale⁵².

Il codice civile del 1942, promulgato dall'Italia fascista, ha innovato profondamente la materia, introducendo – sia pur nel rispetto della concezione tradizionale dei singoli istituti – nuovi valori e nuovi principi nel settore dei rapporti privatistici ed unificando la disciplina "civile" con quella "commerciale".

Ciò nonostante, il codice del '42 non si configurava come un testo normativo di "regime", atteso che l'ideologia politica al momento dominante - benché caratterizzi alcune fattispecie e contenga numerose clausole generali proprie delle dottrine corporativiste⁵³ – non ne viola la struttura di base, che continua ad essere composita.

50 v. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1952-1953, p. 36 ss.; ASQUINI, Voce "Codice di commercio", in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 250 ss.; PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.

51 v. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, cit., p. 177, il quale, esaminando la questione, ritiene che "Le ragioni di questo cambiamento sono da ricercare non solo nella crisi della proprietà fondiaria (che nella codificazione del 1807 era riuscita a contenere le pressioni a favore della nascente industria) ma soprattutto nello sviluppo ormai consolidato di una borghesia imprenditoriale che riteneva di poter ulteriormente affermare la propria influenza economica e sociale attraverso una legislazione di favore. D'altra parte, soprattutto in Germania, ma anche in Italia, l'aspirazione ad uno Stato nazionale unitario rispondeva non soltanto ad esigenze patriottiche e culturali, ma anche alla necessità di fornire all'industria ed al commercio dei mercati sufficientemente vasti e sufficientemente omogenei".

52 cfr. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, cit., p. 159, il quale in ordine al codice di commercio del 1882, afferma che "Si può ravvisare in questo testo il tentativo, peraltro formalmente ben riuscito, di dare una più salda base normativa al rapporto tra il liberalismo politico, difeso e realizzato sul terreno giuridico dello statuto albertino e dalle altre fonti del diritto pubblico, e il liberismo economico, tutelato negli aspetti essenziali da un diritto privato ammodernato dalla nuova legislazione commerciale. Tale tentativo è presente in certi contenuti del codice, come, ad esempio, nel riconoscimento della legittimità della speculazione immobiliare come forma di attività commerciale e, quindi, sottratta, se esercitata al solo scopo di lucro, alle disposizioni del codice civile sui trasferimenti fondiari; o come, all'opposto, nella perdurante mancanza di un riconoscimento autonomo e diversificato dell'attività industriale lasciata ancora alla tradizionale normativa sulla contrattazione civilistica, non soltanto per la carente visione del ruolo e della funzione dell'impresa nell'economia ma anche e, forse, soprattutto, per non alterare il principio dell'unicità del soggetto di diritto in un settore al momento non del tutto definito".

53 v. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, cit., p. 359 ss.; BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, cit., p. 222 ss.

Infatti, emergono con evidenza⁵⁴ le influenze illuministiche di ispirazione francese, filtrate attraverso il codice civile del 1865, l'impostazione romanistica dei singoli istituti, la disciplina commercialistica di matrice germanica, nonché principi canonistici e di diritto naturale.

Nello specifico occorre rilevare come il "nuovo" codice definisca una regolamentazione tradizionale con riferimento al diritto di famiglia e delle successioni, accanto ad alcune innovazioni particolari, mentre in ordine alle materie delle obbligazioni, del lavoro e dell'impresa, introduce una normativa ricca di risvolti ideologici e pratici sull'assetto economico del Paese e sul rapporto con il diritto di proprietà, che nella pregressa visione liberale costituiva il fulcro intorno a cui erano strutturati gli altri istituti.

Il modello corporativo, proposto dal regime fascista, non considera più il privato come "individuo" a cui lo Stato riconosceva una area di libertà, immune da ogni intervento dirigitico ed entro la quale questo poteva perseguire i propri interessi, anche meramente lucrativi, senza alcun condizionamento esterno⁵⁵; non riconosce il diritto soggettivo quale massima espressione della libertà individuale in ambito privatistico; non eleva la proprietà a diritto assoluto che il cittadino può invocare contro lo Stato e contro gli altri consociati⁵⁶.

Nella disciplina codicistica, infatti, al singolo sono riconosciuti una serie di diritti patrimoniali, il cui esercizio ed a volte la cui conservazione è condizionata all'utilità sociale; il diritto soggettivo è tutelato se ed in quanto coincida con l'interesse pubblico generale⁵⁷; la proprietà è riconosciuta quale principale diritto reale, ma può essere limitata se ciò corrisponda alla pubblica utilità.

La disciplina del contratto viene, quindi, svincolata dalla proprietà per acquisire una valenza autonoma, divenendo funzionale agli interessi dell'impresa, assegnataria del compito di dare

54 v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 307, il quale rileva come "dietro le formule racchiuse negli articoli, si scoprono radici romane (ad esempio l'art. 1370, *interpretatio contra stipulatorem*), nozioni canonistiche (il matrimonio), regole medievali (la figura di persona giuridica), regole giusnaturalistiche (i diritti della persona), regole provenienti dall'Illuminismo e dalla Rivoluzione francese (capacità giuridica), oltre che, naturalmente, regole riprodotte con qualche variante dal Codice civile unitario del 1865, dal Codice di commercio del 1882, dalle leggi speciali della prima guerra mondiale, dalle leggi speciali introdotte nell'epoca del regime fascista e nel periodo bellico (ammassi, acquisizioni)".

55 v. Relazione del Guardasigilli al Re, n. 6, in cui si afferma che "l'individuo non è più un atomo disperso: la sua attività è coordinata e associata a quella degli altri e tutti sono subordinati all'interesse dello Stato".

56 v. Relazione del Guardasigilli al Re, n. 402, in cui si legge "Oggi la configurazione della proprietà si sposta su un altro piano: non più si tratta di un diritto primigenio o naturale dell'individuo, a cui sono apportate specifiche limitazioni in correlazione a determinate esigenze sociali o ad esigenze di coordinamento con altri istituti. La misura stessa del diritto si desume organicamente dalle finalità per cui il potere è riconosciuto e caria quindi in relazione ai diversi beni suscettibili di appropriazione. Trova, qui, nella nozione di proprietà e nel suo concreto regime, riflesso quella suprema distinzione dei beni che è implicita nell'art. 811".

57 v. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 139 ss., il quale rileva come "La solidarietà corporativa discendeva, come conseguenza, dall'applicazione di tre principi, a loro volta correlati da una relazione inferenziale, tutti afferenti alla teorica del Rechtsstaat. Il primo di essi enunciava la presenza e la preminenza dello Stato su tutte le manifestazioni soggettive ed intersoggettive socialmente rilevanti: "tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, niente contro lo Stato". Seguiva, quindi, il principio secondo cui la manifestazione stessa ed il successivo componimento della conflittualità tra le classi sociali dovevano avere luogo nell'ambito delle istituzioni dello Stato "perché solo lo Stato trascende gli interessi contrastanti dei singoli e dei gruppi, per coordinarli ad un fine superiore". Da questo, l'ulteriore principio della subordinazione del soddisfacimento dell'interesse privato al contestuale soddisfacimento dell'interesse dello Stato, in ciò, la solidarietà corporativa. Tale solidarietà esprimeva, pertanto, il sacrificio degli interessi specifici di ogni singola componente sociale, individuale o collettiva, in favore delle altre componenti sociali, pertanto, in vista del superiore interesse della società, per questa via, dello Stato [...]. Lo Stato, pertanto, non era inteso, semplicemente, come ente separato dalla società e sovraordinato a quest'ultima, come Stato assolutistico fine a se stesso. Lo Stato, al contrario, era inteso come ente consustanziale con la società civile e posto in una relazione di strumentalità rispetto alla Nazione. È in quella unità e in questo rapporto teleologico che lo Stato trovava la legittimazione della propria autorità, del suo porsi come sovraordinato rispetto agli interessi particolaristici sia individuali che di classe, del suo diritto ad esigerne il coordinamento e, all'occorrenza, il sacrificio in vista del bene della nazione, pertanto, del suo stesso bene".

impulso allo sviluppo della nazione, nella transizione da un modello economico a base agraria ad un altro a base industriale.

Questo assetto, determinato dall'unificazione del diritto civile con il diritto commerciale, ha prodotto il superamento della concezione "volontaristica" dell'autonomia negoziale, e l'impostazione della stessa su basi "oggettive", finalizzata alla tutela dell'affidamento dei terzi e della loro buona fede, prima che alla rispondenza dell'accordo alla effettiva volontà del dichiarante⁵⁸.

Allo stesso tempo, l'ideologia corporativista si riscontra nella concezione della causa del contratto, transitata dalla dimensione "soggettiva" a quella "obiettiva", quale funzione economico-sociale del negozio, predeterminata dal legislatore in ragione della fattispecie tipica posta in essere ed idonea a consentire un controllo dirigitico dell'autonomia privata⁵⁹.

Questa, ai sensi dell'art. 1322 c. c., può estrinsecarsi oltre che negli schemi contrattuali specificamente individuati dalla legge, anche in figure "atipiche", la cui validità è però condizionata dalla meritevolezza degli interessi perseguiti, coincidenti con quelli del regime, ossia con la funzionalità del contratto alla "utilità sociale"⁶⁰. L'impostazione dirigitica si

58 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 770, il quale evidenzia come il codice civile del 1942 abbia "posto il contratto al centro del sistema, svincolandolo dalla proprietà e collegandolo nettamente e decisamente alla situazione di scambio, centro motore della imprenditorialità. Tutto ciò è stato senza dubbio anche il portato inevitabile della riunificazione della legislazione fino ad allora divisa tra un codice civile ed un codice di commercio [...]. L'aver ricondotto ad unità il sistema ha imposto di tenere conto delle necessità del commercio che pretendono una obiettivizzazione del rapporto in funzione di una migliore e più facile circolazione dei beni, a cui è di ostacolo un'eccessiva rilevanza dell'interno volere dei soggetti. Di qui, come conseguenza, la inevitabile pretermissione della ricerca della effettiva volontà, in favore della tutela della buona fede dei terzi, i cui acquisti sono fatti salvi anche quando il consenso non è ravvisabile (è il caso della simulazione) o il contratto è nato invalidamente (si pensi al regime della trascrizione nel caso di azione di annullamento e di nullità) (art. 2652, n. 2) ovvero in favore della tutela dello stesso contraente ogniqualvolta sussista una *condizione di affidamento non negligente*".

59 v. la Relazione del Guardasigilli al Re n. 614, nella quale si legge che "in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento giuridico possa veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare. Tale controllo può rivelare che lo schema causale tipico non si può realizzare perché vi ostano le circostanze oggettive peculiari alla ipotesi concreta, le quali, essendo incompatibili con lo schema, rendono illecito ciò che sarebbe astrattamente lecito"; in dottrina di fondamentale importanza nell'ambito della esposta concezione statualista è la teoria del BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, cit., p. 183, il quale afferma che "la causa o ragione del negozio s'identifica con la *funzione economico sociale* del negozio intero, ravvisato spoglio della tutela giuridica, nella *sintesi* de' suoi elementi essenziali, come totalità e unità funzionale in cui si esplica l'autonomia privata. La causa è, in breve, la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata. Gli elementi necessari per l'esistenza del negozio sono anche elementi indispensabili della funzione tipica che è sua caratteristica. La sintesi loro, come rappresenta il tipo del negozio, in quanto negozio causale, così ne rappresenta anche la funzione tipica. Funzione economico-sociale del tipo di negozio, in quanto esplicazione di autonomia privata, la quale è un fenomeno sociale prima di divenire, col riconoscimento, un fatto giuridico". Tale inquadramento determina, conseguentemente, il riconoscimento della tutela giuridica solo a quei negozi che rispondono a finalità meritevoli sul piano sociale ed economico. Il giudizio di meritevolezza nella dottrina corporativistica era riferito direttamente alla causa del negozio posto in essere dai privati onde verificarne la rispondenza in concreto all'utilità sociale, ossia la conformità dell'operazione economica ai principi ispiratori della coscienza civile e politica del Paese e dell'economia nazionale. La "causa", quindi, nella sua dimensione oggettiva ed astratta, costituì il principale strumento utilizzato dal legislatore del 1942, per limitare l'autonomia contrattuale, controllandola ed indirizzandola al perseguimento delle finalità socio-economiche.

60 La Relazione del Guardasigilli al Re, sul libro IV "Delle Obbligazioni", al riguardo affermava che "Un controllo di corrispondenza obiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico è inutile se le parti utilizzano i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificamente disciplinati, perché in tal caso la corrispondenza stessa è stata apprezzata e riconosciuta dalla legge col disciplinare il tipo particolare di rapporto: si tratterà allora [...] soltanto di indagare se per avventura la causa considerata non esiste in concreto o sia venuta meno. in ogni altro caso, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, deve rimanere fermo che il rapporto è suscettibile di valutazione da parte del giudice, diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell'ordinamento giuridico".

riflette ulteriormente nella previsione di numerose clausole generali, riferite prioritariamente ai "principi ispiratori dell'economia nazionale" ed alla "coscienza civile e politica", volti ad orientare la libertà negoziale verso gli obiettivi socio-economici propri della ideologia corporativa.

Sempre in quest'ottica deve essere inteso il disposto dell'art. 1339 c. c., che limita l'autonomia privata, prevedendo l'inserzione automatica nel contratto di clausole concernenti prezzi di beni o servizi, imposti dalla legge, anche in sostituzione delle pattuizioni difformi delle parti⁶¹.

Il codice civile, inoltre, interviene in modo incisivo in ordine all'individuazione delle fonti del regolamento contrattuale e conseguentemente al rapporto tra autonomia privata e poteri del giudice.

L'art. 1374 c. c., infatti, apre una "breccia" significativa rispetto alla concezione volontaristica del contratto, disponendo che questo "*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*", dando adito all'integrazione giudiziale del regolamento negoziale, in palese contrasto con la teoria della funzione dichiarativa del giudice.

In questo senso, come confermato dalla successiva evoluzione teorico-pratica, devono essere intesi anche i copiosi riferimenti legislativi alla "buona fede" ed alla "correttezza", che, per il loro carattere generico, richiedono una determinazione concreta da parte dell'interprete⁶².

La disciplina del diritto del lavoro riflette l'impostazione corporativista, proiettandosi in una dimensione "sociale" attraverso le forme assistenziali e previdenziali dei prestatori⁶³.

In una prospettiva generale, il privato non è più considerato un "soggetto" separato dallo Stato ed a cui sono riconosciute delle libertà negative, ma un individuo chiamato a realizzare mediante la propria attività economica l'interesse pubblico generale, rispetto al quale i suoi interessi patrimoniali personali svolgono una funzione meramente strumentale⁶⁴.

Nell'ambito del diritto privato non è dato ancora riscontrare un riferimento diretto alla valenza "personalistica" del singolo, sia pure subordinata agli interessi socio-economici del regime.

Occorre, però, sottolineare che il codice civile del 1942, nonostante la rilevata matrice ideologica, ha una valida struttura generale, idonea ad adeguarsi in via interpretativa – salvo alcuni casi particolari - ai mutamenti dell'ordine politico e del sistema ideologico di base⁶⁵,

61 v. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974; CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974.

62 v. in dottrina RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004 rist.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1969; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; SACCO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato, in Studi sulla buona fede*, Milano, 1975.

63 v. la Relazione del Guardasigilli volta a sancire – in linea con gli ideali corporativismi – la rilevanza della Carta del Lavoro. Nel documento si legge che "La Carta del Lavoro come premessa al Codice civile vale quindi a qualificare l'intero nostro ordinamento positivo e, innanzi tutto, pone in risalto il carattere del nuovo Codice, espressione della civiltà del lavoro. I principi della Carta del Lavoro non solo penetrano largamente nelle varie disposizioni, configurano e plasmano i diversi istituti giuridici, ma hanno perfino concorso a determinare il piano stesso della codificazione".

64 v. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, cit., p. 359 ss.; BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, cit., p. 222 ss.

65 v. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 67, il quale – seppur con riferimento alla disciplina della formazione del consenso - sottolinea la duttilità del codice civile del '42 ad adattarsi ai mutamenti di ordinamento, proprio in virtù della sua chiarezza espositiva e della sua coerenza strutturale.

come è dimostrato dalla sopravvivenza del testo normativo alla caduta del regime fascista ed all'avvento della Costituzione repubblicana⁶⁶.

3. *Costituzione repubblicana e normativa civilistica: nuovi criteri interpretativi e legislazione speciale.*

L'avvento della Repubblica e la promulgazione della Carta costituzionale ispirata a valori democratici hanno determinato un'intensa opera di adeguamento della legislazione dello Stato, in tutti i suoi settori.

Questo processo non ha richiesto la predisposizione di un nuovo sistema normativo, ma un semplice adattamento di quello previgente – anche attraverso l'espunzione di figure giuridiche funzionali all'ideologia corporativista – realizzato soprattutto sul piano interpretativo, ossia mediante la ridefinizione di istituti già esistenti alla luce dei principi costituzionali.

La Costituzione italiana ha prodotto un'inversione dei valori fino ad allora posti al vertice dell'ordinamento⁶⁷.

Alle precedenti concezioni individualiste - che riconoscevano al singolo un'area di libertà negative rispetto all'azione invasiva dei poteri pubblici, non in ragione del suo essere persona, ma in considerazione del suo *status* di cittadino, ossia in relazione al rapporto di appartenenza alla comunità nazionale, improntate al primato dello Stato ed alla funzionalizzazione dell'attività privata alla utilità socio-economica generale – la Legge fondamentale ha sostituito il primato della persona e della sua dignità ed il principio della solidarietà sociale, quali criteri orientativi di ogni attività economica dei privati⁶⁸.

66 v. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, p. 330 ss., il quale affronta la problematica della continuità dell'ordinamento sul piano sostanziale dell'adattamento del *corpus* normativo previgente attraverso l'assiologia costituzionale. Al riguardo l'A. afferma che "Aderendo ad una concezione sostanzialista non possiamo condividere tale scissione tra la validità formale dell'ordinamento e il suo contenuto materiale: la continuità dell'ordinamento è per noi *continuità della sua unità di senso*. La modificazione dei valori fondamentali sui quali si basa un sistema ne determina un rivolgimento dal punto di vista nomostatico, ossia del senso profondo che quei valori trasmettono, in termini di *vincolo ermeneutico*, alla sua parte nomodinamica, cioè a quell'insieme di enunciati che compongono (non la sostanza ma) la materia (in parte grezza) che deve essere plasmata dall'interprete. In definitiva di fronte a simili cambiamenti, pur permanendo in vigore le medesime disposizioni, muta la loro ragione di validità e, di conseguenza, muta il senso concreto delle norme che da quelle disposizioni possono trarsi. Dunque se è vero che, come detto da Crisafulli, il corpus normativo dello Stato italiano, all'indomani della Costituzione, era formato da <<norme poste nelle epoche più diverse>> e, dunque, informate a criteri politici <<non omogenei>> e *addirittura contrastanti con i principi costituzionali*, è vero pure che tali norme vennero, quando non cadute, progressivamente rilette alla luce dei principi che costituiscono la *nuova unità di senso dell'ordinamento*. Preferiamo, allora [...] spostare il fuoco della nostra osservazione dalla vigenza delle disposizioni al senso delle norme. Il profilo concreto di tale fenomeno è esemplificato, ad avviso di chi scrive, da tutta l'attività interpretativa che la Corte costituzionale svolse per adeguare il vecchio impianto normativo alla nuova Costituzione".

67 v. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, cit., p. 6, il quale rileva come "Con l'avvento della democrazia pluralistica il senso della costituzione è tutto innervato dell'idea di persona, intesa non come individuo astratto e puramente formale, ma come <<soggetto di libertà negativa e positiva>>, persona umana la cui essenza consiste [...] nella sua <<unità di corporeità e spiritualità>>. Se il fondamento della democrazia pluralistica è la Costituzione, questa a sua volta trova il suo fondamento in quei diritti della persona, le cui radici devono ancorarsi alla nozione di dignità umana. In altre parole se la "costituzione di valori" è il fondamento della democrazia pluralistica, allora il suo fondamento, o meglio la sua legittimazione, è data proprio dal suo carattere strumentale, cioè servente della dignità della persona umana, e che, costituisce, così, la *Grundnorm*, della sua validità e della sua legittimità [...]. Il ruolo a cui la dignità della persona umana è chiamato nella democrazia pluralistica esclude, quindi, che la sua dignità possa essere espressione di uno *status* giuridico e/o culturale, in quanto essa invece si radica nella stessa struttura ontologica dell'uomo come valore, in quanto "persona".

68 v. P. PERLINGIERI, *Una lezione alla "Federico II"*, in *Le Corti Calabresi*, III, 2010, p. 587, il quale afferma che "Il codice civile del 1865 poneva al centro dell'ordinamento la proprietà fondiaria, ravvisando nella disciplina delle

In sede meramente descrittiva delle innovazioni introdotte dalla Costituzione del 1948, vanno segnalati in primo luogo: l'art. 2, in cui sono riconosciuti i diritti inviolabili della persona umana, sia singolarmente che nelle formazioni sociali in cui si sviluppa e si svolge la sua personalità⁶⁹; l'art. 3, che sancisce l'eguaglianza di tutti i cittadini dal punto di vista formale e sotto il profilo "sostanziale", prevedendo il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli, che si frappongono alla piena realizzazione del principio⁷⁰ e di intervenire nei rapporti economici concernenti il lavoro, la previdenza e l'assistenza sociale (come specificato negli artt. 35-40 Cost.)⁷¹, sostituendo alla logica imprenditoriale e produttivistica del lavoro, una visione incentrata sulla persona del lavoratore e sulle sue prerogative esistenziali, assoggettando l'iniziativa economica privata al rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana (art. 41 Cost.)⁷², limitando la funzione sociale della proprietà privata e disciplinandone il razionale sfruttamento secondo criteri volti a stabilire "equi rapporti sociali" (art. 42-44 Cost.), in ossequio alla logica compromissoria che tende a contemperare la concezione liberale con quella socialista e con la dottrina sociale cattolica⁷³.

successioni, della famiglia e dei contratti uno strumento di conservazione e di scambio del diritto di proprietà. Con il codice civile del 1942 si realizza il passaggio da una proprietà "statica" a una proprietà "dinamica", al fine di realizzare l'autarchia economica e incrementare al massimo la produttività. È con l'avvento della Costituzione repubblicana, fondata sul personalismo e sul solidarismo – non soltanto economico, ma soprattutto umano, sociale e politico – che il baricentro del sistema ordinamentale si sposta dalle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali: il principio di legalità da codicistico diventa <<costituzionale>>".

69 v. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2005; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; ROSSI E., *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989; BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 431 ss.; in merito al riconoscimento delle formazioni sociali v. ROSSI E., Commento "Art. 2 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, p. 52, il quale afferma che "la ratio che sta alla base del riconoscimento del pluralismo sociale nella Costituzione consiste nelle finalità riconosciute alle formazioni sociali di favorire la socialità della persona, il suo inserimento nel contesto sociale mediante una rete di relazioni che ne consenta la partecipazione alla vita collettiva e quindi la sua piena realizzazione".

70 v. CERRI, Voce "Uguaglianza (principio costituzionale di)", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1994; GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova 2003; ROSSANO, *Il principio d'eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1966; AMIRANTE, *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2000; GIORGIS, Commento "Art. 3, 2° co. Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, cit., p. 93, il quale in merito alla valenza del principio di eguaglianza sostanziale, evidenzia come nella disposizione di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost. "trova espresso riconoscimento uno degli obiettivi fondamentali del diritto costituzionale europeo del secondo dopoguerra: garantire a ogni individuo le condizioni materiali, culturali e sociali per poter condurre un'esistenza libera e dignitosa; detto in altri termini, garantire a ogni individuo le condizioni per poter concretamente esercitare tutti quei diritti di libertà e di partecipazione (all'organizzazione economica, politica e sociale del Paese) che lo stesso diritto costituzionale gli riconosce e che dovrebbero (a loro volta) consentirgli di realizzare nella maniera più piena lo sviluppo della propria persona".

71 v. HERNANDEZ, *I principi costituzionali in tema di retribuzione*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 9 ss.; MENGONI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in *Lavoro – La giurisprudenza costituzionale (1956-1986)*, I, Roma, 1987, p. 47 ss.; BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; ALIBRANDI, *La garanzia previdenziale secondo Costituzione*, in *Riv. infortuni*, I, 1990; PERSIANI, Commento "Art. 38 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 232; ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; NANIA, *Sciopero e sistema costituzionale*, Torino, 1995.

72 v. GALGANO, Commento "Art. 41 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 3 ss.; ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 37; NIRO, Commento "Art. 41 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, cit., p. 846 ss.

73 v. GIANNINI, *Le basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 445; IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Camerino-Napoli, 1980; v. per un approccio particolare alla tematica della proprietà sul piano civilistico RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252; CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1332 ss.; SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371 ss.; RODOTÀ, Commento "Art. 44 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 212 ss.

Tali principi, immanenti nel modello di democrazia pluralista, incidono fortemente nella regolamentazione dei rapporti privatistici, il cui assetto deve essere orientato alla realizzazione di risultati compatibili con i valori fondanti l'ordinamento giuridico – di cui la Costituzione rappresenta il vertice normativo – quali la solidarietà sociale ed il *favor personae*, che si riflettono non solo nella dimensione "individuale" del singolo consociato, quanto anche in quella "collettiva" dei c. d. corpi intermedi (dalla famiglia alle associazioni) in cui viene a svolgersi ed a svilupparsi la personalità morale e sociale della persona⁷⁴.

In sostanza, i rapporti intersoggettivi tra i privati incontrano un nuovo processo di "funzionalizzazione", diverso da quello previgente di matrice statualista e dirigista, e diretto alla realizzazione di obiettivi di giustizia sostanziale atti a concretizzare il personalismo costituzionale⁷⁵.

Per lungo tempo dopo l'entrata in vigore della Legge fondamentale, venne trascurata – salvo alcuni casi particolari – l'incidenza delle sue norme sui rapporti civilistici, sia per questioni di metodo e sensibilità giuridica, sia per il timore di avviare un processo di ideologizzazione inversa del diritto privato, giustificato dalle forti tensioni sociali e politiche manifestatesi nel secondo dopoguerra.

A prevalere fu, poi, la concezione "programmatica" delle disposizioni costituzionali, secondo la quale queste costituiscono le linee guida per il legislatore, da attuarsi attraverso un doveroso procedimento legislativo ordinario ed in suscettibili di efficacia precettiva, non potendo le stesse costituire il riferimento normativo su cui fondare direttamente la pretesa giurisdizionale.

Tale orientamento certamente "depotenziava" i principi contenuti nella Legge fondamentale, relegandoli al ruolo di semplice "cornice" regolamentare nell'ambito di un panorama positivo ispirato ancora a criteri tradizionali.

Peraltro, non devono sottacersi alcuni importanti interventi legislativi, volti a conformare interi settori del diritto privato ai valori costituzionali, primo fra tutti la riforma del diritto di famiglia – realizzata nel 1975 – che novellò gran parte del Libro I del codice civile, improntando la disciplina dei rapporti coniugali e della filiazione ai principi di eguaglianza e solidarietà, a cui si accompagnò una modifica di identica matrice ideologica nel diritto delle successioni.

In questo contesto è rilevante la c. d. legislazione socialista, attuata attraverso interventi normativi a carattere "speciale" volti a realizzare il principio di eguaglianza sostanziale, regolando taluni rapporti privatistici, caratterizzati da un'originaria asimmetria di potere contrattuale tra i contraenti dovuta alle differenze socio-economiche intercorrenti tra gli stessi,

74 v. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, cit., p.190, il quale sottolinea come è "solo nei decenni che separano l'Ottocento dal Novecento che prenderanno corpo tendenze più aperte, e la personalità dell'uomo sarà vista all'interno delle comunità di cui fa parte ed in cui egli si realizza: dalla famiglia, ai partiti, ai sindacati, alle comunità religiose, alle singole associazioni. Il che presuppone una società più matura, più consapevole, più attenta al profilo della partecipazione. La dottrina sociale della Chiesa e l'umanesimo marxista daranno un rilevante contributo in questa direzione, anche se concretamente gli effetti prodotti non potranno essere apprezzati che nel secondo dopoguerra", con la formulazione dell'art. 2 della Costituzione, attraverso il quale "i diritti dell'uomo vengono riconosciuti e tutelati non solo in quanto individuo singolo (il che avveniva sostanzialmente anche in passato), quanto nelle formazioni sociali, in tutte le *formazioni sociali* nelle quali si svolge la sua personalità. Questo delle formazioni sociali è peraltro un passaggio necessario per comprendere appieno il rapporto tra la persona umana e le comunità intermedie sotto un profilo strettamente giuridico. Sebbene le formazioni sociali spesso nascano attraverso un contratto, esse trascendono l'impostazione contrattualistica per dare vita a delle vere e proprie istituzioni, formate da un gruppo, da uno scopo comune, da un ordinamento".

75 v. P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c. d. adeguatrice*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, a cura di Perlingieri e Sesta, Napoli, 2007, p. 121 ss.

in modo da determinarne un riequilibrio funzionale al perseguimento di obiettivi di giustizia sostanziale⁷⁶.

Si devono considerare anche le regolamentazioni definite con interventi legislativi speciali, concernenti i rapporti agrari (Legge 15 settembre 1964, n. 756), le locazioni di immobili urbani (Legge 27 luglio 1978, n. 392), i diritti dei lavoratori (Legge 20 maggio 1970, n. 300) ed il processo del lavoro (Legge 11 agosto 1973, n. 533).

In sintesi, il processo di "costituzionalizzazione" del diritto privato si è potenziato a far tempo dagli anni Sessanta del secolo scorso, in coincidenza con l'attivazione della Corte costituzionale e con la sensibilizzazione della dottrina⁷⁷ e della giurisprudenza in ordine alla maggiore incidenza dei diritti inviolabili nel contesto dei rapporti socio-economici.

Si iniziò ad utilizzare un metodo interpretativo costituzionalmente orientato, cioè in grado di determinare una rilettura delle norme civilistiche preesistenti all'entrata in vigore della Legge fondamentale, coerente con i valori ed i principi da essa proclamati.

Sintomatiche di questa tendenza sono alcune delle pronunce della Consulta volte a tutelare la stabilità del valore del credito nel corso del tempo avverso una rigida applicazione del principio nominalistico, in quanto lesivo del contenuto minimo del diritto di proprietà riconosciuto dall'art. 42 Cost.⁷⁸, ovvero finalizzate a sancire l'invalidità degli elementi

76 Per un quadro complessivo sulla ideologia giuridica di quel periodo, v. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in *Gli anni Settanta del diritto privato. Atti del convegno (Palermo, 7-8 luglio 2006)*, Milano, 2006, p. 18, il quale afferma come "Gli anni settanta del diritto privato sono stati, nell'ordine a) una opzione teorica molto forte quanto alla interpretazione del diritto moderno e delle sue forme istituzionali e di pensiero; b) una lettura molto impegnata delle trasformazioni subite dallo stato nel corso del '900 e del mutato rapporto tra sfera politica e sfera economica; c) una proposta di uso alternativo di quelle trasformazioni che, se portate dentro un quadro segnato dalla ricomposizione della sfera della razionalità politica e della sfera della razionalità economica, all'insegna beninteso, della prevalenza della prima, avrebbe dischiuso le porte ad una transizione al socialismo non cruenta e rispettosa del nucleo vitale delle libertà "borghesi"; d) una proposta di uso alternativo del diritto, illuminato e legittimato, dall'art. 3, comma 2 Cost. che avrebbe dovuto porre capo alla introduzione di elementi di eguaglianza sostanziale e, dunque, anticipatori di un assetto socio-economico più avanzato (nel gergo di allora, si chiamavano, appunto, "elementi di socialismo")"; v. anche DI MAJO, *Proposte per un avvio di discorso teorico sull'«uso alternativo» del diritto privato*, in *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, I, 1973, p. 149 ss. 77 v. NICOLÒ, Voce "Diritto civile", in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 907-908 quale afferma che "Se dunque è vero che per individuare i confini storicamente attuali del diritto civile, come ordinamento e come attività di pensiero, è necessario identificare i principi fondamentali, che ne costituiscono le strutture essenziali, l'osservatore dei nostri tempi deve cominciare a rendersi conto di quanto sia profonda e incolmabile la frattura tra la situazione presente, nell'attuale assetto evolutivo della nostra organizzazione sociale, e le forme giuridiche del passato. Invero se il diritto è la forma di una realtà sociale, non si può non riconoscere, come del resto riconoscono i romanisti più sensibili alla esigenze del mondo in cui vivono, che sia anacronistico pensare che una realtà sociale, che non ha ormai nessun punto di contatto con quella di duemila anni fa, e anzi neppure con quella di qualche secolo fa, possa tollerare, e addirittura considerare adeguate, forme e strutture che le sono estranee. Solo un osservatore superficiale può pensare che il diritto civile si sottragga a questa esigenza, perché è sempre l'individuo a costituirne il centro, e che parlandosi in tempi moderni di proprietà, di contratto, di obbligazione, o anche di servitù o di testamento, si parli delle stesse cose che con quelle espressioni erano state splendidamente elaborate dalla esperienza giuridica romana. Le categorie giuridiche e i relativi concetti possono essere oggetto di storia, come tutte le creazioni dell'intelletto, ma non si deve perdere di vista che essi non sono valori universali ma strumenti di conoscenza di una realtà sociale alla quale si devono adeguare e intimamente aderire". Tali considerazioni di base inducono l'illustre Maestro ad affermare che "il civilista moderno dovrebbe rendersi conto del significato che, per definire l'oggetto della sua conoscenza, hanno le norme costituzionali che intendono garantire, sul piano costituzionale, istituti, situazioni e rapporti che riguardano i soggetti <<privati>>, sia come individui sia come elementi di comunità intermedie, i loro interessi e la loro attività, come manifestazione di libertà e affermazione di personalità. Queste norme costituzionali sono state dettate dalla preoccupazione, certo non infondata, che al limite le strutture essenziali del diritto civile siano bisognose di una garanzia di carattere primario per neutralizzare possibili abusi di potere da parte del legislatore ordinario, ma hanno anche un significato positivo, quello cioè di riconoscere, nel quadro della nostra organizzazione sociale e politica, e di assumere a elementi fondamentali di questa, i principi e gli istituti essenziali che attengono ai rapporti interprivati e più in generale alla dignità e alla personalità umana".

78 v. *ex multis* Corte cost., sentenza 27 luglio 1972, n. 155, in *CED Cassazione*, 1972, in cui si afferma che "è costituzionalmente illegittimo, con riferimento all'art. 42, secondo comma, della Costituzione, l'art. 1, della legge

accidentali del negozio giuridico nelle ipotesi in cui questi imponessero ad una delle parti ovvero al beneficiario un comportamento contrario alla propria dignità *ex art. 2 Cost.*⁷⁹.

Solo in tempi più recenti si sono sviluppati gli orientamenti dottrinali che, anche sulla scorta della dottrina germanica della *Drittwirkung*, aderiscono alla tesi del carattere "sostanziale" delle disposizioni costituzionali e della loro efficacia precettiva nei rapporti interprivatistici, ossia alla possibilità che le stesse siano invocate direttamente al fine di fondare la pretesa giurisdizionale⁸⁰.

11 febbraio 1971 n. 11, nella parte in cui non prevede alcuna forma periodica di rivalutazione del canone in denaro: ed invero, quella norma, con lo stabilire che "nell'affitto di fondo rustico il canone è determinato e corrisposto in denaro" introduce un nuovo strumento di riduzione del canone la cui azione è prevedibile come certa ove si pensi che la svalutazione monetaria, almeno nei limiti di quella così detta strisciante, è considerato fenomeno naturale ed, in certo senso, necessario nell'economia dei paesi moderni. Ne deriva che la mancata previsione di una rivalutazione dei canoni in misura corrispondente alle eventuali mutazioni del potere di acquisto della lira appare lesiva del diritto del proprietario concedente a conservare invariato nel valore di acquisto il canone autoritativamente determinato"; Corte Cost., sentenza 21 marzo 1969, n. 37, in *CED Cassazione*, 1969, in cui si afferma che "In relazione alla particolarità dei rapporti regolati dalla legge n. 607 del 1966 la misura del canone pone un problema di proporzione quantitativa nella coordinazione dei rispettivi interessi dei concedenti e degli enfiteuti, collegati all'art. 42, terzo comma, della Costituzione. In base ai dati oggettivi risultanti dalla relazione demandata dalla Corte al Ministero dell'agricoltura è dimostrato che il divario tra canoni pattizi in denaro e canoni legali è, in via generale, per quanto riguarda i rapporti di antica costituzione, di limitata entità, tale da escludere che questi ultimi possano considerarsi puramente apparenti o simbolici. Inoltre, il principio della revisione del canone che ha conferito al contratto un nuovo elemento di rilievo è stato introdotto solo con il libro delle proprietà del nuovo codice civile, entrato in vigore il 28 ottobre 1941, e con limitati effetti per le vecchie enfiteusi. Ciò conferisce un elemento di ragione alla norma del primo ed ultimo comma dell'art. 1 della legge n. 607 del 1966, che, col riferimento al 30 giugno 1939, realizza una soluzione intermedia tra quella originaria, e quella del codice civile del 1942, senza rivelare sproporzioni tali da far considerare irrisorio il compenso alla proprietà sacrificata, anche con riguardo al capitale di affranco, ricavato moltiplicando per quindici il canone annuo. Ad analoghe conclusioni si perviene riguardo ai canoni in natura, giacché la calcolazione dell'equivalente in danaro, col sistema previsto dalla legge conduce, secondo i dati risultanti dalla relazione ministeriale, ad un divario tale da correggere, ma non vanificare la sostanza economica del rapporto. Pertanto per i contratti stipulati fino alla data suddetta è da escludere il contrasto della norma impugnata con il diritto di proprietà garantito dall'art. 42 Cost."

79 v. di recente Cass. civ., Sez. II, sentenza 15 aprile 2009 n. 8941: "La condizione, apposta ad una disposizione testamentaria, che subordini la efficacia della stessa alla circostanza che l'istituto contragga matrimonio, è ricompresa nella previsione dell'art. 634 cod. civ., in quanto contraria alla esplicazione della libertà matrimoniale, fornita di copertura costituzionale attraverso gli artt. 2 e 29 Cost. Pertanto, essa si considera non apposta, salvo che risulti che abbia rappresentato il solo motivo ad indurre il testatore a disporre, ipotesi nella quale rende nulla la disposizione testamentaria".

80 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 543 ss.; MORELLI, *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 4; posizione dubitativa o comunque intermedia è quella di RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 2001, p. 62, il quale afferma che "Il problema dell'efficacia rispetto ai terzi, la *Drittwirkung* di cui parlano i giuristi tedeschi, si riassume in ciò: tra i privati i diritti costituzionali possono essere invocati per misurare l'esercizio delle libertà, per controllare le manifestazioni di potere, per giudicare della stessa validità delle esplicazioni dell'autonomia negoziale. Deve respingersi una generale risposta positiva al problema della *Drittwirkung*, e non già perché l'autonomia negoziale sia in sé un valore costituzionalmente garantito, dotato di preminente tutela nel conflitto tra le ragioni del singolo fondate su specifici precetti costituzionali e le manifestazioni di un'autonomia che se ne distacchi o giunga sino a violarli. Non può ritenersi che l'autonomia negoziale rivesta dignità costituzionale e che nel <<catalogo>> di cui si è parlato essa si collochi in cima agli altri valori, sino a giustificare l'esercizio in difformità o in contrasto con i principi costituzionali. Si vuole piuttosto ribadire che gli strumenti tradizionali del diritto privato appaiono generalmente sufficienti al controllo delle manifestazioni della stessa autonomia anche nei termini del conflitto coi valori sanciti dal testo costituzionale. In particolare, il principio dell'ordine pubblico si presenta idoneo al controllo delle manifestazioni dell'autonomia negoziale che vengano ad urtare contro principi costituzionali. Il modo, tradizionale al giusprivatista, di intendere l'ordine pubblico è destinato ad arricchirsi poiché nel costruirlo egli dovrà muovere dalla considerazione di un ordine che parte dai valori costituzionali. La storicità e la relatività del concetto ne consentono adattamenti e sviluppi nei vari settori dell'ordinamento e ne giustificano margini diversi di indagine e di controllo rispetto all'esercizio dell'autonomia negoziale".

Tale impostazione, certamente compatibile con l'attuale gerarchia delle fonti che vede al vertice le norme costituzionali, ha assunto, diversamente che in passato – con eccezione dell'applicazione precettiva fatta dalla giurisprudenza pretorile nel dopoguerra con riferimento all'art. 36 Cost. al fine di assicurare ai lavoratori una retribuzione "sufficiente" a condurre una esistenza libera e dignitosa per sé e per la propria famiglia⁸¹ - una crescente centralità, costituendo il criterio di svolta per il riconoscimento effettivo del primato della persona umana e delle sue prerogative esistenziali nell'ordinamento giuridico.

La nuova concezione dell'ordinamento ha una dimensione onnicomprensiva ed unitaria nella interazione tra fonti nazionali e sovranazionali: essa trova il proprio punto di aggregazione nel supremo principio personalistico, la cui posizione verticistica consente di superare la distinzione tradizionale e netta fra diritto pubblico e diritto privato. Quest'ultimo, infatti, si svincola da una astratta e formale posizione di subordinazione rispetto al primo, imponendosi, per contro, un bilanciamento concreto tra gli interessi ed i valori coinvolti nel singolo caso, seguendo la gerarchia assiologica emergente dalla Carta costituzionale⁸².

4. *Lex mercatoria e solidarietà: il rapporto tra mercato e persona.*

Nel secondo dopoguerra si è diffuso il modello economico di stampo globale. Questo è caratterizzato dalla formazione di ampi agglomerati di potere commerciale ed è basato sulla intensificazione degli scambi internazionali, secondo criteri di celerità ed efficienza.

L'affermarsi delle teorie economiche neo-liberali ha condotto ad una progressiva deregolamentazione del mercato, comportante un "arretramento" dell'azione legislativa, ed all'affidamento della relativa disciplina alle dinamiche della concorrenza, ritenute idonee al raggiungimento di soluzioni vantaggiose per tutti gli utenti mediante il contemperamento degli interessi contrapposti⁸³.

I principi fondamentali di uguaglianza e di solidarietà svolgono il ruolo formale e negativo di delimitare l'area riservata all'iniziativa economica privata.

Il mercato globale, per la dimensione assunta e per la libertà che lo contrassegna è stato elevato al rango di vera e propria "istituzione", disciplinata da regole autonome e funzionali alla efficienza dei traffici, nonché adeguate ai bisogni ed alle esigenze economiche in evoluzione.

81 v. tra le prime applicazioni Cass. civ., sentenza 9 aprile 1949, n. 838; Cass. civ., sentenza 10 agosto 1953, n. 2696.

82 v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 344, il quale rileva come "entra in crisi la stessa distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. Ma questi semplici riferimenti sono emblematici del modo ormai profondo e pervasivo in cui si <<recepisce>> oggi il dettato costituzionale. Molti sono i fattori dell'osmosi di diritto privato e diritto costituzionale; tra i più rilevanti – o almeno tra quelli che mi sembrano più significativi – si pensi: (I) alla riorganizzazione delle fonti e alla legislazione regionale di diritto privato; (II) alla costituzionalizzazione del diritto privato e c. d. *Drittwirkung*, cioè alla applicazione diretta della normativa costituzionale ai rapporti tra privati; (III) alla gerarchia dei valori in cui il bilanciamento di interessi privati e interessi pubblici è riformulato sui valori espressi dalla Carta costituzionale ed è la premessa della interpretazione adeguatrice".

83 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 475 ss., il quale afferma che "Il mercato assume il ruolo istituzionale di organizzazione di relazioni sociali e di redistribuzione di ricchezza e i grandi gruppi economici, che svolgono la funzione di <<governo privato>> della società, si prestano alla cooperazione e alla sponsorizzazione compatibili con il loro egoismo, ma niente affatto disponibili a gesti e a forme di sincera solidarietà. Da qui <<Stato minimo>>, meno Stato, niente Stato, *deregulation*, e ancor più libertà dalla società e giovanile anarchismo; da qui, sul piano costituzionale, la tendenza a delimitare i poteri di intervento, normativi e amministrativi, in materia economica (c. d. costituzionalismo economico) e, sul piano generale, un atteggiamento culturale tendente a minimizzare <<la necessità di far ricorso alle restrizioni etiche interne e/o a quelle giuridico-politiche esterne imposte al comportamento umano".

La rapidità della circolazione internazionale dei beni e dei capitali è anche un fattore di sviluppo della produzione.

Il potenziamento crescente del mercato-istituzione opera, però, in senso riduttivo della efficienza delle politiche economiche e sociali degli Stati nazionali, condizionandone le legislazioni sempre più svincolate dalle situazioni locali, col conseguente paventato rischio di uno svilimento della tutela dei valori della persona e della dignità umana⁸⁴.

La deregolazione del mercato ha, infatti, rimosso la dimensione "territoriale" e "nazionale" dei processi commerciali, sottraendoli al controllo dello Stato, e tende a spostare il punto di equilibrio nella compensazione imposta dai criteri concorrenziali⁸⁵, ma nella sostanza può generare uno squilibrio nelle relazioni sociali, in quanto la naturale conflittualità tra poteri economici rimane priva di una imprescindibile "direzione etica e giuridica" che garantisca i valori e la dignità della persona, che al contrario finiscono per essere degradati al rango di mero "valore di scambio"⁸⁶.

84 v. al riguardo GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, p. 83 ss., il quale dedica una particolare attenzione alla c. d. nuova *lex mercatoria*, sottolineando come per tale "si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati". L'illustre A. rileva come "La nuova *lex mercatoria* opera [...] entro una realtà caratterizzata dalla divisione politica dei mercati in un pluralità di Stati; la sua funzione è superare la discontinuità giuridica da questi provocata. I fattori che hanno prodotto queste regole internazionalmente uniformi risiedono, fondamentalmente: a) nella diffusione internazionale delle pratiche contrattuali del mondo degli affari [...]; b) negli usi del commercio internazionale, ossia nella ripetuta e uniforme osservanza di particolari pratiche da parte degli operatori di determinati settori imprenditoriali; c) nella giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali".

85 v. ALPA, *Trattato di diritto civile, I, Storia, fonti, interpretazione*, Milano, 2000, p. 463, il quale rileva come "Nel volgere di un decennio si è capovolta la prospettiva nella quale si erano definiti i rapporti tra diritto ed economia; in una dimensione istituzionale, dalla giustificazione della creazione di forme giuridiche intese a mediare i conflitti tra interessi forti e interessi deboli, e a soddisfare le istanze sociali, si è passati alla critica serrata all'intervento dello Stato sul mercato, sia come legislatore sia come imprenditore; alla regolamentazione del mercato si è sostituita la "regolazione"; tutti gli interessi in gioco (e i loro titolari) si sono posti sul medesimo piano, in competizione tra loro; si è ripensato il ruolo dello Stato che, da custode dei diritti, governatore dell'economia, dominatore dell'attività sociale è stato ridimensionato in mero spettatore della lotta tra gli interessi in conflitto, fautore delle iniziative private (lucrative e solidaristiche) fino a divenire controllore della correttezza del gioco; e il gioco si è considerato corretto quando non vi sono frodi, ma lealtà di comportamento, non vi è appropriazione esclusiva delle informazioni ma si assicura la loro circolazione, non vi è sostegno di una parte, ma pari condizioni per tutti". L'illustre A. giunge, quindi, ad osservare come "La rappresentazione ideale (quasi idilliaca) del mercato libero e del gioco fa ha preso campo in modo quasi naturale, sull'onda della globalizzazione, dell'evoluzione delle tecnologie, della riformulazione dei rapporti sociali. L'economia si è riappropriata delle logiche antiche, travestendole con nuove immagini e nuove terminologie; la politica sembra aver abdicato alla sua vocazione trainante, lasciandosi guidare dalle logiche dell'economia; il diritto sembra essere tornato a mera forma, quasi completamento di un motore dell'agire sociale che trova la sua ragion d'essere e la sua spinta nell'economia del mercato"; v. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 234, il quale rileva le ragioni dell'arretramento dell'intervento legislativo, che deriverebbe "da due caratteri dell'economia contemporanea, la quale è, anzitutto, una economia globale, in antitesi con il carattere nazionale dei sistemi legislativi, ed è, in secondo luogo, una economia in continua trasformazione, la quale reclama flessibili strumenti di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà in antitesi con la rigidità delle leggi".

86 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 472-475, il quale ha rilevato come "lo sviluppo storico del mercato, nella gran varietà delle sue forme, ha messo in luce il progressivo bisogno di direzione etica e giuridica della vita economica". L'illustre A. sostiene, infatti, che "La sfrenata libertà del mercato si traduce in lotta e in conflitto, rischiando di affogare <<nell'acqua gelida del calcolo egoistico i santi fremiti dell'esaltazione religiosa>> ed etica, di relegare la dignità personale a semplice valore di scambio, esponendo i soggetti deboli, sopraffatti o sfruttati, alla marginalità. In tal modo il mercato si configura come uno strumento di indebolimento delle relazioni sociali, che conduce gli uomini ad una mercantilizzazione infinita ed al conflitto continuo che non può trovare una riduzione o una mediazione nella politica senza restringere le libertà economiche, senza inquinare il quadro delle libertà civili e quindi la stessa democrazia. La libertà economica diventa libertà politica; l'economia sovrasta la politica, e al libero consenso degli uomini non spetta più stabilire ai fini della società; l'ipotesi è che l'uomo, capace di un perfetto calcolo delle proprie utilità le sappia massimizzare".

Le logiche individualistiche sottese alla crescita della produzione ed alla celerità degli scambi non possono prevalere sulle prerogative esistenziali dell'uomo ed in particolare sulla solidarietà ed equità sociale, che sono requisiti essenziali di una pacifica convivenza e fattori di progresso di una società civile⁸⁷.

A fronte di tale sistema, la dottrina più sensibile alle esigenze di giustizia sociale e fiduciosa nella possibilità di ripristino di un governo dei fenomeni economici secondo criteri assiologici di direzione⁸⁸, così da scansare i rischi presentati dal c. d. "nichilismo giuridico" – secondo la cui teoria si assisterebbe ad una "deriva" del diritto rispetto alla complessità dei fenomeni economici e sociali, che avrebbero assunto nell'attuale contesto storico una dimensione "aspaziale" e "aterritoriale", essendone la relativa disciplina rimessa al volontarismo umano legato a logiche materialistiche e produttivistiche⁸⁹ - ha promosso diversi correttivi volti a subordinare le ragioni del mercato a quelle dell'etica, intesa come complesso di valori prioritari legati alla persona e alla sua dignità⁹⁰.

La realizzazione di questo assetto implica il riconoscimento del ruolo regolatore dell'ordinamento, esteso a tutte le aree dell'attività umana, compresa quella dei rapporti economici e commerciali⁹¹.

87 cfr. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 16, il quale sostiene che "Il mercato globale, spogliando l'uomo di qualsiasi identità e riducendolo a funzione del produrre e dello scambiare, non genera alcuna comunità. Gli attori del mercato non stanno insieme, ma l'uno di fronte (o di contro) all'altro. Essi hanno in comune soltanto il meccanismo di trasmissione. L'unica loro appartenenza riguarda la tecnica. Si scorgono, insomma, soltanto la potenza dello spazio mercantile e la potenza dei luoghi storici, le quali lottano per il dominio del mondo. Non c'è – o non vedo – un interesse fondamentale, che sia così forte da piegarle e sottometterle, riducendole a varianti di una sfera superiore".

88 v. SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2007, p. 41, il quale rileva come "La posizione dell'economia del benessere nella teoria economica moderna è alquanto precaria. Nell'economia politica classica non esisteva un netto confine tra l'analisi economica del benessere e gli altri tipi di indagine economica. Ma via via che è cresciuto il sospetto relativamente all'impiego dell'etica in economica, l'economia del benessere è apparsa sempre più dubbia. La si è messa in uno spazio arbitrariamente ristretto, separato dal resto dell'economica".

89 v. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 22-24, il quale ritiene che "Il diritto è consegnato alla solitudine della volontà umana. La quale non sta ferma ed immobile, ma genera lotte tra visioni del mondo, prospettive di vita, interessi economici e politici. Respinta l'incondizionata assolutezza di valori, che siano rivelati da un Dio o suggeriti dalla natura o dedotti dalla ragione, il diritto non rimane senza "valori". Ma questi cala e risolve nel processo storico: molteplici e relativi, caduchi e instabili, tra i quali la volontà dell'uomo è chiamata a determinarsi ed a scegliere". L'A. muovendo da questa prospettiva teorizza il c. d. "nichilismo giuridico", consistente nella "svalutazione di tutti gli antichi valori - i quali, teologici o naturalistici o razionalistici, pur consentivano all'uomo di orientarsi fra le cose, e si facevano guida del suo agire -; quella svalutazione consegna il mondo alla volontà di potenza. Il senso guida del diritto non è più ricavato dalla parola di un Dio o dall'eterna natura o dall'universale ragione. Esso si racchiude per intero nella volontà, che, interpretando il mondo, vi dispiega la propria energia e si sforza di asservirlo a propri scopi"; per un rilievo critico sulle tesi di Irti in ordine al nichilismo giuridico v. BIANCO, Voce "*Nichilismo giuridico*", in *Dig. it. - sez. priv.*, Agg. III, Torino, 2007, p. 790 ss.

90 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 484, il quale, citando il pensiero di Papa Giovanni Paolo II - secondo cui "<<L'etica richiede che i sistemi si adattino alle esigenze dell'uomo, e non che l'uomo venga sacrificato per la salvezza del sistema>>" - sottolinea come "l'inseparabilità dell'economico dall'umano deve indurre la configurazione di nuovi rapporti tra economia ed etica, tra economia e diritto, tra economia e politica: le responsabilità di una vera interdisciplinarietà ricadono anche sulla scienza e sugli studiosi. La società tecnologica resti *societas* solidale e attenta ai contenuti, ai valori, alla cultura della dignità umana. In questo contesto le maggiori scelte spettano alla politica, che torna ad essere attività nobile, per gli ideali e i contenuti che realizza: ad essa spetta produrre regole giuste e far sì che legalità e giustizia tendano a confondersi, condizionate sì dalla storia e dalle contingenze ma ispirate dalla convinzione della sacralità del valore della persona umana".

91 cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009 p. 10-11, il quale afferma che "Se il mercato è ordine disegnato da regole; e il contenuto di queste può oscillare dalla semplice delimitazione e protezione di campi di attività (i *nomoi* di Hayek) sino alla scelta di scopi e al comando di specifici comportamenti (le *thesis*); allora non abbiamo, per rigore di logica, un mercato, ma tanti mercati quanto i concepibili contenuti delle norme ordinatrici. Risulta così fondamentale, nel significato autentico del "fondare", la *decisione del contenuto normativo*, che è poi null'altro della decisione circa un dato ordine degli scambi. Questa decisione ha netto

L'opera di direzione centralizzata, per poter conseguire risultati equilibrati ed efficaci, richiede una normativa non limitata ad una mera esposizione precettiva, ma integrata da direttrici fondamentali, ossia da principi superiori di portata generale.

Nell'attuale contesto storico-politico, il vertice assiologico del sistema è individuato nei diritti inviolabili della persona, posti all'apice di tutte le costituzioni democratiche moderne, i quali assurgono a presupposto e fine dell'azione regolatrice dell'ordinamento⁹².

La razionalizzazione di tutti i comportamenti giuridicamente rilevanti, espressa dall'auspicata disciplina, è insita nel temperamento tra valori contrapposti, cioè "tra interesse individuale e interesse generale"⁹³.

Siffatta prospettiva implica il superamento delle logiche separazioniste di matrice liberale ed apre all'ammissibilità dell'intervento direttivo del potere legislativo anche nel settore del mercato, che non sarà più un'area autonoma sottratta alla regolazione positiva, ma assumerà una dimensione funzionale, strumentale al soddisfacimento dei "reali" bisogni umani, dotati di valore prioritario⁹⁴.

carattere politico, onde si discorre di politica economica; e il rigore della volontà politica dà misura alla serietà e coerenza della decisione. Attraverso le regole ordinarie, e la decisione che le sorregge e orienta, le scelte politiche imprimono fisionomia al mondo degli scambi e conferiscono ad esso quella *forma*, che è propria del singolo e storico mercato, e che altrimenti sarebbe diversa da ciò che è. Si consideri, ad esempio, l'elementare relazione di scambio tra prezzo e proprietà di una cosa: essa non è isolabile dalle norme che, nei diversi regimi storici, la prevedono e disciplinano. La decisione legislativa circa la capacità dei soggetti e la commerciabilità dei beni e le modalità dell'accordo e i diritti e obblighi delle parti, esprimendosi in un insieme di regole, dà *forma alla relazione di scambio* nel mercato tolto in esame. Quella relazione non è che un'entità a-storica ed a-giuridica, non preesiste al diritto, ma *esiste soltanto nel suo proprio statuto*, nel suo prender forma da certe regole, e non da altre".

92 v. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 7, il quale afferma che "I principi morali incorporati dalla costituzione nella forma dei diritti fondamentali, oggettivamente intesi come principi elementari dell'ordinamento acquistano natura giuridica e, con essa, un nuovo modo di validità, senza perdere il loro *status* originario. Essi appartengono in pari tempo al diritto e alla morale, di guisa che, da un lato, è restituita al diritto positivo la fondazione in un ordine oggettivo di valori sostanziali, e non semplicemente nella legalità procedurale, dall'altro è salvaguardata la sua autonomia assoggettando la determinazione dei criteri di integrazione – che non può avvenire se non caso per caso in relazione a singoli contesti concreti – ai modi, alle procedure e ai vincoli specifici dell'argomentazione giuridica". Alla luce di queste considerazioni l'A. sostiene che i "principi costituzionali non si oppongono al progresso della tecnica, di cui nessuno può ignorare i grandi benefici portati all'umanità, ma resistono alle conseguenze negative dello scientismo tecnologico, la forma attuale della volontà di potenza. Lo scientismo tecnologico costituisce l'uomo sovrano della norma e padrone dei suoi fini, e in questo senso è rigorosamente antropocentrico; la costituzione riconosce alcuni valori morali, ravvisati come oggettività ideali come "rapports de justice possibles", traducendoli in principi giuridicamente vincolanti per il potere legislativo, cioè criteri superiori di scelta di fini e mezzi il cui rispetto è un requisito di validità della legge. Lo scientismo tecnologico attribuisce valore preminente all'individuo; la costituzione corregge l'individualismo originario della teoria dei diritti umani: nella sua prospettiva l'esercizio dei diritti individuali è temperato dal principio di solidarietà".

93 v. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 92, il quale, procede alla individuazione della funzione teleologica a cui assurge il c. d. "buon diritto", che non è "quello che si pone all'esclusivo o prevalente servizio delle ragioni economiche ma quello che sa contrapporsi ad esse, impedendo la mercantilizazione della società e la identificazione (e l'esaurimento) dei diritti civili e dei diritti umani naturali con quelli economici, siano essi di matrice proprietaria o imprenditoriale-contrattuale. Il "buon diritto" è non soltanto quello che garantisce la conservazione della realtà, come naturalmente e spontaneamente si crea e si evolve, ma quello che anticipa e promuove la trasformazione della società per realizzare al suo interno, compatibilmente alle risorse, le maggiori *chances* di vita libera e dignitosa per tutti. Il "buon diritto" è giusto, è equo, è solidale, ha una sua "giustificazione sociale", che non consente di considerare i diritti individualisticamente indipendenti e non li esaurisce nel loro contenuto patrimonialistico, facendone dei "privilegi", ma, nel contribuire a migliorare la qualità della vita, tende a diffonderli generosamente, attribuendo loro una funzione sociale desumibile dal livello culturale ed etico del sistema socio-normativo. Con il proporre la conciliabilità tra interesse individuale e interesse generale "si attribuisce un significativo supporto in termini morali all'economia".

94 cfr. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in *Persona e mercato*, a cura di Vettori, Padova, 1996, p. 33-34, il quale rileva come "La direttiva impartita dalla legge fondamentale, di conformazione dell'economia a certi principi fissati nella costituzione formale sottende l'idea, antitetica al postulato del liberismo classico, che nel processo economico ciò che deve essere non coincide con ciò che è, che

In questo senso devono essere interpretate le disposizioni costituzionali che pongono al vertice dell'ordinamento i diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.), e promuovono la realizzazione di una eguaglianza sostanziale dei consociati; quelle che antepongono alle istanze produttive la persona del lavoratore (artt. 36-38 Cost.); e soprattutto le norme che regolano l'iniziativa economica privata, subordinandone il libero esercizio al rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana ed alle linee programmatiche predeterminate dalla legge e finalizzate all'utilità sociale (art. 41 Cost.). Analoga funzione sociale è già riconosciuta alla proprietà privata negli artt. 42 e 43 Cost.⁹⁵.

5. *L'avvento del diritto comunitario e la tutela del consumatore.*

Il sistema giuridico nazionale ha subito notevoli mutamenti di prospettiva a seguito del processo di unificazione europea.

Questo, avviato nel secondo dopoguerra, inizialmente riguardava soltanto alcuni settori dell'economia degli Stati aderenti e conteneva pochi riferimenti indiretti ai valori della persona⁹⁶.

Successivamente, con l'adesione di altri Paesi, ampliò la sfera dei suoi interessi, creando un mercato comune regolato dall'autorità europea, con competenze riferite all'intero ambito economico-commerciale, e culminato nell'adozione di una moneta unica da parte di numerosi Stati partecipanti⁹⁷.

L'impostazione economicistica della Comunità è venuta ad arricchirsi negli ultimi anni di una rinnovata sensibilità democratica alla quale hanno fatto seguito la costituzione dell'Unione europea, volta a favorire, tra gli altri obiettivi, l'unione dei popoli europei e l'elevazione dei livelli di tutela sociale degli stessi, consolidati dalla istituzione della cittadinanza dell'Unione e dalla solenne proclamazione dei diritti fondamentali della persona⁹⁸.

una disciplina delle tendenze del sistema economico mediante interventi giuridico-istituzionali è il necessario completamento della democrazia politica. Il diritto non è semplicemente una condizione esterna di possibilità dell'ordine economico, ma di questo è una componente essenziale".

95 v. GIORGIS, Commento "Art. 3, 2° co. Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, cit., p. 93; HERNANDEZ, *I principi costituzionali in tema di retribuzione*, cit., p. 9 ss.; MENGONI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, cit., p. 47 ss.; PERSIANI, Commento "Art. 38 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, diretto da Branca, cit., p. 232; GALGANO, Commento "Art. 41 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, diretto da Branca, cit., p. 3 ss.; RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1252; ID., Commento "Art. 44 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, diretto da Branca, cit., p. 212 ss.

96 v. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 93 – 94, il quale rileva come il Trattato istitutivo della Ceca del 1951 realizzava all'art. 2, "una sorta di riconoscimento implicito dei diritti e delle libertà fondamentali, nella misura in cui <<la pace mondiale può essere difesa soltanto con sforzi creatori adeguati ai pericoli che la minacciano>>; <<l'Europa si costituirà soltanto con attuazioni concrete che creino innanzi tutto una solidarietà di fatto>>; <<bisogna concorrere al miglioramento del tenore di vita e al progresso delle opere di pace>>". Analogo discorso è da riferirsi al Trattato istitutivo dell'Euratom del 1957, laddove "possono rinvenirsi disposizioni generali che fanno pensare *in limine* ad un interesse comune ai diritti inviolabili della persona", come ad esempio le previsioni di cui all'art. 30 e seguenti, che "stabilisce <<norme fondamentali relative alla protezione sanitaria delle popolazioni e dei lavoratori contro i pericoli derivanti dalle radiazioni ionizzanti>>".

97 v. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 1 ss.; CARUSO, *Il Trattato sull'Unione europea*, in *Europa e Mezzogiorno*, 1992, n. 24, p. 1; LA PERGOLA, *L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di confederazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1 ss.

98 v. DRAETTA, *Il Trattato di Maastricht e le prospettive dell'integrazione europea*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 5 ss.; ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 622; CHITI, *Il Trattato sull'Unione europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1993, p. 343.

L'attenzione verso tali diritti si è concentrata nella salvaguardia del complessivo sistema comunitario, con strumenti normativi volti ad impedire situazioni conflittuali con la Legge fondamentale del singolo Stato⁹⁹.

Le politiche europee, originariamente finalizzate alla costituzione del mercato comune, benché impostate su criteri neo-liberali, hanno in sostanza regolamentato l'intero settore commerciale, per garantirne l'efficienza e la celerità e per realizzare il riavvicinamento delle legislazioni nazionali; ed in questo senso sono stati riconosciuti, nei vari trattati, alcuni diritti e libertà certamente promananti dal valore della dignità umana (come, ad esempio il principio di non discriminazione, la libertà di circolazione, etc.), destinati, però, a svolgere una funzione strumentale al raggiungimento dei predeterminati obiettivi economici¹⁰⁰.

Siffatto progetto, realizzato mediante una disciplina articolata della concorrenza e la predisposizione di un insieme di mezzi repressivi degli abusi, è stato negli ultimi decenni accompagnato da una progressiva attenzione per la posizione del consumatore, considerata nella dimensione di contraente debole, come tale suscettibile di subire i comportamenti "vessatori" dell'altra parte, dotata di un maggior peso contrattuale dovuto alla sua qualità di imprenditore.

La tutela del consumatore, in principio, non era animata da finalità di natura "personalistica", in quanto funzionale alla realizzazione del mercato comune, attraverso la predisposizione di un sistema di scambi equilibrato, coerentemente coi principi liberali ispirati all'eguaglianza formale degli operatori economici, intesa come presupposto della efficienza delle transazioni commerciali; sicché, secondo la visione comunitaria, la persona rappresentava semplicemente un "soggetto del mercato"¹⁰¹.

La "svolta" personalista dell'Unione europea, successivamente realizzatasi attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo, ha inciso anche su questo versante, favorendo l'instaurazione di un nuovo indirizzo normativo e giurisprudenziale a favore del

99 v. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 90, il quale rileva come il processo di riconoscimento dei diritti fondamentali in senso all'ordinamento comunitario, quali diritti sostanziali, abbia avuto inizio "allorquando, negli anni '70, la Commissione delle Comunità europee comprese (*rectius*: ebbe il timore) che tutto il sistema giuridico comunitario potesse essere in pericolo proprio a causa della mancanza tra le norme primarie di disposizioni poste a garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali. Siffatte perplessità derivavano da un paventato rischio di eventuali pratiche nazionali (c. d. <<controlimiti>>) che, in mancanza di espresse previsioni – più precisamente si affermava la mancanza di un <<catalogo>> scritto di tali diritti nel sistema comunitario – avrebbe potuto indurre taluni Stati membri a sindacare, alla luce della propria Costituzione, un atto delle istituzioni comunitarie sospettato di eludere un diritto o una libertà fondamentali e, di conseguenza, dichiararlo eventualmente inapplicabile nel proprio ordinamento giuridico".

100 v. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 452 ss., il quale afferma che "Le disposizioni del Trattato e quelle del diritto comunitario derivato che disciplinano la libera circolazione delle persone perseguono dunque l'obiettivo di facilitare ai cittadini comunitari l'esercizio di attività lavorative di qualsiasi natura e nell'intero territorio comunitario; per ciò stesso assumono un ruolo centrale nell'economia del Trattato. Il Trattato, peraltro, in origine non ha riguardato, almeno in principio, la persona in quanto tale, bensì in quanto soggetto che esercita un'attività economicamente rilevante o comunque sia a tale soggetto collegata, ad esempio per vincoli familiari. Per converso, la disciplina investe tutte le attività, indipendentemente dalla natura subordinata o meno e dal carattere stabile od occasionale del suo esercizio rispetto al territorio di uno Stato membro".

101 v. BESSONE, *La tutela dei consumatori oggi. Dalla "consumer protection" alla garanzia costituzionale dei diritti inviolabili*, in *Giur. It.*, 1986, p. 290; STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: La legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 199 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.*, 2011, p. 769; FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 95, il quale rileva come nell'ambito del Trattato CEE è possibile ravvisare il riconoscimento di numerosi "diritti", la cui tutela, tuttavia, è strumentale alla realizzazione degli obiettivi economico-mercantili comuni. In essi, "l'individuo (la <<persona>>), in sostanza" è "considerato come soggetto del mercato, attivo o passivo che sia, e pertanto non in quanto essere umano, bensì in qualità di lavoratore, professionista, produttore, venditore ecc., ovvero consumatore, utente, fruitore, cliente".

consumatore, delineato come soggetto debole, la cui posizione deve essere protetta contro interessi patrimonialistici volti alla massimizzazione del profitto¹⁰².

In questo senso si è sviluppata la tendenza comunitaria a regolamentare il mercato non solo sotto il profilo economico, ma anche e soprattutto per garantirne uno "sviluppo sostenibile", che alle ragioni dell'impresa anteponga quelle della persona, il cui valore prioritario è stato sancito a partire dal Trattato di Amsterdam del 1997¹⁰³, ed ha trovato la propria consacrazione effettiva nel Trattato di Lisbona del 2007.

Al consumatore sono stati riconosciuti alcuni diritti "fondamentali" inerenti alla sua posizione e concernenti l'informazione, l'educazione, la protezione, l'assistenza, la rappresentanza, al fine di riequilibrare la situazione di svantaggio in cui viene a trovarsi nelle contrattazioni con operatori economici professionisti, con la conseguenza che le menzionate prerogative devono ritenersi espressione mediata dell'esigenza di tutela della sua dignità umana¹⁰⁴.

In conclusione, il diritto comunitario, pur muovendo da un'impostazione essenzialmente economicistica è approdato al riconoscimento dei diritti fondamentali della persona aventi natura esistenziale e costituenti il vertice assiologico del sistema¹⁰⁵.

Il quadro che ne risulta, quindi, diviene compatibile con i valori sanciti dalla Costituzione italiana ed in particolar modo con il riconoscimento dell'iniziativa economica privata, il cui libero esercizio è subordinato alla coerenza e compatibilità con la dignità umana (art. 41 Cost.).

102 v. MENGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2009, p. 1 ss.; ALPA, *Strategie d'impresa e tutela del consumatore. Per una critica del fenomeno "consumerism"*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 494 ss.; DI NALLO (a cura di), *Il significato sociale del consumo*, Roma-Bari, 1999; PACI, *La tutela del consumatore nella legislazione e nella giurisprudenza*, Rimini, 1997; VIGNUDELLI, *Il rapporto di consumo. Profili di rilievo costituzionale*, Rimini, 1984.

103 v. ALPA, *L'applicabilità della convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Europa e diritto*, 1999, 3, p. 873 ss.; il quale rileva come con il Trattato di Amsterdam risultato "rafforzati alcuni diritti della personalità come i diritti relativi ai dati personali, alcuni diritti in materia di accesso agli atti della Comunità, e i diritti dei consumatori".

104 Sul punto v. ALPA, *I diritti dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, p. 73 il quale, in ordine all'elenco dei diritti fondamentali del consumatore contenuto nella Legge 281 del 1998, afferma che "questi <<diritti>> debbono essere interpretati alla luce della disciplina comunitaria. Essi, in parte, sono già riconosciuti e garantiti dalla legge statale e, alcuni di essi, dalla stessa Costituzione, come il diritto alla salute (art. 32), il diritto alla sicurezza (art. 41, c. 2), il diritto di azione (art. 24), garantiti a ciascuno in quanto persona [...]. In ogni caso, alcune situazioni si pongono come veri e propri diritti soggettivi che oggi potremmo qualificare come tradizionali. Altre sono innovative, come quelle riguardanti l'informazione o la posizione dei consumatori nel rapporto contrattuale. Altre fanno riferimento a pretese qualificabili in termini di diritti <<sociali>>, come il diritto all'educazione o alla promozione dell'associazionismo. Altre configurano diritti da esercitarsi in forma collettiva, e corrispondono o agli interessi collettivi o agli interessi diffusi". L'illustre A., a questo punto, esamina il significato dell'espressione "diritti fondamentali" - atteso che essa potrebbe essere intesa sia "(i) in senso proprio, cioè come posizioni soggettive inviolabili, insopprimibili, immodificabili; (ii) in senso traslato, non pregnante, e cioè come posizioni soggettive che, pur nella loro eterogeneità formale, costituiscono lo status giuridico del consumatore e perciò sono da considerarsi particolarmente rilevanti" - addivenendo alla conclusione per cui trattandosi "di diritti perfetti, o di diritti-pretesa, o di diritti sociali, o di interessi collettivi o diffusi, che non possono porsi sullo stesso piano dei diritti fondamentali propri della tradizione, quali i diritti dell'uomo o i diritti costituzionalmente garantiti [...] L'espressione sembra allora da intendersi, in modo meno aulico, come <<diritti essenziali>>, diritti che non possono essere violati senza adeguata sanzione".

105 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 532 ss., il quale rileva come "anche a livello comunitario [...] è emersa una considerazione unitaria dei diritti fondamentali dell'uomo, intesi quali principi generali del diritto comunitario, sebbene l'orientamento della Corte di giustizia, al riguardo, non appaia univoco. Quest'ultima oscilla tra una tutela del consumatore in senso pieno, tale da costituire un limite all'esercizio di libertà fondamentali come la libera circolazione delle merci e dei servizi, e la tutela del consumatore quale effetto riflesso dell'azione delle istituzioni comunitarie dirette al raggiungimento di obiettivi di natura economica. L'atteggiamento titubante della Corte deriva, in realtà, sia dall'eterogeneità delle situazioni concrete affrontate, sia dall'equivocità della tutela del consumatore, considerato ora quale persona, ora quale cittadino, ora quale mero protagonista del mercato".

5.1. *L'evoluzione del principio personalista nella giurisprudenza comunitaria: dalla tutela del mercato alla prevalenza della persona. La considerazione del consumatore da "soggetto del mercato" a "persona"*.

L'originaria impostazione economicistica del diritto comunitario nel corso dei decenni ha assunto un ruolo non più esclusivo, ma parallelo e per molti versi subordinato alla finalità di tutela della persona nelle prerogative esistenziali e nella dinamica dei rapporti giuridici¹⁰⁶.

La "svolta" personalista dell'Unione europea ha compiuto un lungo percorso caratterizzato da un proficuo confronto dialettico tra gli organi giurisdizionali comunitari e nazionali, che si è concluso con una normazione orientata al riconoscimento del valore prioritario della dignità umana¹⁰⁷.

In questo processo, un essenziale ruolo di impulso ha avuto la pronuncia *Van Gend & Loos*¹⁰⁸, con la quale la Corte di Giustizia ha affermato che l'ordinamento comunitario riconosce quali soggetti non solo gli Stati membri, ma anche i singoli cittadini, come possibili attributari di diritti soggettivi tutelati dalle giurisdizioni nazionali.

Tale pronuncia è di fondamentale importanza sotto diversi punti di vista: innanzitutto consente di adottare una prospettiva unitaria degli ordinamenti, tendendo solo a distinguere, ma non a separare, all'interno il sistema comunitario da quello nazionale; in secondo luogo, riconosce la posizione dei singoli cittadini, quali soggetti destinatari della normazione comunitaria, con le connesse conseguenze di carattere pratico¹⁰⁹.

I principi enunciati nella decisione menzionata hanno trovato il completamento nella sentenza *Nold*¹¹⁰, in cui si è chiarito che i diritti fondamentali sono integrativi di quelli generali

106 v. CHIAPPETTA, *Le comunicazioni ed il segreto di impresa tra contratto e mercato*, Napoli, 2005.

107 v. MENGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, cit. p. 1 ss., il quale ripercorre in modo analitico e dettagliato l'iter della Corte di Giustizia nel riconoscimento del ruolo centrale della persona nel contesto dei rapporti commerciali.

108 v. Corte giustizia comunità Europee, sentenza 5 febbraio 1963, n. 26, *Massima redazionale*, DVD *Platinum Utet*, 2009, in cui si afferma che "La comunità economica europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini. Il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorché il Trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il trattato impone ai singoli, agli Stati membri ed alle istituzioni comunitarie".

109 v. ALPA, *La tutela del consumatore nei principi generali del diritto comunitario e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in Alpa-Conte-Rossi Carleo, *La costruzione del diritto dei consumatori*, in *I diritti dei consumatori*, I, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 61-62, il quale osserva come "Il complesso delle regole di diritto comunitario comprende anche i *principi generali*, che, secondo l'orientamento della dottrina delle fonti del diritto, sono da considerarsi nome di <<secondo grado>>, in quanto ricavate in via induttiva, dal particolare al generale, dalle singole disposizioni che si applicano in particolari settori. Tra i principi generali, si annoverano il principio di sussidiarietà, il principio di proporzionalità, il principio di tutela dell'affidamento. Si discuteva se si potesse includervi il principio generale di tutela della persona sub specie di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali e il principio generale di tutela del consumatore. Sul piano della effettività si è accertato che gli stessi organi dell'Unione e la Corte di giustizia hanno più volte menzionato questi principi e li hanno osservati nella loro azione. Pertanto oggi la questione, un tempo controversa, può ricevere soluzione positiva".

110 v. Corte giustizia comunità Europee, sentenza 14 maggio 1974, n. 4, *Massima redazionale*, DVD *Platinum Utet*, 2009, in cui si afferma che "I diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. Nel garantire la tutela di tali diritti, la Corte è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Costituzione di tali Stati. I Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario"

del diritto comunitario, come già riconosciuto nella sentenza *Stauder*¹¹¹, e si è aggiunto che l'organo di giustizia europeo deve assumere le tradizioni costituzionali dei Paesi aderenti quale parametro di giudizio, onde evitare che possano essere ammessi provvedimenti comunitari incompatibili e contrastanti con essi.

In sostanza, i diritti fondamentali consacrati nelle costituzioni nazionali e nei trattati internazionali svolgono il ruolo di criterio di "conformità" degli atti comunitari, in quanto principi generali del diritto dell'Unione¹¹².

La Corte di Giustizia, quindi, ha sopperito alla mancanza di coordinamento tra atti nazionali ed internazionali in tema di centralità dei diritti fondamentali e di effettività del sistema giurisdizionale di tutela¹¹³: in particolare ha colmato una lacuna provocata dalla mancanza di un catalogo di diritti fondamentali – prima dell'adozione della Carta di Nizza del 2000 e del Trattato di Lisbona del 2007 –, facendo un costante riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)¹¹⁴, quale "fonte materiale da applicare ai casi concreti"¹¹⁵.

111 v. Corte giustizia comunità Europee, sentenza 12 novembre 1969, n. 29, in cui si dibatteva se fosse compatibile coi principi generali del vigente diritto comunitario il fatto che la decisione della Commissione delle Comunità Europee in data 12 febbraio 1969 (69/71/CEE) disponesse che, per la fornitura di burro a prezzo ridotto ai beneficiari di determinate forme di assistenza pubblica, l'acquirente dovesse dichiarare al venditore il proprio nome. Al riguardo la Corte ha affermato che "La disposizione di cui è causa non rivela alcun elemento che possa pregiudicare i diritti fondamentali della persona, che fanno parte del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza"

112 v. ALPA, *I diritti dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, p. 54 ss.

113 v. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 88-89, il quale rileva come "se da un lato al livello internazionale molto è stato fatto per garantire agli individui la giusta tutela all'interno dell'ordinamento di appartenenza, dall'altro occorre richiamare l'attenzione sull'aspetto <<costituzionale>> della problematica, giacché è apodittico che i diritti umani si affermano in modo naturale, ma occorre ai fini della loro <<giustiziabilità>> che siano richiamati espressamente nelle varie carte costituzionali ovvero, in mancanza, come categoria giuridica interna allo Stato. Tale originaria previsione, interna agli Stati, produce la inevitabile conseguenza che la posizione dell'individuo con riguardo alla tutela dei suoi diritti risulta discordante da Stato a Stato, con una localizzazione più o meno diffusa della protezione in talune aree, ma soprattutto con una disparità inaccettabile del grado sostanziale di tutela". Partendo da questa premessa di base l'A. rileva come in tale "incerto contesto, necessario è apparso ai fini di una indicazione <<comunitaria>> della tutela dei diritti dell'uomo nella Comunità europea (e successivamente nell'Unione), l'intervento delle istituzioni comunitarie, in particolare della Corte di giustizia <<vero motore della integrazione europea>>, con riguardo alla individuazione di principi comuni all'ordinamento ricavati, tuttavia, da atti internazionali preesistenti e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri".

114 Corte giustizia comunità Europee, sentenza 28 ottobre 1975, n. 36, *Massima redazionale, DVD Platinum Utet, 2009*, in cui si afferma che "La legittimità dei provvedimenti a tutela dell'ordine pubblico va valutata alla luce dell'intera normativa comunitaria avente ad oggetto, in primo luogo, di limitare il potere discrezionale degli Stati membri in materia ed, in secondo luogo, di garantire la difesa dei diritti dei singoli, nei cui confronti vengono applicati provvedimenti restrittivi. Siffatti limiti e garanzie risultano fra l'altro dall'obbligo imposto agli Stati membri, di basare i loro provvedimenti esclusivamente sul comportamento individuale dei singoli destinatari, di astenersi da qualsiasi provvedimento, in materia, che venga utilizzato per fini che esulano dalle esigenze di ordine pubblico o che pregiudichino l'esercizio dei diritti sindacali, di comunicare immediatamente, a qualsiasi persona colpita da un provvedimento restrittivo - salvo il caso in cui vi ostino ragioni pertinenti alla sicurezza dello Stato - i motivi che sono alla base del provvedimento stesso, ed infine di garantire l'effettivo esercizio dei rimedi giuridici"; Corte giustizia comunità Europee, sentenza 11 luglio 1985, n. 60, *Massima redazionale, DVD Platinum Utet, 2009*, in cui si afferma che "Benché spetti alla Corte garantire l'osservanza dei diritti fondamentali nel settore specifico del diritto comunitario, non le spetta tuttavia esaminare la compatibilità, con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di una legge nazionale riguardante un campo soggetto alla valutazione del legislatore nazionale".

115 v. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 99-100, il quale rileva come, nel "cammino" della giurisprudenza comunitaria nel riconoscimento della centralità dei diritti fondamentali, "il metodo comparativo che [...] ha permesso alla Corte di affermare per la prima volta l'esistenza di un <<catalogo allargato>> di diritto dell'uomo esterno all'ordinamento comunitario, cui fare riferimento (CEDU e tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri), ha prodotto un importante aggiustamento nel senso del successivo riconoscimento della CEDU, in quanto fonte materiale da applicare ai casi concreti, come se in sostanza la Comunità fosse, di fatto, un soggetto che a tale convenzione ha aderito". L'A. proseguendo sottolinea come non possa "negarsi che il metodo

Inoltre, nella sentenza *Bosphorus Hava*¹¹⁶, la Corte di Giustizia non ha riconosciuto una valenza "assoluta" ai diritti fondamentali, ma ha ammesso restrizioni giustificate dal concorrente interesse generale della Comunità, lasciando trasparire una visione limitata all'ottica personalistica.

In coerenza con questa tendenza, l'attuale situazione si dovrebbe evolvere nel senso di un incremento degli standard di tutela riconosciuti ai diritti fondamentali a seguito dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU, stabilita dall'art. 6, comma secondo, del Trattato di Lisbona, nel quale, peraltro, emerge la considerazione degli stessi quali principi generali del diritto dell'Unione.

Il valore della "persona" ha avuto una notevole rilevanza nell'ambito dei rapporti privatistici, segnatamente per quanto concerne la disciplina dei contratti del consumatore.

Questi, come già accennato, è stato inizialmente oggetto di tutela solo in via strumentale, al fine di agevolare la realizzazione di obiettivi economici, in funzione del mercato unico¹¹⁷.

A tale iniziale protezione si è aggiunta in tempi recenti la sua considerazione quale "persona", titolare di prerogative essenziali non esauribili nella dimensione patrimonialistica dei rapporti economici¹¹⁸.

Con gradualità la giurisprudenza comunitaria, incline all'espansione dei valori personali meritevoli, ha ispirato la normazione europea e quelle interne di recepimento.

In tale contesto si collocano numerose decisioni della Corte di Giustizia, nelle quali si riscontra un crescente riferimento alla concorrenza ed all'efficienza del mercato, quali "valori" primari del diritto comunitario, ed una progressiva rilevanza attribuita alla protezione del "consumatore", in quanto soggetto debole, in posizione squilibrata nei confronti dell'altro contraente.

Nella pronuncia *Oceano Grupo Editorial*¹¹⁹ si è, infatti, riconosciuta la rilevanza di ufficio, da parte del giudice, della violazione di una clausola protettiva del consumatore, in ragione

<<pretorio>> fin qui seguito dalla Corte con non poco merito, ha consentito *ad interim* di arginare la mancanza nei trattati di garanzie normative a tutela dei diritti fondamentali. Il sistema giuridico dell'Unione, infatti, finalmente riconosce e tutela [...] tali diritti non più in una ottica esclusivamente mercantile, e quindi in ordine al bene-patrimonio da tutelare, bensì con riguardo alle situazioni esistenziali in quanto valori protetti dall'ordinamento".

116 v. Corte giustizia comunità Europee, sentenza 12 novembre 1996, n. 84, in *Corriere Giur.*, 1997, 2, p. 232, in cui si afferma che "L'art. 5 comma 2 della Direttiva del Consiglio CEE 23 novembre 1993, n. 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione del lavoro, sotto il profilo della tutela della salute e della sicurezza del lavoro, è annullato in quanto il consiglio ha ommesso di spiegare per quale motivo la domenica, quale giornata di riposo settimanale, presenterebbe un nesso più importante con la salute e la sicurezza dei lavoratori rispetto ad un altro giorno della settimana".

117 v. PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, a cura di Comandè, Torino, 2004, p. 153, la quale sottolinea che "L'inscindibilità del nesso esistente tra consumatore e mercato, e consequenzialmente tra tutela del consumatore e tutela della concorrenza nel mercato, rende evidente da un lato l'impossibilità di isolare il consumatore dal contesto in cui opera allo scopo di accordargli una tutela adeguata, da un altro lato, la strumentalità della sua tutela allo scopo di garantire il funzionamento del mercato".

118 Osserva P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 534, che "Non esiste uno *status* del consumatore sempre uguale a sé stesso, là dove, al contrario, innegabile è il riconoscimento dello *status civitatis* e, in particolare, dello *status personae* inteso quale immutabile configurazione soggettiva di un valore".

119 Corte giustizia comunità Europee, sentenza 27 giugno 2000, n. 240, in *Corriere Giur.*, 2000, 12, p. 1658, in cui si afferma che "La direttiva del Consiglio n. 13 del 5 aprile 1993 (GUCE L 95, p. 29) sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti le clausole vessatorie nei contratti stipulati tra un operatore professionale ed un consumatore deve essere interpretata nel senso che una clausola di deroga della competenza, che renda più difficile per il contraente-consumatore esercitare le sue difese in giudizio e che sia stata inserita nel contratto senza che vi sia stato sul punto uno negoziato specifico, ha natura vessatoria. La stessa direttiva deve essere altresì interpretata nel senso che, per assicurare la tutela dei consumatori, va riconosciuto al giudice il potere di rilevare d'ufficio la natura vessatoria e la conseguente nullità di una clausola

della sua inferiorità nei confronti dell'altro contraente, al fine di riequilibrare le posizioni contrapposte.

Questi principi sono stati confermati e potenziati con la sentenza *Elisa Maria Mostaza Claro*¹²⁰, nella quale la Corte di Giustizia, ribadendo la rilevanza di ufficio delle clausole abusive, ha qualificato di ordine pubblico le norme comunitarie miranti a ripristinare l'equilibrio reale tra le parti violato dall'apposizione di clausole sperequate.

In questo modo, alle logiche economiche e concorrenziali, si è sostituita l'esigenza di assicurare ai consumatori una tutela "effettiva", proprio in ragione della loro posizione soggettiva "svantaggiata"¹²¹.

In materia di diritto di recesso, però, la Corte ha precisato che il principio di proporzionalità, nei rapporti tra professionista e consumatore, non va inteso nel senso che questi possa esercitare lo *jus poenitendi* in modo arbitrario e aprioristicamente, assoggettando in ogni caso l'imprenditore a subirne gli effetti dannosi, ma deve essere razionalizzato in considerazione del caso concreto, in attuazione di una tutela proporzionata e non assoluta¹²².

Tale bilanciamento dei contrapposti interessi non attenua la tutela del contraente debole; al contrario la rafforza, in quanto l'accertamento "in concreto" della fattispecie sottoposta ad esame previene risultati iniqui, che, lungi dal fondarsi sui valori "personali" del consumatore nelle dinamiche del rapporto contrattuale, possano legittimare comportamenti fraudolenti.

L'esposto percorso giurisprudenziale consente di distinguere diversi gradi di protezione accordata al contraente debole da parte del diritto comunitario.

Si è passati, così, da una fase, in cui si tutelava il consumatore come operatore economico, ossia in funzione strumentale alla realizzazione del mercato unico, ad una seconda fase, nella quale la posizione del contraente debole si è arricchita di risvolti personalistici, prevalenti rispetto alle istanze commerciali¹²³.

contrattuale. Le disposizioni nazionali devono essere interpretate in senso conforme al contenuto di una direttiva non attuata".

120 v. Corte giustizia comunità Europee, Sez. I, sentenza 17 aprile 2008, n. 404, in *Dir. Comunitario on line*, 2008, in cui si afferma che "L'art. 3 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1999/44/CE, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale consenta al venditore, nel caso in cui abbia venduto un bene di consumo presentante un difetto di conformità, di esigere dal consumatore un'indennità per l'uso di tale bene non conforme fino alla sua sostituzione con un bene nuovo".

121 Tale pronuncia inverte l'orientamento che, invece, si era manifestato con la sentenza *Leitner* (Corte di Giustizia, sentenza 12 marzo 2002, C-168/2000) con la quale il giudice comunitario aveva escluso la risarcibilità del danno morale nell'ipotesi di vacanze rovinate, in quanto una simile apertura avrebbe "falsato" la concorrenza nel mercato comune, atteso che la risarcibilità di una simile categoria di pregiudizio nell'ipotesi di viaggi con la formula "tutto compreso" non era prevista in tutti i Paesi aderenti all'Unione. La Corte, quindi, ha anteposto agli interessi di tutela della persona-consumatore, l'esigenza di salvaguardare il regime concorrenziale del mercato.

122 v. Corte giustizia comunità Europee Sez. I, sentenza 3 settembre 2009, n. 489/07, in *Dir. Comunitario on line*, 2009, in cui si afferma che "L'articolo 6, nn. 1, secondo periodo, e 2, della Direttiva n. 97/7/CE del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale la quale preveda in modo generico che il venditore possa chiedere al consumatore un'indennità per l'uso di un bene acquistato tramite un contratto a distanza nel caso in cui quest'ultimo ha esercitato il suo diritto di recesso entro i termini. Tuttavia, questo stesso articolo non osta a che venga imposto al consumatore il pagamento di un'indennità per l'uso di tale bene nel caso in cui egli abbia fatto uso del detto bene in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l'arricchimento senza giusta causa, a condizione che non venga pregiudicato il fine della detta direttiva e, in particolare, l'efficacia e l'effettività del diritto di recesso, ciò che spetta al giudice nazionale determinare".

123 v. MENGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, cit, p. 19 ss., il quale sottolinea come il secondo stadio dell'evoluzione del diritto dei consumatori sia "stato caratterizzato da una progressiva reazione al modo in cui la tutela di detti soggetti era precedentemente perseguita e da una crescente loro protezione come persone, autonoma rispetto a quella della correttezza del mercato: una protezione che ha trovato manifestazioni quali quella contenuta nella sentenza *Mostaza Claro*, secondo cui i giudici degli Stati membri devono considerare i diritti attribuiti ai singoli sulla base della Direttiva 93/13/CEE come sanciti da norme di ordine pubblico comunitario la cui violazione devono rilevare d'ufficio e quella, certo non meno saliente, contenuta nel punto 47

A questo approdo ha fatto seguito una terza fase, in cui la tutela del consumatore si è sganciata dalla precedente visione formalistica ed astratta, ispirata da motivazioni politiche, e si è collegata alla realtà del rapporto giuridico, per realizzare un concreto bilanciamento degli interessi coinvolti.

La dottrina più attenta alla costruzione di un diritto contrattuale europeo si è interrogata sulla capacità espansiva dei principi elaborati nell'ambito del diritto dei consumi all'intero diritto civile patrimoniale, a fronte di una tendenza riduttiva nei limiti del settore di espresso riferimento¹²⁴, tracciando una netta bipartizione tra atti commerciali ed atti del consumatore¹²⁵.

La risposta al quesito è senz'altro positiva: la rilevanza del valore personalista nell'ambito della normazione consumeristica ha una naturale forza "espansiva", derivante dal sostrato ideologico dei diritti inviolabili, che informa l'intero sistema giuridico, razionalizzando tutti i processi economici nel rispetto della dignità umana.

Aderendo a questa impostazione, si giunge, quindi, a sostenere l'estensibilità degli strumenti protettivi della persona riconosciuti dal diritto dei consumi – quali la proporzionalità, il divieto di abuso, etc. – all'intero diritto civile patrimoniale¹²⁶.

6. Considerazioni conclusive: diritti fondamentali ed autonomia negoziale. Verso un diritto europeo dei contratti.

Le considerazioni esposte hanno messo in luce il profondo rapporto di interdipendenza tra ideologia e diritto, divenendo quest'ultimo lo strumento di attuazione della prima, secondo un preciso modello di società.

L'*excursus* storico-evolutivo delle legislazioni civili, collocate nei differenti quadri politico-istituzionali e distinte per ispirazione ideologica e per dimensione statutale o sovrastatutale, consente di individuare le diverse funzioni demandate al contratto ed in genere all'autonomia negoziale, nonché la concreta valenza riconosciuta al soggetto destinatario.

La considerazione del privato è profondamente mutata nel corso degli ultimi due secoli, passando da una concezione individualistica, di stampo liberale e connotata dallo *status* di

della sentenza Heininger, secondo cui i motivi di certezza del diritto non possono in alcun modo prevalere per giustificare una limitazione dei diritti espressamente accordati ai consumatori".

124 v. CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, cit., p. 122, il quale afferma che "le strategie di tutela sono ad un bivio tra un'espansione all'intero diritto civile contrattuale europeo e un permanente settorialismo". Al riguardo l'A. rileva come "è compito dell'interprete contribuire a sviluppare il processo di integrazione sistematica. I due possibili percorsi non sono privi di conseguenze benché il diritto dei consumi presenti una forza pervasiva non marginale all'interno del diritto civile. In quest'ultimo prende corpo la tendenza a polarizzare le principali vicende dei rapporti civili sulla <<persona>>, da un lato, e sul <<mercato>>, dall'altro, per cui anche la sistematica del codice civile ne subisce un inevitabile influsso"; ID., *L'etica delle situazioni patrimoniali e la <<logica separazionista>> tra diritti reali e obbligatori*, in *Le Corti calabresi*, 2007, p. 1 ss.

125 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 771, il quale afferma, alla luce della normazione consumeristica, come "sia pure con rinnovata prospettiva, si sta creando, per impulso del diritto comunitario e quindi al di fuori di ogni sistematica organicità, l'antico dualismo tra atti civili e atti di commercio, tanto che comunemente ormai si distingue tra *contratti dei consumatori* e *contratti commerciali o di impresa*".

126 v. CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, cit., p. 131, il quale, all'interrogativo se il diritto dei consumi sarà o meno in grado di assurgere a paradigma del diritto civile europeo, ovvero prevarrà la tendenza a alla settorializzazione del diritto medesimo, attraverso la realizzazione di codici speciali di disciplina, contrappone la più ampia questione se si "insegue un diritto della <<costellazioni>> caratterizzato da principi autonomi, oppure un ordinamento unitario costruito sulle discendenza di principi fondamentali". Sul punto l'A. ritiene che "l'interprete della <<complessità dell'ordinamento>> riconduce a dimensione unitaria anche le specialità del sistema tenendo nel conto il ruolo unificante del mercato e del suo funzionamento corretto. In altri termini anche il mercato diviene strumento controllato di realizzazione della persona e dei valori esistenziali".

cittadinanza, ad una di ordine personalistico, riferite alle prerogative esistenziali dell'essere umano al di sopra di ogni interesse economico¹²⁷.

Da ciò derivava la riformulazione progressiva del rapporto tra Stato, mercato e singolo soggetto di diritto, che nel tempo acquisiva assetti diversamente equilibrati in relazione alle istanze ideologiche di volta in volta prevalenti¹²⁸.

In un primo momento allo Stato era riconosciuto un ruolo di primazia sia rispetto al mercato, di cui era l'Autorità regolatrice, sia nei confronti dei singoli individui, sottomessi al potere pubblico e detentori di alcune libertà negative, scaturenti dal loro *status* di cittadini o di soggetti del mercato¹²⁹.

In una fase successiva e più recente, i termini del rapporto si invertivano, giungendosi a riconoscere nel mercato – assunto al rango di istituzione globale generatrice di regole consuetudinarie capaci di determinare le decisioni di politica economica e sociale degli Stati – il detentore della sovranità sostanziale, ai cui obiettivi di efficienza e celerità erano funzionali sia il potere statale che la posizione del privato, ancora privo di valenza personalistica, ma esclusivamente considerato quale utente economico strumentale alla intensificazione degli scambi¹³⁰. Nell'ambito di questa concezione, si verificava un arretramento dello Stato ed una progressiva deregolamentazione dei rapporti economici, laburistici e produttivi, la cui disciplina si trasferiva alla prassi commerciale, destinata ad operare secondo criteri di efficienza funzionale¹³¹.

Infine, si è registrato un terzo momento, tuttora perdurante, in cui è preminente il valore della dignità umana, che si pone al vertice del sistema ed a cui sono subordinati tanto i poteri pubblici che le istanze economiche.

In questo quadro emerge il riconoscimento, da parte delle democrazie occidentali a vari livelli, della valenza prioritaria dei diritti fondamentali della persona quali criteri regolatori dell'ordinamento, tendenzialmente ricondotto ad unità, nonostante le dimensioni nazionali o sovranazionali delle varie normative¹³².

Nel complessivo processo evolutivo dell'ordinamento comune appaiono evidenti due diverse configurazioni tra loro collegate in successione cronologica: la prima, consolidatasi nel secondo dopoguerra, in cui ai diritti fondamentali veniva riconosciuta una valenza formale e

127 v. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, trad. di Bonavita e De Rensis, cit., p. 1 ss.; ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 46 ss.; MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, p. 77 ss.; TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle "Loix civiles" di Jean Domat*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, cit., p. 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 235 ss.

128 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 3 ss.; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, p. 269 ss.;

129 v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 46 ss.; MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, cit., p. 74 ss.

130 v. GALGANÒ, *Lex mercatoria*, cit., p. 234; ID. *Trattato di diritto civile*, I, cit., p. 83 ss.; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit. p. 10 ss.; v. ALPA, *Trattato di diritto civile, I, Storia, fonti, interpretazione*, cit., p. 463, il quale afferma che come "si è capovolta la prospettiva nella quale si erano definiti i rapporti tra diritto ed economia; in una dimensione istituzionale, dalla giustificazione della creazione di forme giuridiche intese a mediare i conflitti tra interessi forti e interessi deboli, e a soddisfare le istanze sociali, si è passati alla critica serrata all'intervento dello Stato sul mercato, sia come legislatore sia come imprenditore; alla regolamentazione del mercato si è sostituita la "regolazione"; tutti gli interessi in gioco (e i loro titolari) si sono posti sul medesimo piano, in competizione tra loro; si è ripensato il ruolo dello Stato che, da custode dei diritti, governatore dell'economia, dominatore dell'attività sociale".

131 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 475 ss.

132 v. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, p. 1 ss.; BOGNETTI, Voce "Diritti dell'uomo", cit. 1 ss., p. 385; BALDASSARRE, Voce "Diritti inviolabili", cit., p. 1 ss.; COSTA, Voce "Diritti fondamentali (storia)", cit., p. 365 ss.; sull'unità assiologica dell'ordinamento v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 159 ss.

programmatica, destinata a fungere da limite esterno sia all'attività legislativa sia all'iniziativa economica privata, ma priva di un immediato riscontro precettivo; la seconda, affermatasi a far tempo dall'ultimo decennio del secolo scorso, nella quale si prospetta una concezione dei diritti fondamentali in funzione di punto di partenza ed obiettivo teleologico di ogni attività giuridicamente rilevante, dotati di efficacia precettiva, con particolare valenza ermeneutica, e non sprovvista di riconoscimento positivo¹³³.

L'autonomia negoziale è stata profondamente influenzata dal diverso atteggiarsi del rapporto tra Stato, mercato e persona.

Essa svolge ruoli differenti in dipendenza delle diverse caratteristiche di detto rapporto, ponendosi come area di libertà del privato nei confronti dello Stato per la realizzazione di interessi soggettivi lucrativi, col conseguente degradamento della dignità umana a mero "valore di scambio"¹³⁴; oppure quale strumento di attuazione concreta dei valori fondamentali della persona, costituenti il riferimento teleologico a cui l'attività intersoggettiva deve essere orientata.

Il contratto, quindi, ha subito nei tempi recenti un essenziale mutamento di prospettiva, originato dalle interrelazioni tra la Carta costituzionale del 1948 ed il diritto comunitario, le quali hanno messo in crisi il tradizionale apparato dogmatico e formalistico derivante dalle dottrine liberali sottese alle varie codificazioni, nonché le obsolete concezioni dirigistiche.

Una certa valenza in sede interpretativa hanno avuto anche alcune raccolte internazionali di principi contrattuali, quali i "*Principles of International Commercial Contracts*"¹³⁵ predisposti dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT) ed i "*Principi del diritto europeo dei contratti*" della Commissione Lando, diretti a definire la configurazione del regolamento negoziale come risultato della concorrenza tra fonti volitiva, legale e giudiziale, consentendo in esso l'ingresso di valori ultronei per mezzo di clausole "valvola"¹³⁶.

Le ricadute di tale assetto sulla disciplina del contratto sono evidenti, determinando la ridefinizione: del concetto di causa; della natura e della funzione della forma e delle invalidità negoziali; del dogma dell'intangibilità del regolamento convenuto dalle parti, aprendo ad interventi eterointegrativi dell'autorità giudiziale - realizzati per mezzo del ricorso al principio di equità ed alla clausola generale di buona fede, ridefiniti in senso assiologico - volti a

133 cfr. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 247 ss.; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2000, p. 32 ss.; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e Impr.*, 1987, p. 423; D. RUSSO, *Sull'equità nei contratti*, Napoli, 2001, p. 1 ss.; LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971.

134 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 472, che sottolinea come "La sfrenata libertà del mercato si traduce in lotta e in conflitto, rischiando di affogare <<nell'acqua gelida del calcolo egoistico i santi fremiti dell'esaltazione religiosa>> ed etica, di relegare la dignità personale a semplice valore di scambio, esponendo i soggetti deboli, sopraffatti o sfruttati, alla marginalità.

135 cfr. GATT, Recensione a *Principles of European contract law*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 507; v. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* a cura di Ferroni, Napoli., 2002 p. 106 e 115, il quale sottolinea come "oggetto dei Principi Unidroit è quello di fissare un insieme di regole tratte dalla prassi del commercio internazionale, indipendenti quindi dai sistemi giuridici nazionali anche se non avulse dalle loro tradizioni ed esperienze e destinate ad essere applicate a livello universale. Con questa opera non si è inteso, dunque, rielaborare le prassi contrattuali correnti per trovare formulazioni standard più adeguate e precise, che evitino dubbi interpretativi e lacune, ma si è tentato piuttosto di ricavare da tale prassi un contesto di regole coerenti, espressione non tanto di usi quanto di principi propri del commercio internazionale". Peraltro, rilevante appare il problema dell'individuazione della loro natura. Sul punto l'A. afferma che in considerazione del loro "carattere generale gli articoli contenuti nei Principi Unidroit possono essere visti come punti di riferimento ma non come clausole che immediatamente integrino il contenuto di un contratto internazionale", e nemmeno quali "usi del commercio internazionale". La conclusione a cui lo Studioso perviene è quella secondo cui "i Principi Unidroit sembrano collocarsi a mezza via tra la mera rielaborazione di prassi contrattuali e la codificazione di norme della c. d. *lex mercatoria*".

136 v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 76 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *Introduzione* p. XI.

ripristinare un equilibrio che dalla originaria connotazione "normativa" tende sempre di più a riferirsi al contenuto economico dell'accordo¹³⁷.

Si delinea, quindi, uno scenario del tutto innovativo, in cui la tendenza alla realizzazione di un diritto contrattuale europeo uniforme, si incontra con il rapporto dialettico ed in continua evoluzione tra Stato, mercato e persona, rispetto al quale l'attività dell'interprete, ispirata ai valori fondamentali - che fungono da vertice e criterio unificatore dell'intero ordinamento - svolge un ruolo essenziale, ponendosi quale strumento di bilanciamento di interessi contrapposti e di raccordo tra tradizioni giuridiche differenti¹³⁸.

SEZIONE II

DIRITTI FONDAMENTALI, FONTI DEL DIRITTO E METODO INTERPRETATIVO: DALLA STORIA DELLE IDEE ALLA REALTÀ NORMO-APPLICATIVA NELL'AMBITO DEI RAPPORTI PATRIMONIALI

7. *Premessa: il concetto di "diritti fondamentali" nella comune esperienza giuridica.*

Nell'attuale contesto politico, sociale e culturale è costante il riferimento ai diritti fondamentali, quali vertici assiologici del sistema e parametro di valutazione di ogni condotta umana.

A parte il richiamo semantico, non si riscontra una nozione univoca di tali diritti, che consenta di determinarne con chiarezza il contenuto concettuale ed il sostrato valoristico.

Dalla configurazione essenziale del "valore", che si ritiene essere primario, si desume la natura e la struttura del principio che dello stesso è espressione¹³⁹, posto che la qualificazione di un diritto come "fondamentale" implica una preventiva scelta dei valori, basilari dell'ordine politico, giuridico ed istituzionale di una comunità¹⁴⁰.

137 v. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 12 ss.; CHERUBINI, *Tutela del <<contraente debole>> nella formazione del consenso*, Torino, 2005; DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 397 ss.; MESSINA, "Libertà di forma" e nuove forme negoziali, Torino, 2004, p. 112 ss.; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, p. 214 ss.; POLIDORI, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001; GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1332; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; v. SOMMA, *Mercato liberista e mercato solidale. Riflessioni minime sull'equilibrio economico-sociale nel diritto dei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, p. 628 ss.

138 v. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, cit., p. 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 92.

139 Cfr. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., p. 3 ss.; ID., *Valori, principi e costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Dir. soc.*, 2002, p. 1 ss.; ABBAGNANO, Voce "Valore", in *Diz. filos.*, Torino, 1998; D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997; CERRI, *Il <<principio>> come fattore interpretativo e come valore <<privilegiato>>: spunti ed ipotesi per una discussione*, in *Giur. cost.*, 1985.

140 Per una definizione dei diritti fondamentali v. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale, Roma-Bari, 2008, p. 5, il quale afferma che "sono 'diritti fondamentali' tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o, di cittadini o di persone capaci di agire; inteso per 'diritto soggettivo' qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per '*status*' la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio". L'A. precisa come questa sia "una definizione teorica in quanto, pur essendo stipulata con riferimento ai diritti fondamentali positivamente sanciti da leggi e costituzioni nelle odierne democrazie, prescinde dalla circostanza di fatto che in questo o in quell'ordinamento tali diritti siano

Nella ipotesi che si attribuisca valenza prioritaria a valori connessi alla iniziativa economica privata, avranno carattere "fondamentale" i diritti connessi alla libera esplicazione di detta attività economica o imprenditoriale, mentre, in relazione al valore primario della dignità umana, saranno "fondamentali" i diritti volti a tutelarla nella varie dimensioni in cui essa si estrinseca.

In sostanza la nozione di diritti fondamentali non è ideologicamente neutra, presupponendo sempre una scelta dei valori basilari della società¹⁴¹.

Perciò, è condivisibile l'orientamento dottrinario¹⁴² secondo cui tra i concetti di "diritti fondamentali", "diritti umani" e "diritti inviolabili" non esiste una "necessaria" coincidenza, potendo gli stessi riferirsi a situazioni differenti: i primi sono inerenti ai valori prioritari dell'ordinamento, i quali potrebbero non coincidere con le prerogative esistenziali della persona ed assumere carattere inviolabile in aderenza ad una precisa scelta politico-istituzionale dell'Autorità.

In tale prospettiva sembrano collocarsi le prime dichiarazioni concernenti i diritti umani, dirette a riconoscere alla persona alcune prerogative in senso meramente formale, senza una corrispondenza specifica alle strutture fondanti dell'ordinamento giuridico.

Tuttavia, dal secondo dopoguerra si è sviluppata, nei Paesi improntati a regimi costituzionali di ispirazione democratica ed in genere nella comunità internazionale, la tendenza ad unificare gli esposti concetti, considerando quali "fondamentali" e prioritari i valori riguardanti la persona umana e la sua dignità, atteso che questi sono immanenti nell'individuo prima di qualsiasi riconoscimento positivo o statutale e prevalenti sugli altri¹⁴³.

(o non siano) formulati in carte costituzionali (o non siano) enunciati in norme di diritto positivo". Inoltre tale definizione è "formale o strutturale, nel senso che prescinde dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati con il loro riconoscimento quali diritti fondamentali, e si basa unicamente sul carattere universale della loro imputazione: inteso 'universale' nel senso puramente logico e avalutativo della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari". Conseguentemente si tratta di una definizione che "prescinde da circostanze di fatto" ed è "valida per qualunque ordinamento, indipendentemente dai diritti fondamentali in esso previsti o non previsti, inclusi gli ordinamenti totalitari e quelli premoderni. Ha quindi il valore di una definizione appartenente alla teoria generale del diritto. In quanto è indipendente dai beni o valori o dai bisogni sostanziali che dai diritti fondamentali sono tutelati, essa è inoltre ideologicamente neutrale. È perciò valida qualunque sia la filosofia giuridica o politica condivisa: giuspositivistica o giusnaturalistica, liberale o socialista, e perfino illiberale e antidemocratica".

141 cfr. RAZ, *Human Rights Without Foundations*, Oxford, 2007, p. 27, il quale afferma che i diritti fondamentali "sono privi di fondamento perché non si radicano in un interesse morale fondamentale, ma dipendono dagli sviluppi contingenti dell'attuale sistema di relazioni internazionali".

142 v. COSTA, Voce "Diritti fondamentali (storia)", in *Enc. dir. – Annali*, Milano, 2008, p. 366, il quale afferma che "Fra diritti fondamentali [...] e diritti umani non c'è una connessione necessaria. È possibile immaginare ordinamenti che includono diritti fondamentali (in senso formale e/o in senso strutturale), ma li rappresentano e li legittimano facendo leva non già sulla natura dell'essere umano, ma su presupposti diversi. Ed è altrettanto possibile immaginare culture che riconoscono all'essere umano come tale determinate prerogative senza però fare di esse il fondamento di un ordinamento giuridico positivo. La connessione fra diritti fondamentali e diritti umani, se non necessaria, è però concepibile e possibile e diviene effettiva non appena una determinata società assume come "fondamentali" (in senso formale o in senso strutturale) entro il proprio ordinamento alcuni diritti (rappresentati come) "umani"".

143 cfr. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2001; ORSELLO, *Diritti umani e libertà fondamentali: incremento, evoluzione, universalità nell'organizzazione internazionale e nell'ordinamento interno*, Milano, 2005.

8. *L'evoluzione dei diritti fondamentali nella storia del pensiero occidentale ed i principali riconoscimenti positivi nell'età moderna: la Costituzione federale degli Stati Uniti d'America del 1787; la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789; la Costituzione di Weimar del 1919. La crisi dei diritti fondamentali nella "stagione" dei totalitarismi.*

Il concetto di diritti fondamentali nella storia politica e normativa non ha seguito un andamento costante.

Nel mondo antico i diritti del soggetto erano connessi al concetto di appartenenza ad una precisa comunità, riferendosi alla situazione giuridica di determinati individui nei confronti del potere pubblico¹⁴⁴. Il riferimento alla "legge naturale" tendeva esclusivamente a legittimare alcune situazioni giuridiche di natura essenzialmente patrimoniale e non inerenti alla condizione esistenziale della persona.

Un approccio simile si ebbe anche nel medioevo, allorché i diritti si sostanziano nella libertà, ossia nel riconoscimento di aree di autonomia garantite ai singoli nei confronti dello Stato ed operanti quali limiti posti all'azione pubblica, continuando, peraltro, ad essere rilevante lo *status* di appartenenza ad una determinata comunità o classe sociale¹⁴⁵.

Una svolta si verificò con l'emersione del giusnaturalismo nella riflessione politica e giuridica del XVII° secolo, secondo il quale all'essere umano spettano alcuni diritti naturali in quanto persona, prima ed indipendentemente da un riconoscimento statale; in posizione contraria si trova lo Stato, quale risultante dell'incontro delle volontà dei consociati, intese ad autolimitare la propria libertà, "stipulando" un "contratto sociale" volto a creare un'entità sovraordinata detentrici di un potere diffuso su di essi¹⁴⁶.

Non sfugge la portata innovativa rispetto al passato delle esposte concezioni, le quali determinarono un "rovesciamento" dei termini del rapporto, in quanto lo Stato da "creatore" dei diritti e delle libertà dei singoli, diviene "creatura", ossia il risultato della convergenza delle volontà di questi, titolari di diritti scaturenti dalla legge naturale, che l'Autorità può al massimo limitarsi a riconoscere, in quanto ad essa preesistenti¹⁴⁷.

In questo contesto, si affermano i diritti di libertà che limitano l'azione pubblica impedendole di esorbitare dai confini posti dal contratto sociale, ed il diritto di proprietà che costituisce il "nucleo" centrale delle prerogative dell'individuo ed il presupposto essenziale per la sua conservazione e per il suo sviluppo¹⁴⁸.

144 cfr. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi" fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *St. sen.*, 2006, p. 1 ss.; TALAMANCA, *L'antichità e i "diritti dell'uomo"*, in *Convegno in occasione del cinquantenario della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, in onore di Paolo Barile (Roma, 16-17 novembre 2000)*, Roma, 2001; PUGLIESE, *Notazioni storiche sui diritti umani*, in *Diritti umani e civiltà giuridica*, a cura di Caprioli e Treggiari, Perugia, 1992.

145 v. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995; MOCHI ONORY, *Studi sulle origini storiche dei diritti essenziali della persona*, Bologna, 1937.

146 v. BALDASSARRE, Voce "*Diritti inviolabili*", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1989, p. 4-5, il quale rileva come la dottrina giuridicista individui "il fondamento dei <<diritti inviolabili>> in una fonte extra-positiva che in via di principio si impone nel mondo giuridico per una forza propria, che i singoli ordinamenti positivi possono soltanto <<riconoscere>>, <<svelare>>, <<individuare>>, ma mai fondare, modificare, correggere o integrare con una forza pari a quella originaria".

147 v. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, 2002; BARRET-KRIEGLER, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, 1989.

148 v. BOGNETTI, Voce "*Diritti dell'uomo*", in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 385, il quale, evidenzia come la concezione liberale postuli una netta distinzione tra Stato e società civile, a cui corrisponde la netta bipartizione tra diritto pubblico e diritto privato, sottolineando come "La società civile [...] è composta di individui – tutti gli individui della collettività – i quali sono titolari, ciascuno in condizione di formale eguaglianza giuridica rispetto agli altri, e senza poteri autoritari sugli altri, dei diritti attraverso i quali la società si autoorganizza e si sviluppa. Codesti diritti creano sfere di esclusivo dominio dell'individuo su se stesso e sui beni di cui può disporre, varie nei vari campi in cui si esplica l'agire umano. La cooperazione degli individui fra loro – da cui si produce

Questi, infatti, rappresentano il fulcro dei diritti naturali riconosciuti a qualsiasi individuo per il semplice fatto di esistere, nonché il presupposto fondante dell'ordine politico-istituzionale e la matrice primaria del diritto positivo.

La tensione giusnaturalistica verso la libertà e l'uguaglianza degli uomini nel riconoscimento dei diritti innati hanno costituito il sostrato ideologico che – unitamente a motivazioni di ordine politico, economico e sociale – ha ispirato le due grandi "rivoluzioni" dell'età moderna: quella americana e quella francese.

È significativo che entrambi questi eventi condussero alla promulgazione di atti solenni, cioè la Costituzione federale degli Stati Uniti d'America del 1787¹⁴⁹ e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789¹⁵⁰, espressioni del pluralismo egualitario, contenenti l'elencazione di una serie di diritti e libertà inviolabili spettanti ad ogni uomo, che assurgono a fondamento del nuovo ordine politico giuridico e sociale, benché il loro effettivo rispetto sia sopraggiunto molto dopo, a seguito di ulteriori rivolgimenti.

In particolar modo, l'esperienza americana di una Legge fondamentale, avente carattere rigido e sovraordinata all'intero sistema positivo, rappresenta uno dei primi inquadramenti nel contesto ordinamentale dei diritti fondamentali, che ne costituiscono il vertice.

Su questo impianto teorico-normativo si innesta l'ideologia liberale che nel corso dell'Ottocento, pur aderendo alla concezione della preesistenza di taluni diritti umani allo

l'autoorganizzazione e lo sviluppo della società – può nascere solo da liberi accordi. Le sfere di esclusivo dominio che l'ordinamento garantisce all'individuo debbono essere rispettate da tutti gli altri individui consociati. Ma esse devono anche essere rispettate dallo stato: il quale può sì regolarle di quando in quando in funzione di una loro migliore conformazione e di alcuni supremi interessi collettivi; ma non può incidere con la sua regola nel cuore delle più importanti di quelle sfere, che rimane, anche per lui, intangibile. È questa la ragione per cui la quasi totalità dei <<diritti fondamentali>> del sistema liberale assume la figura tecnico-giuridica di <<diritti di libertà>>: spazi della vita privata degli individui – e di riflesso della società – entro i quali nemmeno lo stato, nel nome di superiori interessi, può penetrare".

149 v. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, p. 86, il quale rileva che "la cultura rivoluzionaria americana dei diritti e delle libertà è insieme, e nello stesso tempo, di carattere storicistico ed individualistico. Ciò è possibile perché storicismo ed individualismo *non sono più in terra americana ciò che erano nel vecchio continente*: il primo si emancipa – come abbiamo visto – dal tradizionale modello britannico, ed ammette così la possibilità di una *costituzione scritta, voluta dal corpo costituente*, e da questo posta a presidio dei diritti e delle libertà; il secondo, per parte sua, si emancipa dal quadro europeo-continentale dello Stato moderno come massima concentrazione d'*imperium*, e ritrova così sulla propria via il classico binomio britannico di *liberty and property*". L'A. afferma, quindi, che (p. 97) "I rivoluzionari americani realizzarono [...] una costituzione che è più teatro di competizione tra gli individui e le forze sociali e politiche, che non progetto comune per il futuro. Si tratta di una costituzione che si fonda su un unico valore dominante, quello della tutela forte ed assoluta dei diritti individuali, e che lascia invece ben più in ombra la costituzione come indicatore normativo di un complesso di valori – pensiamo ancora una volta alla uguaglianza, ed ai diritti sociali – da realizzare collettivamente nel futuro"; BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, I. La costituzione liberale*, Torino, 1998; MATTEUCCI, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna, 1987.

150 v. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit., p. 58-59, che sottolinea come "nella Dichiarazione dei diritti dell'89 è ben presente anche la società civile degli individui che reclamano in primo luogo sicurezza ed autonomia dal potere pubblico per la propria persona e per i propri beni. A questa esigenza è certamente funzionale l'ideologia della prestatualità dei diritti naturali individuali, chiaramente contenuta nei primi due articoli della Dichiarazione; o gli stessi articoli quarto e quinto, già ricordati, per ciò che riguarda la nota presunzione generale di libertà, o un certo orientamento garantistico nei confronti di uno Stato che voglia troppo estesamente limitare le libertà dei privati; senza poi dimenticare l'ultimo articolo, il diciassettesimo, che proclama la proprietà "diritto inviolabile e sacro"; o il sedicesimo, forse il più noto, che individua proprio nella "garanzia dei diritti" il nucleo essenziale di un regime costituzionale, non dispotico; o, infine, gli articoli settimo, ottavo, e nono, che affermano i classici principi liberali della tassatività delle ipotesi di reato, del divieto di analogia in materia penale, del di vieto di retroattività della legge penale, della presunzione di innocenza: tutti principi che si ricollegano evidentemente alla presunzione generale di libertà dell'articolo quinto, specificandola su un terreno, come quello penale, particolarmente delicato e rilevante per la tutela delle libertà"; RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1988; FAURE, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris, 1988.

Stato, ne afferma la valenza formale e negativa quali limiti posti in favore del privato all'azione prevaricatrice del potere pubblico¹⁵¹.

Ancora una volta, quindi, si individuano i pilastri fondanti dell'ordine socio-politico nella libertà individuale, quale strumento di circoscrizione di un'area di autonomia per i singoli, e nella proprietà ritenuta il presupposto naturalistico per l'evoluzione soggettiva e collettiva; difetta, però, il riconoscimento generale ed astratto dell'eguaglianza di tutti i consociati¹⁵².

La dignità umana, pur proclamata solennemente, nella concretezza dei rapporti interindividuali e sociali non otteneva una protezione effettiva, incontrando, discriminanti considerevoli in ordine alla razza (per effetto della schiavitù) ed al sesso (essendo la posizione delle donne decisamente subordinata).

Il superamento della concezione liberale arroccata sul binomio libertà-proprietà si verifica sul finire dell'Ottocento con l'emergere delle istanze di giustizia sociale propugnate dai movimenti socialisti e volte ad imporre una nuova concezione dei diritti, non più statica e formalistica, ma dinamica e sostanziale¹⁵³.

I diritti non costituiscono più un limite negativo all'azione dello Stato, a cui è demandato l'ulteriore compito di farsi garante della loro sussistenza, ma al contrario impongono ad esso un ruolo attivo teso a promuoverne l'effettiva realizzazione, in ossequio ad una visione concreta del principio di eguaglianza.

Queste concezioni ebbero un primo riconoscimento positivo in Germania con la Costituzione di Weimar del 1919¹⁵⁴, la quale costituisce il primo esempio di testo fondamentale creativo della dimensione sociale e personalistica dell'individuo nell'ambito delle priorità politico-istituzionali, benché l'effettivo riscontro pratico fosse poi stemperato dalla diffusione delle dottrine che, lungi dal riconoscere ai diritti sociali una valenza assiologica primaria, li relegavano nella categoria dei diritti la cui concreta attuazione era subordinata ad una decisione dell'Autorità politica¹⁵⁵.

151 v. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire. Droit, individu et pouvoir de l'Ecole du Droit naturel à l'Ecole du Droit historique*, Paris, 1991; BARBERIS, *Sette studi sul liberalismo rivoluzionario. Con un'introduzione metodologica e un'appendice bibliografica*, Torino, 1989; DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo. Human Rights e Grundrechte*, Milano, 2002.

152 v. COSTA, Voce "Diritti fondamentali (storia)", cit., p. 384, il quale sottolinea la "portata costruttiva" dei diritti negli ordinamenti di fine Settecento-inizio Ottocento, evidenziando come "l'ordine nascente trova nei diritti il fondamento e la condizione di legittimità. Il rapporto fra diritti naturali e ordine positivo è, in questa fase inaugurale della rivoluzione, semplice e chiaro. I diritti possono essere soltanto "dichiarati" e non "creati" dal processo costituente perché essi coincidono con le prerogative dell'essere umano come tale. Perché però i diritti naturali divengano il pilastro di un ordine "positivo" serve un passaggio ulteriore (già limpidamente teorizzato da Rousseau): occorre un atto di volontà, la decisione di un sovrano che realizza, contempera e armonizza fra loro i diritti. Per questa via i diritti "naturali" – la libertà e la proprietà – divengono diritti "civili": diritti che la *civitas*, riconoscendoli, trasforma in strutture del proprio assetto politico-giuridico".

153 v. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit., p. 51 ss.

154 v. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, 1999; CALDWELL, *Popular Sovereignty and Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, 1997; LANCHESTER, *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1990 e il 1918*, Milano, 1985.

155 v. COSTA, Voce "Diritti fondamentali (storia)", cit., p. 391-392, che sintetizza efficacemente il pensiero di Carl Schmitt, il quale ha teorizzato la tesi riduttiva dei diritti sociali, secondo il seguente ragionamento logico-giuridico: "E' vero che i diritti sociali [...] sono accolti nella costituzione. Non basta però che essi siano menzionati nella Carta costituzionale perché il loro ruolo nell'ordinamento sia non meno fondamentale di quello proprio dei diritti di libertà. I diritti sociali infatti (i diritti "socialisti", come li chiama Schmitt) sono per loro natura non già assoluti, ma condizionati: dipendono, quanto alla loro effettiva realizzazione, dalle decisioni del sovrano, del legislativo e dell'esecutivo. Ancora una volta, dunque, i soli e veri diritti fondamentali restano i diritti civili (la libertà e la proprietà)".

Le secolari acquisizioni in tema di diritti umani, tuttavia, vennero radicalmente sovvertite nei primi decenni del Novecento, con la diffusione delle ideologie totalitaristiche¹⁵⁶.

In esse, si segnalò un ridimensionamento del ruolo del soggetto, ritenuto non più titolare di diritti su base naturale, ma soltanto “membro” di un’entità collettiva.

Si tratta del portato delle teorie bolsceviche¹⁵⁷ e nazional-socialiste che riconducono allo “Stato” e al “popolo” il ruolo fondante dell’ordine politico-sociale a discapito della centralità della persona, non ritenuta titolare di diritti innati e la cui rilevanza – nelle dottrine tedesche dell’epoca – è addirittura diversificata dall’appartenenza razziale.

In particolar modo il soggetto non è più il fondamento dell’ordine politico-istituzionale, ma ne diviene un elemento derivato, il cui riconoscimento giuridico da parte dello Stato¹⁵⁸ dipende dall’appartenenza ad una comunità qualificata in base alla razza¹⁵⁹, in contrapposizione alla visione universalistica del pensiero giusnaturalistico.

Questo clima ideologico e culturale è, quindi, contrassegnato dalla regressione del valore della persona e della sua dignità.

9. *I diritti fondamentali nel secondo dopoguerra: la sintesi tra giusnaturalismo, socialismo e personalismo. La Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo adottata dall’Assemblea generale dell’ONU del 1948. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950. La Costituzione italiana del 1948.*

Le drammatiche esperienze connesse al secondo conflitto mondiale, durante il quale il rispetto della dignità umana ha conosciuto uno dei livelli più bassi nella storia moderna, hanno provocato una rinnovata attenzione per il tema dei diritti fondamentali.

Gli Stati coinvolti nella guerra e la Comunità internazionale hanno proceduto alla solenne proclamazione dei diritti inviolabili della persona, assunti come valore apicale dell’ordine politico e sociale, prevalente su ogni altro interesse.

Un ruolo di primo piano hanno svolto i principi del giusnaturalismo liberale¹⁶⁰, del socialismo umanitario, del personalismo¹⁶¹ e della dottrina sociale cattolica¹⁶², vanificati nel

156 v. LA TORRE, *La “lotta contro il diritto soggettivo”. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, 1988; LENIN, *Stato e rivoluzione*, in Id., *Opere scelte*, Roma, 1975.

157 v. BOGNETTI, Voce “*Diritti dell’uomo*”, cit., p. 393, il quale sottolinea come il pensiero comunista punti “addirittura a una <<liberazione>> totale dell’uomo; la quale avrebbe luogo quando, aboliti tutti i residui degli istituti che hanno diviso fin ad ora gli uomini in classi diverse, lo stesso stato come apparato che mantiene con la forza l’ordine svanirebbe e un’armonia spontanea regnerebbe tra le persone. I passaggi fondamentali di tale processo passerebbero per l’avocazione allo Stato “del dominio di tutti i mezzi di produzione e di tutti gli strumenti necessari per pilotare gli uomini e la storia verso quella meta predestinata”; l’attribuzione del potere politico al solo partito comunista; “dall’avvento del <<regno finale della piena libertà>>. In questo quadro dei diritti umani si dovrebbero occupare le “Costituzioni” e le “leggi dello stato: diritti che si allargano mano a mano che procede l’edificazione della libera e finale società comunista, e che comunque, in qualsiasi fasi del lungo processo di pilotata trasformazione, conferirebbero ai singoli uomini viventi sotto il loro sistema una complessiva posizione – secondo la teoria – più dignitosa, giusta e umana di quella che agli uomini garantirebbe il sistema occidentale”. Di fatto nei regimi comunisti scomparvero del tutto le libertà economiche “escluse dal quasi completo monopolio dello stato su tutte le attività economiche”, mentre l’affermazione dei diritti politici e civili è condizionata alla sua strumentalità alla realizzazione della “nuova” società comunista ed alla operatività del “partito” che deve guidare la fase della transizione. Si addiuvano, quindi, ad una sostanziale negazione dei diritti umani quali entità fondamentali preesistenti all’ordine politico.

158 cfr. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969; BISCARETTI DI RUFFIA-CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione Sovietica del 1977*, Milano, 1979.

159 v. LARENZ, *Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandslung der Rechtsgrundbegriffe*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935; GOBINEAU, *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*, Milano, 1977

160 v. HELZEL, *L’attualità delle “categorie” hobbesiane nel pensiero politico-giuridico contemporaneo*, in *Le Corti calabresi*, I, 2007, p. 13 ss.

periodo del totalitarismo, per effetto dell'emersione dell'autoritarismo statale fortemente centralizzato.

L'apporto del pensiero giusnaturalista favorì la riaffermazione di alcune prerogative inviolabili dell'essere umano e la concezione socialista consentì di superare l'originaria impostazione liberal-ottocentesca che individuava nello Stato il garante dei diritti fondamentali, attribuendogli un ruolo negativo, volto a preservare l'area di libertà individuale, senza interventi invasivi¹⁶³.

Si introdusse una visione sostanziale e non meramente astratta dei diritti umani, al fine di una effettiva realizzazione nel quadro dei rapporti giuridici, economici e sociali.

Nel processo di riforma furono particolarmente incisive l'impostazione teorica del personalismo cattolico¹⁶⁴ e la dottrina sociale della Chiesa, secondo cui la persona umana è titolare di diritti inviolabili di provenienza divina e rappresenta il "centro" e l'obiettivo finalistico a cui deve tendere l'azione politica ed istituzionale degli Stati e della Comunità internazionale¹⁶⁵.

161 Fondamentale al riguardo il pensiero di MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, trad. di Usellini, Milano, 1991; ID., *L'uomo e lo Stato*, trad. di Falchetti, Milano, 1953; ID., *La persona umana e il bene comune*, trad. di Mazzolani, Brescia, 1948; v. BALDASSARRE, Voce "Diritti inviolabili", cit., p. 5, il quale sottolinea a proposito della concezione "personalista", come questa si caratterizzi per essere "una teoria che parte dal riconoscimento della centralità del concetto di persona, inteso non già come *a priori* trascendente (mero riflesso o <<parte>> della perfezione della persona divina) o come *a priori* trascendente (Vernunftperson, o unità astratta delle condizioni soggettive che rendono possibile una ben ordinata e civile convivenza oggettiva), ma come *a priori* materiale o storico, cioè come unità ontologica fondativi di azioni materiali diverse che, nella sua necessaria e costitutiva correlazione ai valori (moralì, giuridici, o etico-sociali), implica uno spazio *a priori* materiale, un contenuto normativo irradiantesi in tutti i livelli dell'agire umano". In questo quadro teorico, i diritti fondamentali si concretizzano nella "relazione con i valori della personalità", divenendo, quindi, "superiori a ogni altro e, come tali, non relativizzabili e, tantomeno, modificabili in ragione di valori di altro tipo e, in particolare, di quelli espressi dallo Stato o dalla società politica".

162 v. PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004, p. 81-82, il cui viene esposta la concezione cattolica dei diritti fondamentali. Al riguardo si legge "La radice dei diritti dell'uomo [...] è da ricercare nella dignità che appartiene ad ogni essere umano. Tale dignità, connaturale alla vita umana e uguale in ogni persona, si coglie e si comprende anzitutto con la ragione". In questo senso si precisa che "La fonte ultima dei diritti umani non si situa nella mera volontà degli esseri umani, nella realtà dello Stato, nei poteri pubblici, ma nell'uomo stesso e in Dio suo Creatore. Tali diritti sono <<universali, inviolabili, inalienabili>>. *Universali*, perché sono presenti in tutti gli esseri umani, senza eccezione alcuna di tempo, di luogo e di soggetti. *Inviolabili*, in quanto <<inerenti alla persona umana e alla sua dignità>> e perché <<sarebbe vano proclamare i diritti, se al tempo stesso non si compisse ogni sforzo affinché sia doverosamente assicurato il loro rispetto da parte di tutti, ovunque e nei confronti di chiunque>>. *Inalienabili*, in quanto <<nessuno può legittimamente privare di questi diritti un suo simile, chiunque egli sia, perché ciò significherebbe fare violenza alla sua natura>>".

163 cfr. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996; MARITAIN, *Le droits de l'homme*, a cura di Mougel, Paris, 1989; HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di Ridola, Roma, 1993; GEWIRTH, *Human Rights. Essays on Justification and Applications*, Chicago, 1982.

164 v. OLIVA, *I diritti umani in Jacques Maritain. L'attualità del pensiero e della proposta educativa*, Cosenza, 2003, p. 116-117, il quale sottolinea come "Nella concezione personalistica, il primato della persona determina la concezione della società come comunità di persone (indole personalista e comunitaria), che ha in Dio il suo centro di unità e il suo scopo ultimo (indole teista). Nella dignità dell'essere umano quale persona fatta ad immagine e somiglianza di Dio è riposto il valore di base di ogni vivere associato, prima ancora e al di là di ogni differenziazione di razza, di religione e di appartenenza nazionale".

165 v. GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la Giornata Mondiale della Pace 1999*, in *Acta Apostolicae Sedis*, che afferma l'unitarietà ed indivisibilità dei diritti umani, in quanto questi "riguardano tutte le fasi della vita e ogni contesto politico, sociale, economico o culturale. Essi formano un insieme unitario, orientato decisamente alla promozione di ogni aspetto del bene della persona e della società [...] La promozione integrale di tutte le categorie dei diritti umani è la vera garanzia del pieno rispetto di ogni singolo diritto". Si delinea, quindi, una concezione dinamica dei diritti fondamentali, che diventano non solo un presupposto immanente in ogni uomo e precedente l'ordine politico-sociale-economico, ma anche l'obiettivo che quest'ultimo è chiamato a realizzare.

La sintesi tra queste correnti di pensiero - diversificate sul piano ideologico della genesi dei diritti fondamentali, individuata nell'ordine naturale o nella volontà divina, ma sostanzialmente convergenti nella collocazione della persona al vertice del sistema sociale e giuridico - costituisce il sostrato effettivo degli atti internazionali, sovranazionali e della maggior parte delle Leggi fondamentali dei Paesi occidentali, improntati a modelli di democrazia partecipativa¹⁶⁶.

La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948 costituisce la prima manifestazione tangibile della mutata sensibilità rispetto al tema dei diritti umani.

Con tale atto - che segnò una rilevante evoluzione del diritto internazionale, non più volto in via esclusiva alla regolazione dei rapporti tra gli Stati, ma incidente direttamente anche sulla posizione soggettiva dei singoli - la Comunità internazionale riconosce solennemente il valore "universale" dei diritti fondamentali, con efficacia prevalente su ogni ordine politico ed istituzionale, superando la dimensione "nazionale" che aveva caratterizzato le "Carte" di fine Settecento¹⁶⁷.

La gestazione della Dichiarazione è stata travagliata: le opposte concezioni sociali, culturali ed economiche dei Paesi occidentali, dei Paesi socialisti e di quelli sottosviluppati reduci dall'esperienza coloniale, sono confluite nell'elaborazione di un documento che racchiude in sé diverse anime, nel segno del pluralismo ideologico informato alla centralità della persona¹⁶⁸.

Già dal Preambolo emerge, infatti, la funzione strutturale dei diritti inviolabili nella costruzione del nuovo ordine post-bellico, affermandosi che "*il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo*"¹⁶⁹; il

166 cfr. VIOLA, *Diritti dell'uomo diritto naturale, etica contemporanea*, Torino, 1989; CASTELLANO (a cura di), *I diritti umani fra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, Napoli, 1996; BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri dell'individuo e paradossi dell'universalismo*, Roma, 1999; DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1980; FIORAVANTI-GUERRIERI (a cura di), *La costituzione italiana*, Roma, 1999.

167 v. SALVATI, *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (10 dicembre 1948). Nascita, declino e nuovi sviluppi*, Roma, 2006.

168 v. TIZZANO, *I diritti umani oggi*, cit., p. 34 ss., il quale esamina dettagliatamente le diverse posizioni esistenti in sede di lavori preparatori della Dichiarazione Onu. Sul punto l'A. rileva come i Paesi occidentali "proponevano di estendere a livello mondiale i solenni principi delle tre grandi democrazie in cui i diritti umani erano nati e fioriti: Gran Bretagna, Stati Uniti e Francia. In sostanza, cioè, questi paesi [...] proponevano di proclamare sul piano interstatale le concezioni giusnaturalistiche che avevano ispirato i loro grandi testi politici". In particolare modo i fautori di questa posizione insisterono soprattutto sui "diritti civili e politici e solo nella connotazione sostanzialmente individualistica che essi avevano rivestito nel Settecento e nell'Ottocento. Soltanto in un secondo tempo, di fronte all'ostilità dei paesi socialisti, e su forte impulso di quelli latino-americani [...] accettarono di inserire nella Dichiarazione Universale anche una serie di diritti economici e sociali - del tutto sconosciuti ai <<sacri>> testi della tradizione occidentale". La posizione dei Paesi socialisti fu ambigua, tanto che essi si astennero sul voto del testo complessivo. Essi, tuttavia, seguirono una triplice "linea di azione" finalizzata ad utilizzare la Dichiarazione come strumento di lotta nei confronti dei Paesi dell'Occidente; in primo luogo proposero "l'inserimento, nella Dichiarazione, di diritti assai importanti: il principio di eguaglianza [...]; il diritto di ribellione contro autorità oppressive; il <<diritto di manifestare nelle strade>>, come parte della libertà di associazione; il diritto delle <<minoranze nazionali>> a veder riconosciuti e rispettati i loro diritti di gruppo; il diritto all'autodeterminazione dei popoli coloniali; il diritto dei lavoratori di avere a propria disposizione stampati e giornali, per diffondere le proprie idee"; in secondo luogo chiesero "che venissero previsti meccanismi di attuazione dei diritti sanciti nella Dichiarazione", i quali "dovevano accompagnare i diritti economici sociali"; in terzo luogo "propugnarono un terzo concetto fondamentale [...] secondo cui i diritti umani vanno accordati finché restano nel quadro <<democratico>>, ossia finché non portano acqua al mulino del <<fascismo>>. In altri termini, se quei diritti [...] si prestano a essere utilizzati per promuovere il fascismo, per difenderlo, o per farlo rinascere, non vi è più motivo di riconoscerli".

169 Dichiarazione dei Diritti dell'uomo (ONU - 1948), Preambolo: "Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo; Considerato che il disconoscimento e il disprezzo

presupposto giusnaturalistico, nell'art. 1, è sintetizzato nel principio che *"tutti gli essere umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti"*.

Nell'art. 2 della Dichiarazione, rivolto a tutti gli esseri umani senza alcuna distinzione particolare, sono contemplati gli altri diritti e libertà, promananti da un significativo compromesso tra la tradizione liberale ed il solidarismo personalista e riguardanti gli aspetti esistenziali e partecipativi della vita connessi alla formazione ed allo sviluppo della personalità¹⁷⁰.

Si deve sottolineare, però, la valenza meramente politica della Dichiarazione, priva di una rilevanza giuridica diretta in quanto non è stata oggetto di esecuzione interna.

Il riconoscimento dei diritti fondamentali a livello sovranazionale ha percorso un'altra e più incisiva tappa nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), predisposta dal Consiglio d'Europa e firmata a Roma il 4 novembre 1950¹⁷¹.

Quest'atto normativo, lungi dall'essere una mera proclamazione di principi di natura politica, ha assunto la veste formale del trattato internazionale, recepito negli anni a seguire dagli Stati partecipanti mediante leggi interne di ratifica ed esecuzione, acquisendo rilevanza giuridica diretta nei singoli sistemi nazionali.

La Convenzione prevede l'istituzione della Corte europea dei diritti dell'uomo (artt. 19-51), competente a garantire il rispetto degli impegni da essa derivanti e statuisce che possa essere adita anche dalle singole persone fisiche, in modo da rafforzare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali¹⁷².

dei diritti dell'uomo hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità, e che l'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godano della libertà di parola e di credo e della libertà dal timore e dal bisogno è stato proclamato come la più alta aspirazione dell'uomo; Considerato che è indispensabile che i diritti dell'uomo siano protetti da norme giuridiche, se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione; Considerato che è indispensabile promuovere lo sviluppo di rapporti amichevoli tra le Nazioni; Considerato che i popoli delle Nazioni Unite hanno riaffermato nello Statuto la loro fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'eguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna, ed hanno deciso di promuovere il progresso sociale e un miglior tenore di vita in una maggiore libertà; Considerato che gli Stati membri si sono impegnati a perseguire, in cooperazione con le Nazioni Unite, il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; Considerato che una concezione comune di questi diritti e di questa libertà è della massima importanza per la piena realizzazione di questi impegni".

170 Dichiarazione dei Diritti dell'uomo (ONU - 1948) - Articolo 1. Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza; Articolo 2. 1) Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione. 2) Nessuna distinzione sarà inoltre stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del paese o del territorio cui una persona appartiene, sia che tale territorio sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi altra limitazione di sovranità.

171 v. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999; BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 1994.

172 Sull'attuale importanza del ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo v. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di Cartabia, Bologna, 2007, p. 87, che rileva come "Il seguito della giurisprudenza Edu sui legislatori, e più in generale su tutti gli operatori del diritto, è divenuto in questi ultimi anni un fenomeno tangibile e difficilmente eludibile. La più recente interpretazione che si dà all'adempimento delle decisioni di Strasburgo e, di conseguenza, alla loro efficacia nel diritto interno, mi pare possa offrire l'occasione per riflettere sulla pervasività del c. d. sistema Strasburgo. Basti pensare ai possibili effetti di una revisione del processo, laddove sia previsto proprio in seguito ad una sentenza di condanna pronunciata dalla Corte Edu".

In ordine al contenuto, la Convenzione si uniforma al modello adottato dalla Dichiarazione Onu del 1948, riconoscendo l'invulnerabilità del diritto alla vita e delle libertà individuali e partecipative, preordinate alla formazione e allo sviluppo della personalità umana.

Nell'esperienza italiana, il termine di riferimento è rappresentato dalla Costituzione repubblicana del 1948, che si apre con la solenne proclamazione dei principi fondamentali, che trovano nella centralità della persona e della sua dignità il proprio vertice assiologico, come emerge dall'art. 2, secondo cui "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale*"¹⁷³.

Tale disposizione generale è completata e specificata da altre norme costituzionali, ed in modo particolare dall'art. 3 Cost., in cui si sancisce il principio di uguaglianza, formale e sostanziale, volto ad attribuire allo Stato il ruolo "attivo" di promuovere le azioni ed iniziative necessarie alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che, "*limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della personalità umana*"; nonché dall'art. 41 Cost., che subordina l'iniziativa economica privata al rispetto della dignità umana¹⁷⁴.

La Costituzione italiana, come si è accennato in precedenza, è il risultato di un "compromesso" raggiunto in sede di Assemblea costituente tra orientamenti ideologici diversi, riconducibili alle matrici socialista, cattolica e liberal-tradizionalista.

La sintesi tra le differenti visioni si è incentrata nel riconoscimento del primato della persona umana nell'ambito dell'ordinamento, della spettanza ad essa di prerogative esistenziali inviolabili e del ruolo delle comunità intermedie nella formazione e sviluppo della personalità¹⁷⁵, il tutto congiunto col principio della solidarietà sociale, quale criterio regolatore delle attività giuridicamente rilevanti nei rapporti pubblicistici e intersoggettivi¹⁷⁶.

173 v. E. ROSSI, Commento "*Art. 2 Cost.*", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, cit., p. 42, il quale, in merito al sostrato ideologico posto a base della norma in commento, afferma che "Molte e approfondite sono state le ricostruzioni offerte in merito [...] dalla dottrina: tra queste merita richiamare quelle che hanno rilevato il profondo legame tra riconoscimento del principio pluralista e una concezione del principio democratico inseparabilmente connesso alla <<promozione di un assetto intrinsecamente dinamico dei rapporti fra le forze sociali>>; quella di chi invece ha posto l'accento sulla sintesi realizzata tra la carica fortemente ideologica propria delle posizioni cattoliche e le posizioni della sinistra socialista e comunista più interessata a raggiungere conclusioni <<politicamente e socialmente concrete>>; nonché chi ha collocato il senso del dibattito all'interno dell'antica disputa tra concezioni alternative del pluralismo riferite alla riflessione di Montesquieu e Rousseau. Altri ancora hanno interpretato il compromesso tra le posizioni <<dei costituenti democratico-cristiani, guidati dal giusnaturalismo tomistico dei dossettiani, e quelle dei partiti marxisti, caratterizzate da una concezione storicista dei diritti, nel segno della finalizzazione delle libertà, cioè dell'individuazione di un valore fondativo, che orienta e limita la stessa libertà individuale, senza tuttavia funzionalizzarla>>". L'A., a questo punto, rileva che, in realtà, "il valore più alto della disposizione sembra essere quello [...] di aver posto sullo stesso piano e in inscindibile connessione i tre principi più volte richiamati, ad indicare una visione dei rapporti tra persona e società e tra persona e ordinamento giuridico fondati sul primato della persona, considerata sia nella sua dimensione <<naturalmente>> sociale e sulla connessa concezione del <<bene comune>> o dell' <<interesse generale>> come risultato dell'apporto solidaristico di ogni componente della comunità sociale, in evidente continuità – sotto quest'ultimo aspetto – con il portato della rivoluzione francese. Concezione che, pur con alcune inevitabili discontinuità, ha tuttavia caratterizzato sia il successivo lavoro dell'Assemblea Costituente che l'attuazione delle disposizioni costituzionali nell'esperienza repubblicana".

174 cfr. RODOTÀ (a cura di), *Alle origini della Costituzione*, Bologna, 1998; CHELI, *La fondazione della repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, Bologna, 1979.

175 v. TOSATO, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in AA. VV., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, 1982, p. 23 ss.

176 v. BALDASSARRE, Voce "*Diritti inviolabili*", cit., p. 9, il quale rileva come "nella nostra Assemblea Costituente erano presenti tre grandi componenti ideali: quella cattolica, quella socialista-comunista, quella laica (sia conservatrice che liberale). Ognuna delle tre era in via di principio portatrice di tre posizioni diverse: l'idea <<personalistica>>, l'idea di diritti individuali e sociali connessi al principio della sovranità popolare, l'idea giusnaturalistica legata alla primarietà dell'individuo come tale. Ognuna delle tre, tuttavia, conosceva al proprio interno diversificazioni sostanziali: fra i cattolici visibile era la distinzione tra i sostenitori di soluzioni strettamente

È ovvio che la categoria dei diritti fondamentali informa di sé tutti i comportamenti in cui si estrinseca la personalità, inerenti anche a valori non specificamente enunciati.

Il Costituente italiano, non inserendo la previsione dei valori tutelati in un Preambolo, ma incorporandoli nel testo della Legge fondamentale, li ha dotati di una consistenza normativa direttamente invocabile in sede di applicazione ed ha determinato una significativa innovazione rispetto al passato: l'elevazione della dignità umana al vertice del sistema assiologico, segna il passaggio dalla visione formalistica propria del giusnaturalismo liberale alla considerazione sostanziale della stessa propria del personalismo solidaristico¹⁷⁷.

10. *I diritti fondamentali nell'Unione Europea: dal modello economico a quello personalistico. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000. La fallimentare esperienza della Costituzione europea del 2004. Il Trattato di Lisbona del 2007 e la svolta "personalista" dell'ordinamento comunitario.*

Il diritto comunitario in tema di diritti fondamentali ha subito negli ultimi anni un mutamento di prospettiva, che ha profondamente inciso sulla fisionomia dell'Unione europea, non più ridotta al rango di istituzione sovranazionale preordinata al perseguimento di obiettivi esclusivamente economici e concorrenziali, ma funzionalizzata alla integrazione dei popoli

giusnaturalistiche (La Pira, Benvenuti) e coloro che si ispiravano al primato della persona come *a priori* storico (Rossetti, Moro); fra le sinistre non mancava un importante filone ispiratesi all'umanesimo socialista o marxista (di cui allora il massimo esponente era Rodolfo Mondolfo), non alieno al riconoscimento di posizioni in qualche modo ricollegatisi alla tradizione del diritto naturale, quantomeno nel senso di riconoscere comunque un valore primario e fondante ai diritti dell'uomo (Marchesi, Mastroianni e altri); e, infine, tra i laici esistevano autorevoli tendenze che, proponendo di racchiudere la Dichiarazione dei Diritti in un Preambolo (Calamandrei), rischiavano di avallare l'interpretazione hobbesiana del diritto naturale, diffusa all'epoca soprattutto in Francia [...] come principi semplicemente direttivi e non vincolanti. Infine un'altra linea di divisione particolarmente rilevante, che tagliava a metà l'Assemblea passando all'interno dello stesso partito cattolico, era quella che contrapponeva le posizioni di chi circoscriveva i diritti inviolabili alle libertà rigorosamente individualistiche a quelle di chi, al contrario, ne allargava i confini anche ai diritti sociali e ai <<diritti>> delle comunità <<intermedie>>"; v. in termini di teoria generale circa il ruolo della comunità intermedie, MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, cit., p. 20-21, secondo il quale "Lo sviluppo della persona umana esige normalmente una pluralità di comunità autonome aventi i loro diritti, le loro libertà e le loro proprie autorità. Tra queste comunità, le une sono di rango inferiore allo stato politico e provengono o dalle esigenze fondamentali della natura (come la comunità familiare), o dalla volontà di persone che si associano liberamente in gruppi vari; le altre sono di rango superiore allo Stato, com'è in primo luogo la Chiesa nei riguardi dei cristiani, e come sarebbe pure, sul piano temporale, la Comunità internazionale alla quale noi oggi aspiriamo".

177 Importante è la riflessione di v. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, cit., p. 63, il quale ravvisa il mutamento della concezione sottesa al ruolo della costituzione, affermando che "se nella visione tradizionale <<era considerata l'espressione di una volontà precostituita [...], alla quale occorre risalire per percepirne il senso con metodi di interpretazione indirizzati all'indietro e presupponenti una decisione fondamentale da scoprire o disgelare>> [BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. XVI, n.r.d.], con l'avvento della democrazia pluralistica il senso della costituzione va ricercato nella proiezione dei principi costituzionali sulla realtà sociale. Il che induce a pensare che le costituzioni democratiche moderne sono a differenza di quelle liberali, costituzioni di valori, poiché pongono al loro vertice, i valori sostanziali della persona, e che nell'ultimo decennio, hanno acquistato un particolare rilievo nella giurisprudenza costituzionale. Il richiamo alla persona nell'art. 2 Cost. (così come il richiamo alla dignità dell'uomo nella Legge fondamentale tedesca), <<si propone di incidere sui meccanismi di integrazione della società, conferendo rilievo costituzionale, soprattutto attraverso una lettura integrata con l'art. 3, secondo comma, alle reali condizioni del soggetto>> [RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, p. 18, n. d. r.]".

europei sulla base della condivisione di valori personalistici, che possano costituire un supporto nella integrazione politica dei Paesi aderenti¹⁷⁸.

Tale linea di tendenza si è palesata inizialmente con il Trattato di Maastricht del 1992, in cui si dichiarava, all'art. F.2, che l'Unione avrebbe rispettato i diritti fondamentali garantiti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario¹⁷⁹.

Questa previsione realizzava una significativa, ma generica, apertura dell'ordinamento europeo alla dimensione "personalistica", che richiedeva un'opera di specificazione da parte dell'interprete, indirizzata ad orientare le politiche economiche dell'Unione verso risultati coerenti con il rispetto della dignità umana.

Siffatto processo di adeguamento veniva rafforzato con il Trattato di Amsterdam del 1997, che all'art. 6, poneva la protezione dei diritti e delle libertà inviolabili, a fondamento e scopo dell'azione dell'Unione europea¹⁸⁰.

Il momento cruciale dell'*iter* evolutivo coincideva con l'approvazione del Trattato di Nizza del 2000 con cui si proclamava la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, avente, dapprima, finalità di riordino della materia e di ricognizione dei principi supremi dell'ordine istituzionale europeo, e rivelatasi dotata di capacità espansiva, al punto da determinare una "svolta" personalista nel diritto comunitario¹⁸¹.

Anche nel Preambolo della Carta, si dichiara che "*l'Unione si fonda su valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà*" e si ribadisce che "*Essa pone la persona al centro della sua azione*"¹⁸².

178 v. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009; CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di Cartabia, cit., p. 13 ss.

179 Trattato di Maastricht (1992) – Art. F: 1. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici; 2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario; 3. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche.

180 v. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, p. 38 ss.; ID., *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 267; PERNICE, *Multilateral constitutionalism and the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 703 ss.; HEUKLES-BLOKKER-BRUS, *The European Union after Amsterdam: a legal analysis*, The Hague, 1998.

181 v. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di Cartabia, cit., p. 32 ss., la quale afferma che "Apparentemente il valore della Carta dei diritti è solo quello di mettere un po' di ordine normativo nelle garanzie dei diritti fondamentali già presenti nel sistema comunitario e di renderle conoscibili e perciò maggiormente fruibili. A leggere il preambolo, la funzione principale della Carta sarebbe infatti quella di dare *visibilità* ai diritti fondamentali già protetti dall'ordinamento. La principale finalità della Carta sarebbe quella di: <<rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti *più visibili* in una carta>>. Le intenzioni erano probabilmente soltanto codificatorie, si voleva operare un *restatement of law* dei diritti fondamentali già riconosciuti da una pluralità di fonti, ma si poteva facilmente prevedere che gli effetti della scrittura della Carta avrebbero superato ampiamente l'*original intent*".

182 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza, 2000) - Preambolo: "I popoli europei nel creare tra loro un'unione sempre più stretta hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni. Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'Unione contribuisce al mantenimento e allo sviluppo di questi valori comuni, nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei, dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale; essa cerca di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile e assicura la libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali

Il delineato assetto normativo tende, in sostanza, a promuovere “*uno sviluppo equilibrato e sostenibile*”, che realizzi un bilanciamento degli interessi concretamente coinvolti nell’azione economica, riconoscendo una posizione di prevalenza ai valori connessi alle prerogative esistenziali dell’essere umano¹⁸³.

In tal senso deve essere interpretata l’esplicitazione dell’intento di promulgare la Carta al fine di “*rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell’evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici*”, ed il riferimento che essa fa alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, alla CEDU, ed ai diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell’uomo, che introducono un significativo parametro di valutazione dell’effettività di tutela riconosciuta alla dignità umana nel contesto dei rapporti giuridici¹⁸⁴.

La rilevanza politica della Carta ha dato luogo a notevoli dubbi in merito alla sua valenza giuridica nel quadro della tutela effettiva dei diritti proclamati; a essa si era cercato di far fronte mediante la stipulazione del Trattato istitutivo di una Costituzione per l’Europa, siglato a Roma nel 2004, ma mai entrato in vigore per la mancata ratifica di alcuni degli Stati firmatari¹⁸⁵.

Il riconoscimento definitivo della centralità dei diritti fondamentali della persona nel contesto dell’Unione europea, è avvenuto con il Trattato di Lisbona - modificativo del Trattato sull’Unione europea e del Trattato istitutivo della Comunità europea, stipulato nel 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009 – il quale in parte recepisce i contenuti della Costituzione europea¹⁸⁶. Nell’art. 6¹⁸⁷ si attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (approvata a Nizza nel 2000 e successivamente riapprovata a Strasburgo nel 2007) la stessa rilevanza giuridica dei Trattati, elevandola al vertice del sistema e dotandola di una valenza regolamentare vincolante per i Paesi aderenti e rendendola direttamente invocabile nella disciplina dei rapporti giuridici interindividuali.

nonché la libertà di stabilimento. A tal fine è necessario, rendendoli più visibili in una Carta, rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell’evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici...”.

183 v. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009, p. 50, il quale afferma che “Una Carta scritta dei diritti segna il tramonto di un’integrazione ancorata sotto il profilo della tutela delle libertà, al gradualismo, ossia al rafforzamento dell’unificazione europea, attraverso le sole realizzazioni economiche. Il carattere formale di un catalogo scritto si inserisce, infatti, in un disegno volto ad organizzare il sistema giuridico comunitario secondo un’ottica costituzionale. I diritti fondamentali, che nella fase pretoria vengono formati attraverso l’utilizzo nell’ordinamento europeo di principi e valori di derivazione esterna (costituzioni e CEDU), con l’opera di sistematizzazione scritta culminante nella Carta divengono, anche dal punto di vista della genesi, interni al sistema giuridico sovranazionale, in quanto fondamenti di legittimazione, di delimitazione dei poteri e di disciplina dell’organizzazione dell’ordinamento comunitario”.

184 cfr. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giust. cost.*, 2001, p. 197.

185 v. ALPA, *I diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario e il ruolo dell’Avvocatura*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2218, il quale, in merito alla effettiva incidenza dei diritti fondamentali nel sistema comunitario alla luce della sola Carta di Nizza (e perciò precedentemente all’approvazione del Trattato di Lisbona), osservava, come questa non abbia risolto il problema “Intanto per la natura della Carta, che è atto politico non giuridicamente vincolante; è vero che la Carta è applicata ormai dalla stessa Corte di giustizia e dai giudici nazionali come se fosse vincolante, ma secondo molti studiosi la Corte di giustizia non è stata istituita per la difesa dei diritti umani e quindi è inevitabile che essa sia costretta a favorire interessi economicamente sottesi al Trattato piuttosto che non gli interessi della persona. E quindi è rimessa in gioco la sua competenza in materia. In altri termini, secondo l’opinione di molti studiosi, i diritti fondamentali potrebbero ben essere considerati il quinto pilastro della Comunità, ma, come tale, si tratterebbe di un pilastro non portante. E, nel gergo comune, la “quinta colonna” è un supporto fittizio, quando non inaffidabile”; BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, cit., p. 51

186 v. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006.

187 Trattato di Lisbona – Art. 6, comma secondo: “L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati”.

Si apre, quindi, una nuova "stagione" nell'ordinamento europeo, improntata al primato della persona e della sua dignità, quale fondamento assiologico e parametro normativo supremo verso la cui realizzazione deve essere orientata l'azione politico-legislativo-istituzionale degli Stati, la direzione dei processi economici e la disciplina delle relazioni intersoggettive¹⁸⁸.

11. *La rilevanza gerarchica dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti dell'ordinamento italo-comunitario.*

L'adesione dell'Italia all'Unione europea e la stipulazione di accordi in ambito internazionale hanno modificato il tradizionale sistema delle fonti del diritto, determinandone l'integrazione e l'adeguamento sotto il profilo gerarchico e sotto quello della competenza normativa¹⁸⁹.

Il quadro originario, definito nell'art. 1 delle preleggi, aveva già subito una prima variazione nel 1948 a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, assunta al vertice della scala gerarchica ed estensiva di una competenza legislativa speciale alle Regioni, di rango paritario a quella statale e successivamente modificata ulteriormente a seguito della riforma del Titolo V-Parte II della Costituzione operata nel 2001, che ha riconosciuto alle Regioni potestà legislativa residuale nelle materie non espressamente riservate allo Stato (art. 117, comma quarto, Cost.), e rimosso il riferimento alle norme corporative¹⁹⁰.

A ciò devono aggiungersi l'istituzione delle c. d. Autorità indipendenti¹⁹¹, aventi specifiche potestà di regolamentazione in determinate materie, e gli apporti della giurisprudenza costituzionale e comunitaria¹⁹².

Il sistema che ne discende è, quindi, complesso ed improntato alla pluralità delle fonti che, pur distinguendosi per competenza e rango, trovano la propria coesione nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico, caratterizzato dalla preminenza gerarchica della Legge fondamentale e dei diritti inviolabili, posti al vertice dello stesso e dotati di efficacia precettiva:

188 v. FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea*, Milano, 2010, p. 14; ALPA, *Introduzione*, in *I diritti umani e fondamentali nella formazione dell'avvocato europeo*, a cura di Alpa e Mariani Marini, Pisa, 2010, p. 21, il quale affrontando il tema dei diritti fondamentali nel passaggio attraverso le "Carte" di Nizza, Strasburgo ed il Trattato di Lisbona, osserva come essi siano espressione di valori supremi, i quali "che siano contenuti nel Trattato consolidato, oppure nella Carta di Nizza, oppure nella Convenzione (nella trasposizione dei suoi contenuti di origine convenzionale al livello di principi generali dell'ordinamento comunitario) questi valori, dalla dignità in giù, sono tutti diritti inviolabili, fondamentali, umani, e costituiscono il perno dell'intero ordinamento comunitario".

189 v. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim.*, 1997, p. 523 ss.; RESCIGNO, *Il sistema delle preleggi e la disciplina comunitaria*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit., p. 51 ss.; P. PERLINGIERI, *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 3, 1997, p. 85.

190 v. GAMBINO (a cura di), *Il "nuovo" ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, 2003; CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002.

191 v. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 255 ss.; GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005; ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1095 ss.; particolarmente significativo sul punto è il contributo di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 299 ss., il quale al riguardo rileva come "L'emanazione di norme regolamentari o provvedimenti anche singolari nelle materie di competenza, ha messo in luce la necessità di collocare nell'attuale assetto delle fonti tale <<normazione atipica>>, che se da un lato sembrerebbe soltanto di tipo tecnico, dall'altro si connota di giuridicità, contrapponendosi a quella del Parlamento, sì che è dubbio se considerarla atto normativo (avente forza di legge) o atto amministrativo. La questione rimane aperta: auspicabile, peraltro, è procedere ad un riassorbimento delle loro funzioni negli alvei classici dello Stato costituzionale".

192 v. CHINÈ, *Fonti interne e fonti comunitarie: criteri di risoluzione delle antinomie e tutela delle posizioni giuridiche soggettive di diritto comunitario*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I, a cura di Perlingieri e Sesta, Napoli, 2007, p. 27 ss.

il rispetto delle fonti sovraordinate è condizione di legittimità di tutta la normativa di livello inferiore¹⁹³.

L'incidenza riconosciuta nel sistema delle fonti alle regolamentazioni di origine internazionale ed alla disciplina comunitaria, sul diritto interno si è ulteriormente accresciuta a seguito dell'estensione delle competenze del legislatore europeo.

In merito alla normativa internazionale, si è a lungo discusso circa il rango gerarchico della stessa, se sovraordinato o subordinato alle disposizioni costituzionali.

L'indirizzo prevalente ritiene che questa abbia lo stesso grado dell'atto normativo interno (legge di ratifica ed ordine di esecuzione) volto ad assicurarne l'attuazione nell'ordinamento italiano, ossia quello della legge ordinaria, con conseguente abrogabilità e modificabilità da parte di una fonte dello stesso livello, indipendentemente dalla circostanza che tali disposizioni siano attuative di obblighi assunti dallo Stato italiano in sede internazionale¹⁹⁴.

Tale orientamento, forse conseguente all'assenza di una apposita previsione nella Legge fondamentale che attribuisca alle norme internazionali di origine pattizia un rango gerarchico superiore a quello della legge ordinaria, ha subito un temperamento a seguito dell'intervento della Consulta, la quale spostando l'attenzione dal piano formale a quello sostanziale, ha riconosciuto la maggior "forza" delle norme internazionali relative a materie di rilevanza costituzionale, ponendosi quali strumenti di attuazione e concretizzazione di principi e valori in essa contemplati¹⁹⁵.

193 Nonostante si discorra di diritti fondamentali, generalmente non si riscontrano con riferimento ad essi – ad eccezione di alcuni sistemi giuridici (si pensi ad esempio alle Costituzioni Brasiliana, Spagnola o Tedesca, che a determinate condizioni riconoscono al cittadino di impugnare direttamente una legge ritenuta lesiva di un diritto fondamentale) - degli strumenti di tutela ulteriori e più intensi rispetto a quelli che l'ordinamento riconosce alle norme costituzionali, facendosi derivare conseguentemente la qualificazione di "fondamentali", esclusivamente dalla loro inerente alle prerogative ed esigenze esistenziali della persona umana.

Deve, comunque, considerarsi che tali diritti sono profondamente connessi con il modello democratico, essendo immanenti ad esso e qualificandolo, con la conseguenza che la loro sussistenza è condizione essenziale per poter qualificare un dato ordinamento come ispirato a principi di democrazia. Pertanto, rispetto ad essi è dato riscontrare un meccanismo di tutela rafforzata implicita rispetto alle altre norme costituzionali, che nel nostro ordinamento è individuabile nella previsione di cui all'art. 139 Cost., secondo cui "La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale".

194 v. P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2006, p. 101, il quale rileva come "Il nostro sistema [...] non dà adeguata affidabilità sul piano internazionale e non offre la certezza sulla norma da applicare nell'ipotesi di conflitto tra norme pattizie internazionali e leggi interne ad essa contrarie". Ciò dipende dalla circostanza per cui "l'ordinamento italiano non possiede disposizioni costituzionali di garanzia degli obblighi assunti mediante trattati internazionali e che manca nella nostra Costituzione un limite all'attività legislativa richiesta dal rispetto degli obblighi internazionali pattizi".

195 v. in giurisprudenza: Corte cost., sentenza 6 giugno 1989, n. 323, in *CED Cassazione*, 1989, in cui si afferma che "La legge che abroghi o modifichi un trattato internazionale reso esecutivo con legge ordinaria - nella specie, la legge 26 marzo 1983, n. 84 che ha sospeso, espressamente, l'esecuzione di talune clausole della Convenzione di Varsavia (del 12 ottobre 1929) concernenti i limiti di responsabilità del vettore aereo - non contrasta con l'art. 10 della Costituzione per violazione della norma generale "pacta sunt servanda", poiché dall'ambito di operatività di tale articolo sono escluse le norme internazionali pattizie, ancorché generali, che assumono nell'ordinamento la medesima posizione della legge ordinaria che ha dato loro esecuzione, e che possono, quindi, essere abrogate o modificate da leggi successive"; Corte cost., sentenza 19 gennaio 1993, n. 10, in *CED Cassazione*, 1993, in cui si afferma che "La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848, stabilisce all'art. 6, terzo comma, lettera a), che "ogni accusato ha diritto (...) a essere informato, nel più breve spazio di tempo, nella lingua che egli comprende e in maniera dettagliata, della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta". Una disposizione del tutto identica è, altresì, contenuta nell'art. 14, terzo comma, lettera a), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, firmato il 19 dicembre 1966 a New York e reso esecutivo in Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881. Tali norme, introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione, sono tuttora vigenti, non potendo, certo, esser considerate abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale, non tanto perché queste ultime sono vincolate alla direttiva contenuta nell'art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81, legge delega ("il codice di procedura penale deve (...) adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale"), quanto,

In questo senso, potrebbe operare – nonostante la contrarietà della giurisprudenza prevalente – la clausola contenuta nell'art. 10, comma primo, Cost., secondo cui "*l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*", facendosi riferimento alle norme ricognitive di valori universalistici coerenti con i principi fondamentali preposti al nostro sistema.

Tuttavia, la questione postasi con riferimento alla Dichiarazione Onu del 1948 ed alla CEDU, era stata risolta negativamente dal diritto vivente¹⁹⁶.

Le normative comunitarie hanno accesso nella gerarchia delle fonti ai sensi dell'art. 11 Cost., in cui è previsto che "*l'Italia...consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*".

Sotto questo profilo la fonte comunitaria si colloca al di sotto della Legge fondamentale da cui deriva la sua legittimazione interna ed in posizione sovraordinata rispetto alla legge ordinaria ed agli atti ad essa equiparati¹⁹⁷.

piuttosto, perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria"; in dottrina v. CANNIZZARO-CALIGIURI, Commento "Art. 10 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, p. 246, secondo cui "Nel riferirsi [...] alle sole norme internazionali generali, l'art. 10, 1° co., esclude implicitamente i tratti dal proprio ambito di applicazione; e ciò indipendentemente dalla considerazione dell'esistenza di una norma consuetudinaria come fondamento della loro obbligatorietà nel diritto internazionale".

196 v. Corte cost. ordinanza 26 febbraio 1993, n. 75, in *CED Cassazione*, 1993, in cui si afferma che "Il principio di adeguamento automatico dell'ordinamento giuridico italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute espresso dall'art. 10 Cost. - si riferisce esclusivamente alle norme consuetudinarie, e non anche alle norme internazionali pattizie, ancorché generali, quale la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848)"; Corte cost., sentenza 13 maggio 1987, n. 153, in *CED Cassazione*, 1987, in cui si afferma che "L'adeguamento automatico dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10 Cost.) si riferisce soltanto alle norme di carattere consuetudinario, e non anche alle norme di carattere pattizio, qual'è, nella specie, l'art. 10, n. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. (Non fondatezza - in riferimento all'art. 10 Cost. - della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma primo, della legge 14 aprile 1975 n. 103, nella parte in cui riserva allo Stato le trasmissioni via etere verso l'estero)"; Corte cost., sentenza 28 aprile 1994, n. 168, in *CED Cassazione*, 1994, in cui si afferma che "In tema di determinazione delle pene nei confronti di minorenni, con particolare riferimento a quella dell'ergastolo, tenuto conto della estrema diversità delle discipline che regolano il regime delle pene più gravi nei vari Paesi, anche nel variegato panorama delle legislazioni degli Stati più affini a quella del nostro Paese, non è possibile rinvenire un principio generale o una consuetudine in materia, non risultando - diversamente da quanto ritenuto dal giudice "a quo" - l'esistenza di una di quelle "norme generalmente riconosciute" cui fa riferimento l'art. 10, primo comma, Cost. Nella "Dichiarazione dei diritti del fanciullo" della Società delle Nazioni del 1924, nella "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" (O.N.U., New York, 20 novembre 1959), nelle "Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile" (O.N.U., New York, 29 novembre 1985, cosiddette Regole di Pechino), nella Convenzione di New York "sui diritti del fanciullo" del 20 novembre 1989 - ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176 - sono contenute in materia enunciazioni la cui attuazione è affidata alla legislazione degli Stati che vi hanno aderito e che trovano nel nostro ordinamento il maggior punto di emersione nell'art. 31 Cost. La questione di legittimità costituzionale della previsione dell'applicabilità della pena dell'ergastolo nei confronti del minorenne, sollevata in riferimento all'art. 10, primo comma, Cost., non può quindi essere presa in considerazione per l'inesattezza, oltre che per la genericità, dell'assunto della non conformità della normativa denunciata "a numerose norme pattizie del diritto internazionale vigente in materia". (Non fondatezza, in riferimento all'art. 10, primo comma, Cost., della questione di legittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 cod. pen.)"; Corte cost., sentenza 29 gennaio 1996, n. 15, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1996, p. 504 in cui si afferma che "A differenza di quel che avviene, per effetto dell'art. 10 comma 1 cost., rispetto al diritto internazionale generalmente riconosciuto, l'eventuale contraddizione di trattati da parte di norme legislative interne non determinerebbe un vizio di incostituzionalità di tali norme indipendentemente dalla mediazione di una norma della Costituzione, dato che la vigenza in Italia di un trattato deriva pur sempre da un atto di volontà sovrana dello Stato espresso in forma legislativa".

Tale considerazione appare valida per gli atti normativi emessi dagli organi comunitari ed in particolar modo per i regolamenti rispetto ai quali dovrebbe essere ammissibile un controllo di legittimità costituzionale; ma presenta dubbi in riferimento alle disposizioni volte a riconoscere i diritti fondamentali della persona, che, in virtù del Trattato di Lisbona, hanno acquisito valore giuridico vincolante, ed hanno assunto una posizione gerarchica analoga a quella delle norme costituzionali¹⁹⁸.

In sintesi, è ragionevole ritenere che le molteplici fonti produttive di diritto, articolate su diversi livelli di competenza e gradi gerarchici, abbiano un comune denominatore ed un principio di unitarietà ordinamentale nei valori fondamentali omologhi, i quali si riflettono sulla legittimità e validità di tutti gli atti normativi di rango inferiore¹⁹⁹.

La dottrina giuridica è particolarmente attenta alla tutela privilegiata dei valori primari della persona e della solidarietà, come criterio di superamento di una valutazione "formale" degli atti normativi basata sul rango della fonte di produzione, a favore di una "logica sostanziale", che apprezzi il contenuto delle norme alla luce dell'assiologia costituzionale²⁰⁰.

197 v. P. PERLINGIERI, *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit., p. 33 ss.; cfr. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 57 ss.; CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *Foro. it.*, 1976, c. 542 ss.

198 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 277 ss.; contra GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Ciccumessineo*, Milano, 1998, p. 673 ss., il quale afferma che "i regolamenti comunitari hanno, nell'ordinamento italiano, l'efficacia di <<fonti primarie>>, ossia di fonti subordinate solo alla costituzione, e anzi [...] solo ai suoi principi supremi: in pratica, si tratta di fonti equiparate alla legge, e pertanto autorizzate a derogare alla legge (sebbene non ad abrogarla [...]) e persino alla stessa costituzione (con la sola eccezione dei principi supremi. E ciò malgrado il fatto che esse traggano il fondamento della loro efficacia nel territorio italiano non già dalla costituzione, ma da una semplice legge ordinaria: la legge di esecuzione del trattato CE".

199 cfr. SCHININÀ, *I principi immutabili dell'ordinamento nel sistema delle fonti di diritto privato*, I, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I, cit., p. 3 ss; CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, cit., p. 57, il quale, prendendo le mosse della sua riflessione dalla sentenza n. 1146 del 1988 che ha affermato l'appartenenza dei principi supremi ai valori fondamentali della Costituzione, i quali non possono essere oggetto di soppressione o revisione, afferma che "il rinvio ad un serie di principi supremi, direi assoluti, se da un lato sembra riprodurre l'antica questione della prestatualità del diritto o del c. d. rinvio ad un diritto naturale, dall'altro consente di cogliere in modo pieno ed autentico la stessa natura della democrazia costituzionale con tutte le sue implicazioni etiche che essa comporta. Il rinvio ai principi supremi anche se non comporta necessariamente il riferimento ad una visione giusnaturalistica, non può certo essere iscritto entro uno schema puramente formale. Le nozioni di principi supremi e valori fondamentali non possono non evocare significati di natura extragiuridica, da cui o impossibile prescindere non tanto per valutazioni di tipo teoretico, quanto per esigenze strettamente operative, come l'interpretazione assiologica della costituzione".

200 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario della fonti*, cit., p. 305, il quale rileva come "La gerarchia delle fonti non risponde soltanto ad una ragione di certezza formale dell'ordinamento per risolvere i conflitti tra le norme poste da diverse fonti, ma è ispirata soprattutto ad una logica sostanziale, cioè ai valori e alla loro rispondenza alla filosofia della vita presente nel modello costituzionale: è lo strumento mediante il quale il sistema normativo assicura l'attuazione dei propri principi. L'invalidità della fonte che viola la gerarchia è un mezzo di difesa dell'integrità assiologica dell'ordinamento. Il rispetto della costituzione, fonte suprema, implica non soltanto l'osservanza di certe procedure per esprimere la norma (infracostituzionale), ma anche la necessità che il contenuto di detta norma sia conforme ai valori presenti (e organizzati) nella Costituzione stessa".

12. *Il metodo interpretativo e l'incidenza diretta dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti giuridici patrimoniali: direkte drittwirkung ed indirekte drittwirkung: un'opzione di metodo. L'orientamento della giurisprudenza italiana costituzionale e di legittimità dal secondo dopoguerra in poi.*

Una delle questioni maggiormente dibattute dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana concerne l'efficacia delle statuizioni normative in essa contenute, poste a tutela di valori supremi sottesi all'ordinamento.

La discussione, riguardante in astratto l'intera gamma delle disposizioni costituzionali ha una specifica rilevanza in riferimento ai diritti inviolabili della persona, rispetto ai quali si pone il problema della diretta o indiretta incidenza delle norme previsionali nella realtà dei rapporti giuridici e della loro immediata invocabilità a supporto di una pretesa giurisdizionale²⁰¹.

La soluzione della questione, nell'ambito del diritto civile, deve ricercarsi a livello interpretativo.

L'orientamento tradizionale ha riconosciuto alle disposizioni costituzionali o di principio efficacia programmatica, trattandosi di enunciati generali che richiedono, ai fini applicativi in concreto, una specificazione da parte del legislatore ordinario²⁰²; non avendo efficacia precettiva, tali norme non sarebbero direttamente applicabili ai rapporti intersoggettivi²⁰³.

Questa impostazione aveva origine principalmente dalla mancanza di statuizioni normative di collegamento tra i diritti fondamentali ed i rapporti privatistici anche di ordine negoziale, con la conseguenza che il superamento dei dissensi poteva risolversi soltanto in sede giurisdizionale.

201 v. CERRI, *La Costituzione ed il diritto privato*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, I, Torino, 1999, p. 129 ss.; LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 873 ss.; PARDOLESI-TASSONE, *Corte costituzionale, fonti e diritto privato: un'analisi comparativa*, in *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, a cura di Lipari, Napoli, 2006, p. 481; v. nella prospettiva europea HESSELINK, *The horizontal effect of social rights in european contract law*, in *Europa e diritto privato*, 2003, I, p. 1 ss.; CANARIS, *L'incidenza dei diritti fondamentali nel diritto privato tedesco*, in *Studium iuris*, 1999, p. 359 ss.

202 Per una visione di insieme circa l'orientamento prevalente in dottrina successivamente alla promulgazione della Costituzione, v. IRTI, Voce "Diritto civile", in *Dig. it.*, Torino, 1990, p. 143, il quale afferma che "il cammino della Costituzione attraverso il mondo giuridico d'inizio arduo e lento: il carattere programmatico sembrava assegnarle piuttosto il valore di manifesto ideologico, o di pallida dichiarazione di principi, che non di concreto e stringente testo normativo; tenaci gli operatori pratici, avvocati e magistrati, nella considerazione del codice civile come tavola fondamentale di tutto il diritto privato; riluttante la classe politica nel recarla ad attuazione e nell'emanare le leggi da essa previste e stimolate. Sopravvenuta cronologicamente dopo il codice civile, la Costituzione esige dai privatisti una severa capacità di critica, una fresca volontà di scrollarsi di dosso vecchi schemi, e di rifondare, in tutto o in parte, le strutture teoriche e gli strumenti tecnici della disciplina".

203 Cfr. R. QUADRI, *Della applicazione della legge in generale*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 261 ss.; TRABUCCHI, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 8 ss.; v. la posizione di RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, cit., p. 63, il quale, pur non negando l'incidenza dei diritti fondamentali nelle relazioni intersoggettive, ritiene "non indispensabile" il ricorso alla Drittwirkung al fine di conformare queste ultime alla assiologia costituzionale, in quanto "Occorre tener presente, per attenuare la tensione del problema, che la sostanza di molte regole costituzionali – e la più importante rimane il principio di eguaglianza – si ripropone all'interno delle relazioni private. Così il principio della parità di trattamento, che in dottrina e nella giurisprudenza di diritto privato incontra riserve o nette avversioni, se non può discendere nell'ambito delle relazioni private dall'applicazione diretta del principio costituzionale, può tuttavia affermarsi dove il rapporto presenti una struttura comunitario o – come nel rapporto di lavoro – si scopra la rilevanza di varie collettività a cominciare dai lavoratori della singola azienda sino al sindacato. In questa comunità e nei rapporti che ad esse fanno capo vengono alla luce ragioni che attengono alla natura, alla fonte, al modo di vivere e operare delle comunità stesse e che consentono di risalire, pur senza applicare direttamente il principio costituzionale, alle motivazioni e agli stessi principi in cui si esprime la norma costituzionale dell'eguaglianza".

Il fenomeno in questione ha tuttora il proprio momento centrale nel ravvicinamento delle situazioni giuridiche soggettive e relazionali pubbliche e private, tutte improntate alla tutela della persona e della sua dignità²⁰⁴.

La diretta operatività dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti intersoggettivi ha ottenuto un primo riconoscimento concreto nelle elaborazioni teoriche e giurisprudenziali tedesche dei primi del Novecento, concernenti la *Drittwirkung*, ossia l'applicazione precettiva delle disposizioni costituzionali nell'ambito dei diritti patrimoniali, su cui è stata costruita la dottrina dell'abuso del diritto, attualmente recepita anche dal diritto vivente italiano²⁰⁵.

In sede applicativa, tuttavia, la situazione presenta delle varianti, potendo dare luogo sia ad una operatività immediata delle norme fondamentali nei rapporti interprivati (c. d. *Direkte Drittwirkung*), basando la pretesa giurisdizionale direttamente sul diritto inviolabile invocato, sia ad una incidenza indiretta (c. d. *Indirekte Drittwirkung*) che si risolve in una reinterpretazione della norma privatistica alla luce dei diritti fondamentali - ossia in senso costituzionalmente orientato alla realizzazione dei valori supremi dell'ordinamento - ovvero nella integrazione della norma positiva attraverso il ricorso ai principi costituzionali²⁰⁶.

L'esame della casistica mette in evidenza che a prevalere è la tecnica dell'incidenza indiretta, il cui favore è motivato dalla circostanza che le norme inerenti ai diritti fondamentali non contengono una minuziosa e dettagliata elencazione degli stessi, ma hanno carattere generico ed onnicomprensivo²⁰⁷, suscettibile di molteplici specificazioni (come appare anche dall'art. 2 Cost. che fa riferimento ai "diritti inviolabili" senza particolarizzazioni) che si concretizzano a

204 Sul punto fondamentale è l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1988, p. 84-85, il quale, in considerazione della posizione suprema della Costituzione - a cui deve essere riconosciuta una valenza "normativa" e non meramente "giuridica" o politica - nel sistema delle fonti del diritto, rileva come attualmente "I principi generali dell'ordinamento non sono più desunti soltanto dai codici quale individuazione dei valori in essi ricorrenti; la struttura giustificativa degli istituti civilistici, gli interessi che essi tutelano, non possono non armonizzarsi con le scelte di fondo, con la filosofia della vita acquisita dall'ordinamento a livello costituzionale. Non senza resistenze entrano in crisi i tradizionali confini del diritto privato, ancor più entrano in crisi la stessa ragione storica, tradizionalmente intesa, della distinzione del pubblico dal privato. I valori informativi di entrambi divengono necessariamente comuni: il diritto privato non è più il regno della volontà e dell'autonomia dei soggetti privati relativamente alle situazioni patrimoniali ed alle libertà economiche ed il diritto pubblico non è più ispirato alla sovranità indiscussa dello Stato e quindi alla subordinazione del cittadino come suddito. La consapevolezza scientifica dell'unitarietà dell'ordinamento e del reciproco condizionamento degli istituti non soltanto ha consentito alla civilistica di superare la prospettiva squisitamente patrimonialistica influente nell'individuazione della sua sfera di competenza e delle sue tecniche, ma ha indicato nuove strade - per lo più ancora da percorrere - verso la democratizzazione e l'efficienza dell'apparato dello Stato e degli enti pubblici: quella che autorevolmente è stata definita la privatizzazione del diritto pubblico".

205 cfr. ZELLER, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot*, Zurich, 1981; MULLER-ERZEBACH, *L'abuso di diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 89; GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.

206 Per una illustrazione dettagliata dell'incidenza diretta delle norme costituzionali, v. CHIARELLA, *La tutela dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati: elaborazioni teoriche e stato dell'arte*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, a cura di Comandè, Torino, 2004, p. 65-66, in cui si afferma che "la Costituzione opera direttamente nei rapporti interprivati qualora il legislatore non abbia dato "specificazione" ai principi in essa contenuti, non potendo, in tale attesa, le garanzie costituzionali rimanere sospese (si pensi ad es. alla nozione di "giusta retribuzione" prevista dall'art. 36 Cost.). L'applicazione delle norme costituzionali nei rapporti interprivati può poi avvenire mediante il ricorso alla tecnica del <<combinato disposto>>, utilizzando le norme costituzionali al fine di integrare clausole generali o norme a struttura aperta (quale ad es. l'art. 2043 c. c.), ma anche norme dettagliate cioè di tipo regolamentare: in tali ipotesi si verifica l'introduzione dei valori costituzionali nel nucleo precettivo della fattispecie, ridefinendo in senso evolutivo la disposizione".

207 Per una posizione critica in ordine alla immediata applicabilità dell'art. 2 Cost. relativamente alla risarcibilità del c. d. "danno esistenziale", v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 737, il quale afferma che "la riserva di legge di cui all'art. 2059 non è più osservata, come è inevitabile, considerando che l'art. 2 Cost. non individua i diritti inviolabili e non ne sanziona la violazione, onde non può essere quella legge puntuale, cui l'art. 2059 rinvia. Il rinvio ad un rinvio è privo di senso [...] e finisce per giustificare il risarcimento di qualsivoglia (pseudo) peggioramento della qualità della vita, ogni situazione esistenziale essendo libera esplicitazione della personalità".

livello interpretativo, attraverso la combinazione sistematica delle disposizioni relative ai diritti fondamentali con le norme privatistiche, rilette in senso teleologico, indirizzato cioè alla attuazione sostanziale dei valori personalisti e solidali.

La giurisprudenza di legittimità italiana, negli ultimi anni, ha quasi sempre aderito al metodo interpretativo costituzionalmente orientato, ora nettamente prevalente.

In questo senso sono impostate le pronunce relative al riconoscimento del potere-dovere del giudice di ridurre *ex officio* la penale manifestamente eccessiva (anche in assenza di apposita richiesta della parte interessata) in attuazione del principio di solidarietà sociale²⁰⁸; alla configurazione della buona fede contrattuale quale criterio espressivo dei doveri di solidarietà, che impongono a ciascuna parte di agire tutelando anche gli altrui interessi²⁰⁹; alla validità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio alla luce dei valori fondamentali della persona²¹⁰, in relazione alla quale la Suprema Corte ha statuito "la diretta efficacia delle norme costituzionali concernenti i diritti fondamentali della persona, oltre che nei confronti dei

208 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 2929, in cui si afferma che " Il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva risponde ad una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata - in sintonia con il principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti negoziali, e con la clausola di buona fede, inerente anche alla fase della formazione del contratto - e può di conseguenza essere esercitata d'ufficio, anche in difetto di istanza della parte interessata".

209 v. *ex multis* Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si afferma che "Costituiscono principii generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui la parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375 c.c.). In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 5.3.2009 n. 5348; Cass. 11.6.2008 n. 15476). Ne consegue che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.). I principii di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462). Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi"; Cass. civ., Sez. I, sentenza 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. It.*, 1995, in cui si afferma che "Nella fase di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggia come impegno di cooperazione o dovere inderogabile di solidarietà che impone a ciascun contraente di salvaguardare l'interesse della controparte quando ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Cassazione ha ritenuto contrario a buona fede il comportamento dell'affittuario d'azienda, il quale ha tenuto fermo dal 1983 il prezzo di fabbrica dell'acqua minerale cui era commisurato il canone di locazione dell'azienda termale, mentre risultava più volte modificato il prezzo di mercato nella successiva fase di commercializzazione del prodotto. Si verificava pertanto una traslazione dell'aumento del prezzo sulla fase di distribuzione della merce, affidata ad una società dello stesso gruppo, conseguendo così il duplice vantaggio di impedire scorrettamente l'aumento del canone dovuto alla controparte e di lucrare ugualmente sulle vendite dell'acqua minerale e determinando una sproporzionata divaricazione tra prezzo di mercato e canone, contraria allo spirito dell'accordo raggiunto)".

210 v. Cass. civ., Sez. II, sentenza 15 aprile 2009 n. 8941, in cui si afferma che "La condizione, apposta ad una disposizione testamentaria, che subordini la efficacia della stessa alla circostanza che l'istituto contragga matrimonio, è ricompresa nella previsione dell'art. 634 cod. civ., in quanto contraria alla esplicazione della libertà matrimoniale, fornita di copertura costituzionale attraverso gli artt. 2 e 29 Cost. Pertanto, essa si considera non apposta, salvo che risulti che abbia rappresentato il solo motivo ad indurre il testatore a disporre, ipotesi nella quale rende nulla la disposizione testamentaria".

pubblici poteri, anche nei rapporti tra privati"; alla interpretazione solidale dell'inesigibilità della prestazione²¹¹.

Va, inoltre, segnalata la ritenuta rilevanza diretta delle disposizioni costituzionali in tema di responsabilità civile: è stata riconosciuta la risarcibilità del danno biologico sulla base della connessione sistematica dell'art. 2059 c. c. con l'art. 32 Cost., volto a tutelare il bene inviolabile della salute, quale prerogativa primaria della persona²¹², ed è stata delineata la figura del danno esistenziale mediante il combinato disposto dell'art. 2059 c. c. e dell'art. 2 Cost., concernente i diritti inviolabili della persona umana.

Sulla medesima linea si collocano gli organi di giustizia di numerosi paesi occidentali, inclini a riconoscere ai diritti fondamentali, contemplati in formulazioni normative, un effetto orizzontale nei rapporti tra privati e non solo la invocabilità della tutela in contrasto con l'azione invasiva dei pubblici poteri²¹³.

Permangono tuttora delle resistenze in ordine all'ammissibilità nel sistema di un riconoscimento diretto di questi diritti nei rapporti negoziali in cui si estrinseca l'iniziativa economica privata, anch'essa oggetto di copertura costituzionale ex art. 41 Cost.; e ciò, in quanto una loro incidenza immediata in tale settore potrebbe vanificare le norme civilistiche, rispondenti alle esigenze di certezza del diritto e di stabilità delle operazioni economiche, rimettendo al giudice una funzione sostanzialmente creativa della legge²¹⁴.

211 v. Corte cost., sentenza 3 febbraio 1994, n. 19, in *CED Cassazione*, 1994, in cui si afferma quale *obiter dictum* che "Del principio di inesigibilità, teorizzato dalla giurisprudenza costituzionale - e dalle supreme magistrature ordinaria e amministrativa - relativamente a rapporti obbligatori disciplinati dall'ordinamento generale statale, in base al quale è ammesso che l'inadempimento del debitore risulti giuridicamente giustificato se l'interesse di quest'ultimo sia tutelato dall'ordinamento o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, è certamente espressivo l'art. 98, terzo comma, del R.D. n. 1165 del 1938, concernente l'edilizia economica e popolare, là dove, pure nel silenzio della legge si ammette che l'occupazione iniziale dell'alloggio possa essere omessa "per giustificati motivi" - tra i quali rientra l'adempimento di doveri "inderogabili" di solidarietà sociale (art. 2 e 29 Cost.) - senza comportare pregiudizio all'assegnazione dello stesso. Tale principio pertanto, coinvolgendo categorie e valori di rilevanza costituzionale e configurandosi come principio generale relativo a rapporti obbligatori come tali, deve avere applicazione universale nell'ordinamento giuridico, senza essere trascurato neppure nell'interpretazione di leggi della Provincia autonoma di Bolzano".

212 v. Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Giust. Civ.*, 1986, I, p. 2324, in cui si afferma che "Posto che: a) l'art. 2059 c. c. attiene esclusivamente ai danni morali subiettivi e non esclude che altre disposizioni prevedano la risarcibilità del danno biologico, per sé considerato; b) il diritto vivente individua nell'art. 2043 c. c., in relazione all'art. 32 cost., la disposizione che permette la risarcibilità, in ogni caso, di tale pregiudizio, è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c. c. nella parte in cui prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto alla salute soltanto in conseguenza di un reato, in riferimento agli art. 2, 3, 24 e 32 cost."

213 Il panorama degli ordinamenti europei è abbastanza variegato e direttamente connesso alla presenza o meno di una Legge Fondamentale. In ottica comparatistica si può rilevare come: in Francia si sia abbastanza restii ad ammettere un'applicazione diretta con efficacia orizzontale delle norme costituzionali - di cui atteso il carattere estremamente generico se ne asserisce la natura programmatica -, mentre viene generalmente consentita l'applicazione diretta su piano orizzontale delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; in Germania (la cui dottrina ha elaborato la teoria della *Drittwirkung*), invece, si sta affermando la nuova prospettiva precettiva delle disposizioni costituzionali, così come in Italia. Un discorso a sé merita il Regno Unito, in quanto, nonostante manchi una Costituzione in senso formale, nel 1998 con l'adozione del c. d. *Human Rights Act* si è attuata un'autentica rivoluzione in materia di diritti fondamentali, acquisendo tale atto una dignità simile a quella dei documenti propriamente costituzionali. In particolar modo lo *Human Rights Act* ha provveduto ad incorporare in sé la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, consentendone, a differenza del passato (in cui il cittadino poteva fare valere i diritti in essa contemplati solo innanzi alla Corte Europea con sede a Strasburgo e quindi non in sede nazionale), un'applicazione diretta nell'ordinamento nazionale innanzi al giudice interno. Inoltre, di rilevanza straordinaria è la previsione in essa contenuta secondo cui il giudice nazionale debba interpretare le norme positive interne alla luce dei principi fondamentali enunciati nella Convenzione stessa.

214 È quanto emerge dal pregevole inquadramento della questione realizzato da CHIARELLA, *La tutela dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati: elaborazioni teoriche e stato dell'arte*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, cit., p. 63, la quale afferma che "Il problema dell'applicabilità diretta della Costituzione nei rapporti

Si tratta di rilievi obsoleti, basati su una superata visione dei rapporti mercantili, collegata esclusivamente al profitto economico e dissociata dai valori prevalenti della persona.

Il settore giusprivatistico dei rapporti negoziali non può essere esentato dal rispetto dei diritti e delle libertà inalienabili connessi alla persona, a fronte della naturale tendenza dei traffici commerciali a comprimere e talvolta a ledere la dignità umana, per esigenze di celerità e di efficienza, degradandola ad una sorta di "valore di scambio"²¹⁵.

La Costituzione, in quanto atto normativo di valenza superiore, è collegata essenzialmente al diritto civile patrimoniale, integrando il sistema sia sul piano costitutivo dell'ordinamento, sia come fattore di criteri ermeneutici imprescindibili per l'attuazione della giustizia sostanziale²¹⁶.

interprivati ha sollevato reazioni contrastanti presso gli interpreti. Di fronte all'indubbia utilità sostanziale dell'istituto sul piano della protezione dei diritti umani (consentirebbe di colmare i ben evidenti gap della legislazione ordinaria, sfruttando a fondo le potenzialità della Carta costituzionale in materia di tutela della persona), si pongono le perplessità di quanti giudicano eccentrica una applicazione diretta della Carta costituzionale rispetto "alla linearità del sistema <<accentrato>> di Giustizia costituzionale" delineato dalla Costituente. Su di un altro piano l'operazione rischierebbe poi di ampliare arbitrariamente le prerogative dei giudici attribuendo agli stessi funzioni sostanzialmente legislative".

215 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 474.

216 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 554-555 e p. 559-560, il quale afferma che "l'insorgere del costituzionalismo moderno e l'introduzione della legalità costituzionale consentono oggi finalmente di considerare acquisito il metodo dell'interpretazione costituzionale consistente: a) nel riconoscere che <<la costituzione, come ogni altra legge, è sempre e anzitutto un atto normativo, che contiene disposizioni precettive>> e che <<tanto i giudici ordinari, nel risolvere sulla base di norme costituzionali le controversie sottoposte alla loro decisione, quanto i giudici costituzionali, operanti come interpreti "autorizzati" della costituzione e come giudici di costituzionalità delle leggi, si trovano vincolati dai testi costituzionali>>; b) nell'argomentare su norme-principi, l'applicazione delle quali <<non assume la forma sillogistica della sussunzione, ma quella dell'ottimizzazione nel realizzare il precetto>>, secondo una loro gerarchia ma anche secondo un loro ragionevole bilanciamento in riferimento al caso da decidere; c) nel prendere atto che non può non essere rilevante l'idea di società e di etica sottesa alla Costituzione e che in tal modo nell'ordinamento positivo penetrano <<valori e principi storicamente connotati". L'illustre A. rileva, quindi (p. 553), come "non sussistono pertanto argomenti che contrastino l'applicazione diretta dei principi costituzionali: la norma costituzionale può, anche da sola (quando manchino norme ordinarie che disciplinino la fattispecie), essere fonte della disciplina di un rapporto giuridico di diritto civile".

CAPITOLO SECONDO

AUTONOMIA NEGOZIALE ED ASSIOLOGIA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: SEZIONE I: AUTONOMIA NEGOZIALE, AUTONOMIA CONTRATTUALE E TUTELA DELLA PERSONA - 1. Il rapporto tra autonomia privata ed ordinamento giuridico dalla prospettiva liberale alla legalità costituzionale. - 2. La meritevolezza dell'interesse: dalla visione corporativistica alla rilettura costituzionale. Il rapporto tra meritevolezza e liceità. "Ragionevolezza" e "proporzionalità" quali elementi del giudizio di meritevolezza. Il superamento della distinzione tra "tipicità" e "atipicità" contrattuale alla luce del giudizio di meritevolezza.. - 2.1. La rilettura costituzionale del principio di meritevolezza nella innovazione normativa di cui all'art. 2645-ter c. c. sugli atti di destinazione. - 3. I nuovi profili del contratto e l'incidenza dei diritti fondamentali sul piano strutturale e su quello funzionale. Premessa alla ricerca.- 4. Introduzione al tema della causa del contratto. L'evoluzione del concetto. Le teorie "soggettivistiche" poste a base del *Code civil* del 1804 e del Codice civile italiano del 1865 ed il riferimento della nozione di causa all'obbligazione.- 4.1. Il codice civile del 1942 e l'oggettivizzazione della causa ed il riferimento al contratto, quale funzione-economico dello stesso. Differenziazione tra "causa" e "tipo" contrattuale. - 4.2. La teoria della "causa concreta": la causa come "funzione economico-individuale del contratto. Il mantenimento della prospettiva "oggettiva" e la valutazione dell'interesse "concretamente" perseguito sotto il profilo della meritevolezza costituzionale. La tesi della causa come "clausola generale" dell'ordinamento (teoria di R. Rolli). - 5. Formazione del consenso e tutela del contraente debole: dal volontarismo borghese alla disciplina italo-comunitaria. Rinvio. - 6. Dal concetto di "contenuto" del contratto, quale espressione immediata della volontà delle parti a quello di "regolamento negoziale", quale risultato della convergenza di fonti ulteriori alla volontà privata. Premesse al tema dell'equilibrio contrattuale. Rinvio. - 7. Gli elementi accidentali del contratto: la condizione ed il "modo". Il metodo interpretativo e la qualificazione di illiceità per contrarietà ai principi fondamentali. - 8. La teoria delle "forme" secondo la dottrina tradizionale: il principio della libertà delle forme e la "forma" vincolata quale strumento di tutela di interessi di ordine pubblico. Forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*: elementi distintivi. - 8.1. La nuova teoria delle "forme" negoziale: la connessione del requisito formale con i principi fondamentali dell'ordinamento e la considerazione dell'interesse sostanziale sotteso al rapporto giuridico (teoria di Pietro Perlingieri). - 8.2. Il neoformalismo negoziale nel diritto italo-comunitario dei contratti. La nuova funzione della forma e le finalità protettive del contraente debole. Il contemperamento delle esigenze di protezione della persona e le istanze legate alla realizzazione del mercato concorrenziale. - 9. Premessa. Il sistema delle invalidità negoziali: fondamento e funzione nella concezione tradizionale. - 9.1. Le "nullità di protezione" ed il problema della loro convalidabilità nella concezione assiologica improntata alla legalità costituzionale. La "prospettiva del singolo rapporto" e la considerazione dell'"interesse finale" protetto dalla norma invalidante quali presupposti di valutazione della ammissibilità della convalida (teoria di Giovanni Perlingieri). - SEZIONE II: CLAUSOLE GENERALI ED ABUSO DEL DIRITTO: 10. Premessa: le clausole generali quali strumenti di attuazione dei principi fondamentali dell'ordinamento: la strumentalità all'ideologizzazione dell'impianto normativo. - 10.1. Le clausole generali nelle codificazioni dei rapporti civili e l'evoluzione storica della loro ruolo negli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. - 10.2. Clausole generali e ruolo del giudice. La certezza del diritto garantita per mezzo dell'assiologia costituzionale. La sindacabilità giurisdizionale in ordine all'applicazione delle clausole generali. - 11. L'abuso del diritto, impianto ideologico e codificazione: evoluzione e definizione dell'istituto nella legislazione, nella giurisprudenza e nella legislazione europea. - 11.1. Abuso del diritto, clausole generali e valori costituzionali: la "normalizzazione" dell'esercizio dei diritti soggettivi e la "razionalizzazione" del sistema. L'"oggettivizzazione" dell'istituto e i rimedi alla configurazione dell'abuso. - 11.2. L'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: casistica. - 11.3. Abuso del diritto e recesso *ad nutum*. - 11.4. Le conseguenze derivanti dall'accertamento della violazione del divieto di abuso del diritto sul contratto e sulla posizione giuridica delle parti. - 11.5. La nozione di abuso del diritto nell'ordinamento comunitario. Il divieto di abuso quale criterio di esercizio dei diritti riconosciuti dal sistema comunitario nel rapporto con le legislazioni nazionali. - 12. L'*Exceptio doli* nel pensiero giuridico e nella dinamica delle relazioni intersoggettive. I rapporti tra l'eccezione generale di dolo e l'abuso del diritto nella dottrina e nella giurisprudenza. Casistica. - 13. Rilievi comparatistici: l'istituto dell'*estoppel* quale strumento di tutela dell'affidamento nel sistema di *common law*.

SEZIONE I

AUTONOMIA NEGOZIALE, AUTONOMIA CONTRATTUALE E TUTELA DELLA PERSONA

1. *Il rapporto tra autonomia privata ed ordinamento giuridico dalla prospettiva liberale alla legalità costituzionale.*

Il concetto di autonomia privata è tradizionalmente ricondotto al potere riconosciuto ai singoli di autoregolamentare i propri interessi secondo gli assetti o equilibri ritenuti più convenienti, nel rispetto dei limiti posti dall'ordinamento²¹⁷.

Nell'ambito della concezione liberale classica, come visto, l'autonomia negoziale assurge a vero e proprio dogma, quale espressione della libertà dell'individuo nei confronti dello Stato, il quale non poteva ingerirsi negli assetti sostanziali del regolamento di interessi convenuto dai privati contraenti, potendo solo porre dei limiti esterni volti a garantire l'uguaglianza formale delle parti nella negoziazione e la conformità della stessa a vincoli di rilevanza generale²¹⁸.

In questo contesto, quindi, si pongono gli istituti volti a garantire la correttezza del processo di autodeterminazione del privato nella negoziazione – quali i vizi del consenso, la rescissione per lesione, etc. – che non incidono direttamente sull'assetto sostanziale del regolamento negoziale -, e le clausole di liceità e di meritevolezza, che, invece, impongono la conformità dell'atto di autonomia ai principi e alle regole inderogabili dell'ordinamento²¹⁹. In particolar modo, dall'interpretazione di queste due clausole dipende l'adeguamento del contratto ai mutamenti ideologici e culturali intervenuti nel contesto socio-economico, assicurandone la sopravvivenza nel tempo.

L'esperienza italiana è sintomatica di tale duttilità, in quanto gli istituti definiti e disciplinati dal codice civile promulgato nel 1942 durante la vigenza di un ordinamento politico autoritario, in assenza di una Carta costituzionale di ispirazione democratica, sono sopravvissuti al mutamento della forma di Stato e di Governo in esito al secondo conflitto mondiale, adattandosi alle nuove finalità assiologiche ed alle funzionalità economiche dell'assetto di mercato, per inserirsi attualmente in un contesto ordinamentale unitario, caratterizzato dalla pluralità delle fonti di disciplina collocate dalla dimensione comunitaria a quella nazionale e regionale, convergenti nel riconoscimento dell'incidenza diretta dei valori e principi fondamentali posti a tutela della persona²²⁰.

217 v. SACCO, Voce "Autonomia nel diritto privato", in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 517, il quale rileva che il concetto di autonomia "indica la situazione di colui che è in grado di incidere sulle regole che lo riguardano (destinate cioè a operare nella sua propria sfera, o in altre sfere altrui ma con riflessi nella sfera sua propria o nella sfera dei suoi interessi)"

218 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 315, il quale, nel prendere le mosse per la ridefinizione del concetto di "autonomia privata" nella legalità costituzionale, rileva come nella impostazione tradizionale essa è individuata nel "potere, riconosciuto o concesso dall'ordinamento statale ad un individuo o a un gruppo, di determinare <<vicende giuridiche>> in conseguenza di comportamenti – in qualche misura – liberamente tenuti". L'illustre A., tuttavia, rileva come nella esposta definizione risieda "la libertà di regolare da sé le proprie azioni o, più precisamente, di consentire a tutti gli individui coinvolti in un comportamento comune di determinarne le regole mediante una concorde intesa. Non ostante si tratti di un quadro ideale, privo di compiuta attuazione storica, esso ha esercitato notevole influenza nel pensiero giuridico e nella prassi, ponendosi quale segno dell'esigenza giusnaturalistica di proteggere o riguadagnare spazi al valore della libertà individuale. Dietro il fascino della formula, tuttavia, non si è inteso altro che liberismo economico e traduzione in regole giuridiche di rapporti di forza mercantili".

219 v. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 136 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 420 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 799 ss.

220 v. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 92; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 237 ss.; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 3 ss.; ID., *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit., p. 33 ss.; MENGONI, *Note sul rapporto fra fonti*

In origine, l'autonomia negoziale si esplicava in un'area di libertà che lo Stato riconosceva ai privati e nella quale non accedeva, delimitandola soltanto esternamente²²¹; nel periodo del dirigismo politico, invece, essa costituiva il veicolo per la realizzazione degli obiettivi economici e sociali del regime, subendo un maggiore interventismo statale²²² (reiteratosi sotto altro profilo e con minore intensità, anche nel corso della legislazione "socialista" degli anni Sessanta-Settanta del secolo scorso²²³), per il quale la meritevolezza del regolamento privato era condizionata alla sua funzionalità all'interesse pubblico generale; con l'avvento della Costituzione repubblicana e dei diritti da essa contemplati, si sono avvicinate due fasi successive: una prima in cui si è riconosciuta la garanzia costituzionale dell'autonomia privata, a norma dell'art. 41 Cost., nei limiti della coerenza con l'utilità sociale e del rispetto della libertà, dignità e sicurezza della persona umana, limiti operanti dall'esterno, essendo riferiti al piano degli effetti che dall'atto di autonomia potevano discendere; una seconda fase, in cui, invece, i riferimenti costituzionali di cui all'art. 41 Cost. sono stati posti in relazione sistematica con i diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost. ed al principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3, comma secondo, Cost., con la conseguente penetrazione all'interno dell'atto di autonomia privata, funzionalizzandolo alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, in quanto espressivi della suprema valenza assiologica della persona nell'intero contesto ordinamentale²²⁴.

Si pone, pertanto, il problema di individuare il rapporto di indipendenza o interconnessione tra l'autonomia privata e l'ordinamento statale, chiarendo se l'atto negoziale derivi i propri effetti direttamente dalla volizione privata o necessiti di un riconoscimento normativo, diversamente gradato²²⁵.

di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri, in Diritto privato europeo e categorie civilistiche, cit., p. 23 ss.

221 v. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XV ss., - la cui posizione con riferimento al dato positivo del codice del '42 è abbastanza discutibile - il quale afferma "«<<Come hai voluto, così è il diritto>>, ripete ancora una volta sulle orme dei giustiniani il legislatore italiano, a cui spetta il duplice merito di avere escluso il suo intervento nella formazione dei negozi giuridici, la quale viene riservata in via di massima alla libera determinazione dei singoli, e di avere posto in evidenza che la sostituzione della voluntas ai verba lascia immutata la conseguenza che le parti sono arbitre di stabilire se e come vogliono fare sorgere o modificare o accertare o estinguere i loro diritti subbietivi".

222 v. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, cit., p. 222 ss.; PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, cit., p. 359 ss; non lascia margini di dubbio la Relazione del Guardasigilli al Re, sul libro IV "Delle Obbligazioni", n. 8, nella si afferma diffusamente che "L'autonomia privata non è limitata ai tipi di contratto regolati dal codice, ma può spaziare in una più vasta orbita, se il risultato pratico che i soggetti si propongono di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 152, 2° co.). Ciò vuol dire che l'ordine giuridico non appresta protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto; il che rappresenta ancora un vincolo alla volontà privata". Tali aspetti emergono con chiarezza nella Relazione n. 79 riferita alla causa del contratto, laddove si rileva come essa integri la funzione economico-sociale che "il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi, diffusi dall'art. 1322, 2° co., rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica".

223 v. DI MAJO, *Proposte per un avvio di discorso teorico sull'«uso alternativo» del diritto privato*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., p. 149 ss.; NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in *Gli anni Settanta del diritto privato. Atti del convegno (Palermo, 7-8 luglio 2006)*, cit., p. 18.

224 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 328 ss.; cfr. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 32 ss.; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 423; LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 1 ss.; VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 247 ss.;

225 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 775, il quale, in ordine al concetto di autonomia privata, rileva come "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

La soluzione è direttamente connessa all'impianto ideologico di base ed alla strutturazione del sistema delle fonti di produzione del diritto.

Il liberalismo borghese, che ha ispirato le codificazioni illuministiche dell'Ottocento, come si è già osservato, optava per la prima soluzione, relegando l'intervento statale al rispetto dei limiti esterni, volti a regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale col rispetto delle clausole di liceità.

Secondo tale costruzione, ispirata ad un rigido individualismo, l'iniziativa economica era prerogativa esclusiva dei privati ed espressione diretta delle loro libertà negative, limitative dell'incidenza diretta del potere dello Stato nei loro confronti²²⁶.

Tale assetto subiva una modificazione in presenza di un regime politico autoritario, che non poteva ignorare l'autonomia negoziale, la cui libera esplicazione avrebbe potuto introdurre una "carica" sovversiva all'interno dell'ordinamento costituito.

In questo contesto acquista rilievo l'orientamento sviluppatosi nel clima culturale ed ideologico che ha accompagnato la promulgazione del codice civile del 1942, secondo cui all'autonomia privata è riservato il potere di definire un assetto di interessi avente una valenza meramente sociale e destinato ad assumere rilievo giuridico solo a seguito del riconoscimento da parte dell'ordinamento statale²²⁷.

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. Prima ancora deve verificarsi se gli effetti giuridici sono frutto diretto ed immediato della volontà del privato ovvero si producono solo in seguito al comando normativo".

226 v. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XXVII-XXVIII, il quale espone compiutamente e diffusamente la propria impostazione liberale affermando, nell'Introduzione dell'opera citata, tra l'altro che "Siccome il codice odierno ha desunto dal precedente la massima categorica <<il contratto ha forza di legge fra le parti>>, non poteva confermare più nettamente di non aver voluto infrangere il cardine tradizionale della legislazione civile e cioè il dogma dell'autonomia della volontà individuale. Questo è dunque il principio generale del nostro diritto, al quale dobbiamo rifarci in caso di dubbio. [...] Da tali rilievi deriva come logica conseguenza che tutte le norme dirette a subordinare l'attività dei singoli alle determinazioni della pubblica autorità sono di indole eccezionale e quindi applicabili ai soli casi in esse indicati (arg. art. 14 disp. prel.)", in tal modo espressamente riconoscendo "l'autonomia della volontà individuale" come principio generale. Da queste considerazioni, quindi, l'A. ricava la conclusione secondo cui "dopo che in tanti anni di lutto e di strage abbiamo potuto misurare quale catastrofe sia per l'Individuo l'abdicare di fronte allo stato, la rilevanza di quella teoria sta essenzialmente nel suo valore di vita: nell'intendere cioè il negozio giuridico come l'espressione dell'autonomia della volontà e quindi come garanzia della libertà del Cittadino. Volere significa infatti scegliere: prima, se vincolarsi o non; poi, a quali condizioni farlo. Ma dire scegliere è lo stesso che riconoscere al singolo il potere di determinare personalmente la propria azione o la propria astensione, senza cioè dovere obbedire ad altri come uno schiavo che operi ad nutum: in breve, che egli sia libero di sé quando si obbliga".

227 Sul punto v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 41 ss. – fautore della teoria c. d. precettiva - il quale sostiene che "i negozi giuridici hanno la loro genesi sul terreno sociale: sorgono come atti coi quali i privati dispongono per l'avvenire un regolamento impegnativo d'interessi nei loro rapporti reciproci e si sviluppano spontaneamente sotto la spinta dei bisogni, per adempiere svariate funzioni economico-sociali, all'infuori dell'ingerenza di ogni ordine giuridico". L'illustre Maestro sottolinea come le diverse figure negoziali "sogliono germogliare nella vita sociale, all'infuori di ogni tutela da parte del diritto. Solo dopo che essi siano pervenuti a un certo grado di sviluppo ed abbiano subito il collaudo della pratica, l'ordine giuridico, partendo da valutazioni generali di contingente opportunità, ne garantisce gli effetti con le sanzioni sue proprie. Prima che tali sanzioni sopraggiungano essi vengono praticati nel traffico sotto la semplice tutela del costume e della correttezza. Solo la buona fede da osservare nella pratica degli affari impone dapprima il rispetto della parola data, e a questa attribuisce valore impegnativo nella considerazione sociale. Ora il diritto, quando si decide ad elevare i contratti in parola al livello di negozi giuridici, altro non fa che riconoscere, in vista della sua funzione socialmente rilevante, quel vincolo che, secondo la coscienza sociale, i privati stessi già per l'innanzi sentivano di assumersi nei rapporti fra loro. Non fa che rafforzare e rendere più sicuro tale vincolo, aggiungendovi la propria sanzione". L'A., quindi, conclude in sintesi assumendo che "codesta genesi che i negozi giuridici sogliono avere sul terreno sociale, in ordine all'esigenza della circolazione dei beni, mostra chiaramente come essi rampollino dall'iniziativa privata e siano essenzialmente atti coi quali i privati provvedono in vista di quell'esigenza a regolare da sé i propri interessi nei reciproci rapporti: atti di *autonomia privata* in questo senso, atti cioè di autodeterminazione, di autoregolamento dei propri interessi fra gli stessi interessati. Autoregolamento, che dalla coscienza sociale è già

La costruzione normativa che ne è seguita riconosce, infatti, solo allo Stato il potere di attribuire effetti giuridici ad una convenzione privata²²⁸, limitando l'autonomia negoziale delle parti sotto diversi aspetti: mediante un controllo di liceità delle contrattazioni tipiche, rispondente alla conformità della volizione privata all'ordine costituito; attraverso un giudizio di meritevolezza delle negoziazioni atipiche, relativo non già alla coerenza della convenzione all'ordine pubblico, ma alla sua funzionalità (già valutata dal legislatore *ex ante* nei contratti tipici) alla realizzazione dell'interesse generale, in un processo di "degradazione" dei diritti soggettivi al rango di "quasi" interessi legittimi, tutelati solo se strumentali alle finalità del regime²²⁹; mediante la previsione di istituti che sottraggono alcune aree disciplinari alla regolazione privata, riservandole a quella statale, come avviene nel caso dell'art. 1339 c. c., che prevede l'inserzione automatica di clausole previste dalla legge nel regolamento negoziale e la nullità di quelle convenzionali da esse difformi ai sensi dell'art. 1419, comma secondo, c. c.²³⁰; riservando alla gestione pubblica determinati settori di iniziativa economica (monopoli) o statuendo l'obbligo di contrarre con specifici soggetti (come nel caso dei rapporti di assicurazione) o di contrarre a richiesta dell'altra parte (come nei servizi svolti in regime di concessione)²³¹.

A questa limitata analisi, avente scopo descrittivo delle ingerenze pubbliche nell'autonomia contrattuale, si uniscono ulteriori istituti di settore, riscontrabili nell'ambito della disciplina codicistica e della normativa speciale.

Questa impostazione di base non è condivisibile nell'attuale contesto ordinamentale, in cui, ferma restandone l'unitarietà, si impone la considerazione di fattori ulteriori, quali: la promulgazione della Carta costituzionale che colloca la persona e la sua dignità al vertice del sistema assiologico²³²; l'inquadramento del sistema giuridico nazionale nell'ambito sovranazionale, originato dall'ingresso del nostro Paese nell'Unione europea²³³.

Emerge una nuova configurazione del principio di legalità²³⁴, non più ancorato al rispetto della legge dello Stato, ma immedesimato nei principi fondamentali di derivazione costituzionale e comunitaria²³⁵, a cui la normazione positiva di rango inferiore deve obbedire ed alla cui realizzazione l'iniziativa economica privata deve concorrere.

considerato siccome impegnativo per le parti prima ancora che l'atto assorga a dignità di negozio giuridico". Su questo assetto, "la sanzione del diritto si presenta come qualcosa di aggiunto e di logicamente posteriore: per l'appunto, come un riconoscimento di autonomia. In virtù di tale riconoscimento i negozi della vita privata assorgono alla dignità di negozi giuridici e diventano *strumenti* che il diritto stesso mette a disposizione dei privati per dare assetto ai propri interessi nella vita di relazione, quindi per dare vita e sviluppo ai *rapporti* fra loro: e pertanto rimangono pur sempre atti di autonomia privata".

228 v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 46 ss., il quale sostiene che il negozio giuridico deve essere concepito quale "atto di autonomia privata, cui il diritto ricollega la nascita, la modificazione o l'estinzione di rapporti giuridici fra privato e privato. Tali effetti giuridici si producono in quanto sono disposti da norme le quali, assumendo per presupposto di fatto l'atto di autonomia privata, ad esso li ricollegano siccome a fattispecie necessaria e sufficiente"; TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, p. 42 ss.; per una chiara spiegazione della teoria precettiva, v. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 778; C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 19.

229 v. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, cit., p. 359 ss.; BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, cit., p. 222 ss.

230 v. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit, p. 1 ss.; SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 1 ss.; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., p. 1 ss.

231 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 781 ss.

232 v. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2006, p. 375 ss.

233 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 237 ss.; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 3 ss.; ID., *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit., p. 33 ss.; CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, cit., p. 119 ss.

234 v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 344.

235 v. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003.

Viene, quindi, superata la concezione illuministica che identificava nell'autonomia privata il profilo saliente delle libertà che l'individuo rivendicava nei confronti dello Stato, recependosi una nuova prospettiva volta a riconnetterla alle prerogative esistenziali e primarie della persona²³⁶.

Tale impostazione supera sia il rigido individualismo liberale che riconduceva alla "signoria" privata l'autonomia negoziale senza ingerenze esterne, sia il dirigismo autoritario che la aveva funzionalizzata alla realizzazione dell'interesse pubblico generale, per "inglobarla" nella legalità costituzionale, tanto da renderla uno strumento di "attuazione" dei principi fondamentali, divenendo sintesi tra "i valori liberamente scelti, le regole liberamente stabilite e i valori preminenti e talvolta inderogabili indicati nel quadro di riferimento costituzionale"²³⁷.

Ciò che emerge, nell'attuale contesto è una visione dell'autonomia privata non già svincolata ed indipendente dal resto dell'ordinamento, bensì in esso inserita e concorrente per la realizzazione di obiettivi comuni o distinti, ma tra essi compatibili²³⁸.

Cosicché è più corretto parlare di atto di autonomia, inteso quale atto iniziale di impulso posto in essere dai privati per regolare uno specifico assetto di interessi, alla cui definizione concorrono, in misure variabili, molteplici fattori di natura positiva o giudiziale, volti ad orientarlo funzionalmente alla attuazione dei principi costituzionali²³⁹.

Come sottolineato da autorevole dottrina, in realtà, l'atto di autonomia non ha una fisionomia univoca ed indifferenziata, diversamente caratterizzandosi a seconda dell'interesse alla cui realizzazione è sotteso (si pensi alle differenze che intercorrono tra il settore del diritto di famiglia e quello dei contratti commerciali). Questa precisazione rende più corretto il riferimento agli "atti" di autonomia privata, al posto di un loro inquadramento unitario, poiché ciascuno di essi ha un fondamento costituzionale particolare, la cui incidenza è tanto più intensa sulla autoregolazione privata, quanto più è rispondente alle prerogative esistenziali della persona²⁴⁰.

236 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 316, il quale rileva come la concezione liberale della libertà risulti "radicalmente mutata entro la gerarchia costituzionale dei valori, ove la libertà non si identifica con l'iniziativa economica: la libertà della persona, e la conseguente responsabilità, oltrepassa e subordina a se stessa l'iniziativa economica".

237 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 290-291, il quale afferma che "ogni potere, espressione di autonomia regolamentare, in un contesto costituzionale fondato sulla divisione dei poteri, non può essere esercitato senza il rispetto delle competenze e del quadro giuridico complessivo nel quale trova il proprio riconoscimento. Ne consegue, in una situazione articolata e complessa come quella contemporanea, che l'esercizio del potere di dettare regole o di autoregolarsi finisce sempre con l'integrarsi con l'esercizio degli altri poteri, siano o no dello stesso rango e della stessa natura. Sì che l'autonomia c. d. privata, in termini di effettività, si integra con gli altri poteri e confluisce, come parte ora attuativa e conformata ora creativa e costitutiva, nell'ordinamento complessivo, quale insieme di principi e di regole predisposte e attuate con la funzione di dettare ordine nella società. Anche l'autonomia, esercitata *iure privatorum*, è sintesi di valori scelti e di valori imposti, è auto ed etero-regolamentazione. Nell'essere attuativa e creativa contribuisce ad alimentare l'ordinamento, traendo ad un tempo da esso la fonte primaria della propria legittimazione, che pur esige e giustifica un riscontro sulla effettiva armonizzazione tra valori liberamente scelti, le regole liberamente stabilite e i valori preminenti e talvolta inderogabili indicati nel quadro di riferimento costituzionale".

238 cfr. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in *Persona e mercato*, a cura di Vettori, cit., p. 33 ss.

239 v. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 323; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 215 ss.; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 65 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 76 ss.

240 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 327-328, il quale afferma che "Il tentativo d'individuare il fondamento dell'autonomia nella garanzia costituzionale dell'iniziativa economica privata (art. 41 cost.), è parziale: l'autonomia negoziale non si identifica e non si esaurisce con gli atti di impresa. La negoziazione avente per oggetto situazioni soggettive non patrimoniali – di natura personale ed esistenziale – non si può non collegare al principio generale di tutela della persona umana

In questo quadro teorico l'autonomia contrattuale costituisce solo una delle sfumature dell'autonomia privata – benché la più intensa –, fermo restando che ciascuna di esse debba essere coerente e funzionale ai valori fondanti dell'ordinamento giuridico, nell'attuale contesto costituiti dalla solidarietà sociale e dal *favor personae*.

Il processo di costituzionalizzazione del diritto privato ha determinato una rimodulazione di tutti gli istituti negoziali, imponendone la coerenza assiologica e la funzionalizzazione alla tutela dei diritti fondamentali²⁴¹.

Questa prospettiva, infatti, consente di "reinterpretare" disposizioni di ispirazione dirigitica in senso strumentale alla realizzazione dei valori primari di ispirazione personalistica²⁴².

I principali meccanismi espressivi dell'interventismo statale nel sistema contrattuale definito dai privati, quali la inserzione automatica di clausole (art. 1339 c. c.), l'integrazione del regolamento negoziale da parte della legge, degli usi e dell'equità (art. 1374 c. c.)²⁴³, introducendo nel contratto elementi eteronomi, possono, infatti, garantire anche il rispetto dei principi democratici e solidaristi.

In sostanza, il contratto è attualmente la risultante del concorso di fonti ulteriori rispetto all'atto di iniziativa privata, stante l'incidenza su di esso di principi costituzionali e comunitari, della legge e dell'integrazione giudiziale, superando l'arcaica struttura di matrice esclusivamente volontaristica e configurandosi come la "sintesi di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione"²⁴⁴.

2. *La meritevolezza dell'interesse: dalla visione corporativistica alla rilettura costituzionale. Il rapporto tra meritevolezza e liceità. "Ragionevolezza" e "proporzionalità" quali elementi del giudizio di meritevolezza. Il superamento della distinzione tra "tipicità" e "atipicità" contrattuale alla luce del giudizio di meritevolezza.*

L'art. 1322 c. c., che positivizza la c. d. libertà contrattuale, affermando che le parti possono concludere anche contratti non corrispondenti ai tipi predeterminati dal legislatore, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ha profondamente innovato il previgente sistema negoziale.

L'introduzione di un siffatto giudizio di meritevolezza ha rappresentato una significativa novità rispetto al passato, ammettendo la possibilità di valutare la manifestazione di volontà dei privati non preventivamente disciplinate dal legislatore, alla luce di criteri elastici non predeterminati²⁴⁵.

(art. 2 cost.). gli atti di autonomia hanno dunque fondamenti diversificati in funzione dei valori e degli interessi da realizzare: gli atti esistenziali trovano sostegno non nell'art. 41, ma negli artt. 2, 3, 13 e 32 cost; gli atti associativi hanno, invece, quali referenti normativi gli artt. 2, 3 e 18 cost.; gli atti di famiglia hanno, a loro volta, fondamento negli artt. 1 e 35 ss. cost.; gli atti di lavoro subordinato trovano supporto negli artt. 1 e 35 ss. cost."

241 v. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., 2001, p. 7, il quale rileva come "la costituzione corregge l'individualismo originario della teoria dei diritti umani: nella sua prospettiva l'esercizio dei diritti individuali è temperato dal principio di solidarietà".

242 cfr. RESCIGNO, *Rilettura del codice civile*, in *I cianquant'anni del codice civile (Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992)*, Milano, 1993, p. 9 ss.

243 cfr. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., p. 1 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 2 ss.

244 v. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 351

245 In generale v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 812-813; MESSINEO, Voce "Contratto innominato", in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 95 ss.

L'innovazione era chiaramente di ordine ideologico, essendo tesa a subordinare la validità della pattuizione "atipica" ad un vaglio di coerenza con i principi ispiratori, etici e sociali, del vigente ordinamento²⁴⁶.

Infatti, se per i contratti "tipici", il predetto vaglio di coerenza era stato preventivamente attuato dal legislatore nella definizione della disciplina codicistica e si richiedeva il solo controllo "esterno" di liceità, per quelli "atipici", esso si imponeva sul piano "interno, ossia sul concreto assetto negoziale, onde evitare che le parti potessero addivenire a pattuizioni eversive dell'ideologia ispiratrice del regime vigente²⁴⁷.

Nel clima culturale in cui il codice civile fu promulgato, contrassegnato dall'ideologia corporativo-nazionalistica fascista, la meritevolezza dell'atto era subordinata alla sua utilità sociale, ossia alla sua rispondenza alle finalità economico-politiche del regime²⁴⁸.

La conferma inequivocabile di tale indirizzo autoritativo dell'autonomia traspariva dalla Relazione al Re del Guardasigilli sul libro <<Delle obbligazioni>>, laddove si indicavano quali parametri del giudizio di meritevolezza la "coscienza civile e politica", i "principi ispiratori dell'economia nazionale", il "buon costume" e l'"ordine pubblico", accordandosi la protezione dell'ordinamento solo a "funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale", in quanto tali meritevoli di essere tutelate²⁴⁹.

Esplicitamente, quindi, l'evanescente concetto dell'utilità sociale - al cui concreto riscontro era volto il sindacato di meritevolezza - veniva a porsi quale "vincolo alla volontà privata", assurgendo al ruolo di requisito di validità delle pattuizioni atipiche.

Nell'esposta visione corporativistica si profilava una distinzione netta tra liceità e meritevolezza, la prima riferendosi al rapporto "esterno" e "formale" del contratto con i precetti legislativi, la seconda riguardando il profilo "interno" del negozio, relativo alla coerenza dell'interesse "concretamente" perseguito dalle parti con l'utilità sociale²⁵⁰.

Conseguentemente, il concetto di meritevolezza risultava strettamente legato e sovrapponibile a quello di causa, intesa quale obiettiva funzione economico-sociale del contratto, in quanto "sintesi de'suoi elementi essenziali", ossia "totalità e unità funzionale" in coerenza con l'utilità sociale²⁵¹.

246 v. GUARNERI, Voce "*Meritevolezza dell'interesse*", in *Dig. it. - sez. priv.*, Torino, 2008, p. 324-325, il quale accomuna la ratio del riferimento alla meritevolezza all'uso della clausole generali, affermando che "Un simile fenomeno attesta il prevalere nella redazione finale del codice di una scuola di pensiero, fino ad allora minoritaria, che sull'onda del modello germanico nazionalsocialista propugna la sempre più larga utilizzazione delle clausole generali al fine di trasferire all'interno del sistema del diritto civile principi politici metalegali, elaborati dai rappresentanti del regime fascista".

247 La Relazione del Guardasigilli al Re, sul libro IV "Delle Obbligazioni", al riguardo affermava che "Un controllo di corrispondenza obiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico è inutile se le parti utilizzano i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificamente disciplinati, perché in tal caso la corrispondenza stessa è stata apprezzata e riconosciuta dalla legge col disciplinare il tipo particolare di rapporto: si tratterà allora [...] soltanto di indagare se per avventura la causa considerata non esiste in concreto o sia venuta meno. in ogni altro caso, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, deve rimanere fermo che il rapporto è suscettibile di valutazione da parte del giudice, diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell'ordinamento giuridico".

248 v. GUARNERI, Voce "*Meritevolezza dell'interesse*", cit., 326; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 199 ss.; D'EUFEMIA, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, 1942, p. 79 ss.

249 Sintomatico della concezione "politica" di "utilità sociale" sottesa al sistema codicistico è l'esempio che il Guardasigilli fa nella sua relazione al Re sul Libro IV "Delle Obbligazioni", laddove esclude la meritevolezza di "un contratto col quale alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte".

250 cfr. AA. VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943; v. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, cit., p. 359 ss.

251 v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 183, il quale afferma che "la causa o ragione del negozio s'identifica con la *funzione economico sociale* del negozio intero,

La coincidenza della meritevolezza con la causa era strumentale alla funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale agli obiettivi socio-economici del regime, come si desumeva dalla più autorevole dottrina dell'epoca, secondo cui un regime, volto a favorire lo sviluppo collettivo mediante la valorizzazione delle iniziative individuali, non avrebbe potuto esimersi dall'apprezzamento sostanziale della rispondenza all'utilità sociale anche dei contratti tipici, attesa la possibilità che questi potessero essere praticati per finalità futili ed individualistiche²⁵².

In sostanza, l'autonomia meritevole sul piano negoziale superava l'astratta liceità, ossia la conformità ai precetti di legge ed includeva la destinazione dell'attività negoziale alla realizzazione di interessi caratterizzati anche dalla utilità sociale, intesa come convergenza agli interessi della collettività nazionale²⁵³.

Il principio di meritevolezza ha, poi, subito un graduale ridimensionamento con il mutamento della forma di Stato in Repubblica e l'avvento dei principi democratici, che hanno indotto dottrina e giurisprudenza a sostenerne un'interpretazione restrittiva e sostanzialmente coincidente con il concetto di liceità.

Tale impostazione è stata effetto di una reazione ai tentativi di ideologizzazione del diritto privato, secondo una concezione marcatamente sociale, per restituirlo alla libera volontà dei contraenti esercitata nei limiti di legge.

Al fine, quindi, di evitare che il vaglio di meritevolezza potesse rappresentare lo strumento attraverso cui il giudice avrebbe potuto incidere sulla validità del contratto facendo valere il proprio apprezzamento discrezionale riferito a fattori ulteriori rispetto a quelli della conformità astratta della pattuizione all'ordinamento giuridico, si è ritenuto che esso non fosse altro che la riproposizione del giudizio di liceità riferito ai negozi non rispondenti ai "tipi" legali, e che avrebbe dovuto avere ad oggetto il mero accertamento della compatibilità astratta della causa dedotta nel rapporto con le norme imperative, l'ordine pubblico ed il buon costume²⁵⁴.

In pratica, la meritevolezza veniva riferita al profilo esterno del contratto, attinente al rapporto di conformità all'ordinamento positivo.

Lo scenario è decisamente mutato a seguito della crescente attenzione della dottrina per la rilevanza concreta dei profili sociali di ispirazione costituzionale, a cui è informato l'ordinamento vigente²⁵⁵.

Tale processo, accompagnato dal riconoscimento – quanto mai attuale - del ruolo centrale delle clausole generali nel sistema negoziale, come "valvole" di ingresso nel regolamento

ravvisato spoglio della tutela giuridica, nella *sintesi* de' suoi elementi essenziali, come totalità e unità funzionale in cui si esplica l'autonomia privata. La causa è, in breve, la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata. Gli elementi necessari per l'esistenza del negozio sono anche elementi indispensabili della funzione tipica che è sua caratteristica. La sintesi loro, come rappresenta il tipo del negozio, in quanto negozio causale, così ne rappresenta anche la funzione tipica".

252 v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 197, il quale sottolineava come "Per chi tenga presente la socialità della funzione normativa, l'art. 11343 non può significare, a contrario, che il diritto riconosca ogni causa di contratto, purché non sia <<illecita>>, cioè riprovata dalla legge o dalla coscienza sociale. La liceità è bensì condizione necessaria, ma non condizione sufficiente di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto; per ottenere questo la causa deve rispondere anche a un'esigenza durevole della vita di relazione, a una funzione d'interesse sociale, che solo il diritto – attraverso l'apprezzamento della giurisprudenza – è competente a valutare nella idoneità a giustificare positivamente la sua tutela".

253 v. D'EUFEMIA, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*, cit., p. 77 ss.

254 v. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 199 ss.

255 cfr. LUCARELLI, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 171 ss.; LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 489 ss.; CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sulla autonomia privata*, Milano, 1971, p. 178 ss.; GUARNERI, Voce "Meritevolezza dell'interesse", cit., p. 327 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 314 ss.; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 423 ss.

privato di valori superindividuali²⁵⁶, benché originariamente volto ad enfatizzare la "funzione sociale" posta dalla Costituzione a temperamento del diritto di proprietà²⁵⁷, è stato successivamente impostato sul riconoscimento della "solidarietà sociale" e del "*favor personae*", quali limiti interni all'esercizio dell'autonomia negoziale.

Il giudizio di meritevolezza, quindi, riacquisita la sua autonomia concettuale ed operativa, non è stato più interpretato nel senso di vaglio di compatibilità del regolamento privato con l'interesse pubblico allo sviluppo dell'economia nazionale, bensì, quale accertamento della funzionalità dell'assetto contrattuale alla realizzazione dei valori costituzionali posti a tutela della persona.

Il riconoscimento dell'incidenza diretta dei principi costituzionali sui rapporti intersoggettivi ha fatto sì che non ci si possa più riferire all'autonomia privata in termini astratti e formali, dovendosi, per contro, apprezzare la meritevolezza della singola e concreta attività di autoregolamentazione posta in essere dal privato.

Consequentemente, la meritevolezza dell'atto di autonomia è subordinata alla sua coerenza e funzionalità alla realizzazione dei valori fondamentali cui è improntato l'ordinamento colto nella sua dimensione unitaria²⁵⁸.

Il relativo giudizio deve considerare la conformità dell'atto negoziale all'impianto assiologico di base e agli interessi concreti perseguiti²⁵⁹.

Tale impostazione, sostenuta da autorevole dottrina, muta radicalmente i parametri di base che tradizionalmente guidavano l'accertamento di meritevolezza.

Infatti, questo si sgancia dalla tendenza astratta volta ad immedesimare la meritevolezza dell'atto con la sua funzionalità commerciale - ossia a ritenere meritevole il negozio giuridico coerente con le istanze economiche emergenti dal mercato e compatibili con l'ordine pubblico statale - e si riempie di contenuti assiologici di ispirazione personalistica, al fine di elevare a criterio di validità dell'atto di autonomia la sua rispondenza ai valori costituzionali, posti al vertice dell'ordinamento giuridico²⁶⁰.

In questo rinnovato assetto interpretativo emerge con rinnovato vigore la nettezza della distinzione tra liceità e meritevolezza: la prima è confinata ad una funzione di controllo "esterno" dell'atto di autonomia relativamente al rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume, ossia di elementi positivizzati nella normazione vigente o da essi

256 v. NATOLI, *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di Cassazione*, in *Scritti per Barillaro*, Milano, 1982, p. 345 ss.; GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 52 ss.; cfr. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 207 ss.

257 v. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1252 ss.; IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, cit., p. 3 ss.; GIANNINI, *Le basi costituzionali della proprietà privata*, cit., p. 445 ss.

258 v. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 1 ss.; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 423 ss.

259 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 336-337, il quale rileva come "L'iniziativa economica privata, benché definita libera (art. 41, comma 1, cost.), è sottoposta a controlli, a programmi, ad interventi da parte del legislatore - e non soltanto del legislatore - non più finalizzati ad un regime di autarchia e ispirati ad un principio corporativistico, ma rivolti a realizzare un sistema diverso con all'apice valori nuovi. La Costituzione ha operato un capovolgimento qualitativo e quantitativo dell'assetto normativo. I c. dd. limiti all'autonomia, posti a tutela dei contraenti deboli, non sono più esterni ed eccezionali, ma interni, espressione diretta dell'atto e del suo significato costituzionale. L'attenzione si sposta dal dogma dell'autonomia all'atto da valutare non soltanto isolatamente, ma nell'ambito dell'attività svolta dal soggetto. Il giudizio di meritevolezza va espresso sull'iniziativa concreta, verificando tra l'altro l'adeguatezza dell'atto e degli strumenti adoperati per raggiungere il risultato e lo svolgimento dell'iniziativa nella concatenazione degli atti, in una visione procedimentale".

260 v. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sulla autonomia privata*, cit., p. 178 ss.; LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, cit., p. 489 ss.

desumibili; la seconda è orientata a valutarne la conformità "interna" e concreta con i valori fondamentali su cui è edificato l'intero ordinamento giuridico²⁶¹.

Tuttavia, non è mancata in tempi più recenti anche la voce discorde di chi ha ritenuto l'incongruenza del giudizio di meritevolezza con l'attuale ordinamento, in quanto, stante il suo carattere generico e non predeterminato nei particolari, potrebbe aprire la strada ad un controllo ideologico da parte dell'interprete-giudice, investito del potere di invalidare il negozio giuridico sol perché da lui ritenuto non corrispondente ad un'apprezzabile funzione sociale²⁶².

Senonché la preoccupazione di cui è foriera l'esposta tesi può essere agevolmente superata "incanalando" l'apprezzamento giudiziale sulla meritevolezza entro gli "argini" dell'assiologia costituzionale ed in particolar modo facendo riferimento ai principi di sistema che da questa discendono, quali la ragionevolezza e la proporzionalità.

La ragionevolezza emerge quale criterio di giudizio diffusamente adoperato nelle pronunce della giurisprudenza costituzionale, seppur secondo accezioni differenti, idonee a configurarla come "principio implicito"²⁶³ dell'ordinamento, volto a ricondurre lo stesso a razionalità²⁶⁴.

L'intermediazione della ragionevolezza, infatti, consente al sistema normativo astratto di adeguarsi alla realtà fenomenica in modo equilibrato, realizzando un rapporto di coerenza logica tra gli interessi contrapposti²⁶⁵.

Il principio in esame, quindi, esplica la sua funzione sul piano "qualitativo", operando un raccordo, in sede di bilanciamento, tra i valori eterogenei riguardati dalla fattispecie concreta.

La dottrina ha rilevato come la composizione di interessi e valori antitetici, in un ordinamento unitario ispirato alla legalità costituzionale, non riguardi esclusivamente la sfera pubblicistica, relativa al giudizio di legittimità degli atti normativi rispetto alla Legge fondamentale, ma si estenda necessariamente anche a quella privatistica dei rapporti negoziali in cui viene concretamente ad esplicarsi l'attività umana²⁶⁶.

261 v. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 459, il quale afferma che "il giudizio sulla meritevolezza dell'interesse non può [...] prescindere dalla scelta costituzionale nel senso che l'iniziativa privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo di recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 41). questi due principi escludono il ritorno all'antica concezione liberale del contratto, e indicano che la causa dev'essere quanto meno compatibile con l'utile sociale. la causa, cioè, non può reputarsi meritevole di tutela quando l'interesse perseguito non risulta conforme alle esigenze della comunità rilevanti secondo i parametri costituzionali e secondo la concezione sociale e solidaristica"; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 186 e 190, il quale sostiene che "La circostanza che un'operazione negoziale e il suo risultato possano rientrare in schemi legali tipici non significa anche che meritino tutela da parte dell'ordinamento. Né si può incorrere nell'equivoco per cui il controllo di corrispondenza del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico sia superfluo laddove le parti utilizzino i modelli tipizzati legalmente, quasi che vigesse, per questi ultimi, una presunzione di liceità e meritevolezza dell'interesse con essi perseguito e residuasse unicamente per le figure atipiche la necessità di procedere al controllo in discorso". In virtù di queste considerazioni, deve ritenersi che una volta incentrata "l'attenzione sui profili teleologici degli atti di autonomia ed una volta che si consideri organico ed unitario (soprattutto assiologicamente) il rapporto tra l'autonomia negoziale e le altre fonti di disciplina del fatto, la meritevolezza del negozio altro non è che la coerenza di esso ai valori sottesi alle fonti gerarchicamente sovraordinate".

262 v. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 324 ss.; ID., *Voce "Ordine pubblico"*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, p. 1040 ss.

263 v. GIORGINI, *Ragionevolezza ed autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 191, la quale delinea espressamente i caratteri della ragionevolezza, intesa "quale principio implicito e immanente dell'ordinamento che si esplicita attraverso il bilanciamento di interessi". L'A. proseguendo in questo studio approfondito, rileva come "deporrebbe, del resto – quale maggiore prova della sicura appartenenza della ragionevolezza tra i principi impliciti dell'ordinamento – l'inclusione della stessa tra le norme parametro nei giudizi di legittimità costituzionale".

264 v. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di La Torre e Spadaro, Torino, 2002, p. 98 ss.

265 v. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 37 ss.

266 v. P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 936 ss.

Queste considerazioni esprimono proprio la necessità di superare il rigido divisionismo tradizionale tra sfera pubblica e sfera privata, atteso che entrambe trovano il proprio denominatore comune nei principi fondamentali dell'ordinamento, idonei ad imporre una concezione unitaria²⁶⁷.

Aderendo al su esposto impianto teorico, appare chiaro il ruolo che il principio di ragionevolezza viene a svolgere nell'ambito del giudizio di meritevolezza, incidendo sull'individuazione dell'interesse meritevole sul piano "qualitativo", ossia mediante un bilanciamento dei valori eterogenei sottesi alla manifestazione negoziale oggetto di valutazione, onde addivenire ad un rapporto di equilibrio tra gli stessi²⁶⁸.

Il principio di proporzionalità²⁶⁹ – come meglio si vedrà nel corso del seguente capitolo -, di derivazione comunitaria, ma non estraneo al sistema normativo costituzionale ed ordinario²⁷⁰, implica, invece, un controllo di ordine "quantitativo" tra le prestazioni dedotte nel rapporto contrattuale, il cui equilibrio (non già l'equivalenza) consente di poter affermare la conformità sostanziale dell'operazione negoziale ai valori costituzionali della solidarietà e dell'eguaglianza in cui si esprime il primato assiologico della persona²⁷¹.

In sintesi, quindi, la meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti, resta subordinata sia alla valutazione "qualitativa" della ragionevolezza - la quale implica il bilanciamento di "elementi disomogenei, non comparabili che coinvolgono interessi non quantificabili" perchè eventualmente di natura non patrimoniale – sia alla valutazione "quantitativa", attinente il rapporto di proporzionalità intercorrente tra le prestazioni dedotte nel contratto, e che concerne "elementi di raffronto omogenei, comparabili e quantificabili"²⁷².

267 v. CASUCCI, *Il principio proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2000, p. 67 ss.; cfr. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 1977, p. 10 ss.

268 v. GIORGINI, *Ragionevolezza ed autonomia negoziale*, cit., p. 202 ss., la quale rileva come "la ragionevolezza si inserisce nella dinamica di selezione degli interessi meritevoli di tutela e, dunque, nel più ampio contesto della giustizia contrattuale. [...] La ragionevolezza parrebbe non identificarsi, o meglio sovrapporsi, con il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c. c., in quanto quest'ultimo presuppone la ragionevolezza ma non si risolve in essa. Primariamente la differenza va ancora una volta ricondotta alla natura di principio della ragionevolezza. La descritta natura di principio di per sé la contraddistinguerebbe dalla meritevolezza che rappresenta, invece, un vero e proprio giudizio di valore sull'atto, al pari del giudizio di patrimonialità sulla prestazione dedotta in obbligazione". Pertanto, quindi, "il giudizio di meritevolezza nell'implicare in sé un bilanciamento, da ricondursi sicuramente al bilanciamento procedimentale, impone anche il bilanciamento in concreto quale "produzione" della norma da applicare al caso concreto (ragionevolezza). In altre parole, nella determinazione della meritevolezza dell'atto, il bilanciamento rappresenta la procedura da seguire al fine di valutare la possibilità per l'atto negoziale di realizzare in pratica i valori espressi dall'ordinamento giuridico, quale coerente sviluppo di premesse sistematiche poste nella Carta costituzionale".

269 v. CASUCCI, *Il principio proporzionale nel diritto privato comunitario*, cit., p. 13 ss.;

270 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 383 ss., il quale fa riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 36, 38, 53 e 97 Cost., nelle quali opera alla stregua di criterio di struttura, ma anche agli artt. 2873, 2875 c. c., in tema di garanzie reali, e all'art. 1941 c. c., relativo alle garanzie personali all'adempimento.

271 v. FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001, p. 105, il quale rileva come "il principio comunitario di proporzionalità postula adeguatezza tra norme e interessi propri delle fattispecie da esse regolate. Si pone come parametro di valutazione delle norme statali o sovrazionali nei rapporti tra le istituzioni e i privati"; v. anche EMILIOU, *The principle of proportionality in European Law*, London, 1996"; v. nell'ottica comunitaria D'ALESSANDRO, *Principio di proporzionalità comunitaria e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 2515.

272 Tale differenziazione dei diversi piani operativi dei due principi è svolta da P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio della posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di Ferroni, Napoli, 2002, p. 52, il quale rileva come "la sfera di operatività del principio di proporzionalità nei contratti appare costituita da un collegamento tra elementi di raffronto omogenei, comparabili e quantificabili. La proporzionalità tende ad essere un principio, che valenza sul piano quantitativo e determina, ma non sempre, la conseguenza della riduzione del contratto. Viceversa, quando il collegamento è tra elementi disomogenei, non comparabili che coinvolgono interessi non quantificabili, ad esempio, non patrimoniali, ne

Si tratta di un giudizio unitario inerente alla singola e concreta operazione negoziale posta in essere dai privati, rispondente sia ad uno "schema" tipico, che ad una fattispecie "atipica".

Deve, pertanto, condividersi l'assunto teorico secondo cui la clausola di meritevolezza può essere utilizzata al fine di mediare tra le istanze mercantili e quelle di giustizia sostanziale, al fine di assicurare l'equilibrio del regolamento negoziale tanto dal punto di vista normativo, quanto da quello economico²⁷³.

Le osservazioni esposte inducono a mettere in discussione la validità della distinzione disciplinare tra contratti "tipici" e contratti "atipici". Oltre che per le ragioni di ordine sistematico-interpretative segnalate dalla dottrina più attenta²⁷⁴, la linea di demarcazione tra le due categorie negoziali è divenuta incerta e inconsistente considerando che le figure "tipiche" predeterminate dal legislatore in astratto, pur essendo conformi alle prescrizioni positive, potrebbero, nella loro concreta applicazione, soddisfare un interesse immeritevole, in quanto non coerente con i principi solidaristici e personalistici.

Tale situazione di inconferenza della distinzione si avvera nella ipotesi emblematica di un contratto che, pur legittimamente e consapevolmente concluso dalle parti, realizza un rapporto economicamente squilibrato in misura eccessiva tra le prestazioni, al punto da non risultare coerente con le logiche solidali ed egualitarie emergenti dalla Costituzione²⁷⁵.

Anche in tema di penale manifestamente eccessiva, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto, in considerazione dell'immeritevolezza "concreta" della pattuizione, il poterdovere del giudice di disporre la riduzione proporzionale ad equità²⁷⁶.

Per la rilevanza prioritaria che i valori fondamentali assumono nell'ordinamento giuridico appare ragionevole e corretto sottoporre a giudizio di meritevolezza qualsiasi pattuizione privata, "tipica" o "atipica", al fine di valutarne la conformità logica e funzionale rispetto all'assetto normativo vigente.

In sintesi, tale giudizio costituisce un controllo di coerenza dell'atto di autonomia privata con la legalità costituzionale.

conseguire un bilanciamento tra questi, che non può tradursi sul piano della quantità, ma esige necessariamente una valutazione qualitativa. In queste ipotesi entrano in funzione sia il principio della ragionevolezza sia il principio dell'adeguatezza. La meritevolezza di tutela, pertanto, non può ispirarsi esclusivamente all'aspetto meramente quantitativo".

273 v. LANZILLO, *Regole di mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 333 ss.

274 Al riguardo un accurata esposizione delle motivazioni che inducono a sostenere un superamento della distinzione tra contratti tipici e atipici è rinvenibile in Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 351 ss.

275 v. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 423 ss.; LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, p. 1 ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto e le sue tutele*, Milano, 2000, p. 1 ss.; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2000, p. 32 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 1 ss.; MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 257 ss.

276 v. BERTELOTTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 540 ss.; BATTELLI, *La riduzione della clausola penale ex officio*, in *Contr.*, 2007, II, p. 43; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 54; MEDICI, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 321 ss.; CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 297 ss.; Cass. civ., Sez. Un., sentenza 24 settembre 1999, n. 10511.

2.1. *La rilettura costituzionale del principio di meritevolezza nella innovazione normativa di cui all'art. 2645-ter c. c. sugli atti di destinazione.*

La concezione assiologica della meritevolezza è stata confermata dalla innovazione normativa del 2006, che ha introdotto nel codice civile l'art. 2645-ter c. c. in tema di atti di destinazione.

Questa disposizione, collocata per una maldestra tecnica legislativa nell'ambito delle norme disciplinanti la trascrizione, definisce una fattispecie incompleta di cui difficilmente può sostenersi la tipicità e rispetto alla quale emerge la necessità di un'integrazione per mezzo di clausole negoziali desumibili, anche per via analogica, dai requisiti di struttura propri degli atti di destinazione specificamente disciplinati dal codice civile²⁷⁷.

La nuova norma consente di derogare all'art. 2740 c. c., relativo alla responsabilità patrimoniale illimitata del debitore²⁷⁸, limitatamente agli atti di destinazione finalizzati "*alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma*".

Il richiamo di quest'ultima norma ha notevolmente inciso sulla sfera di ammissibilità degli atti di destinazione particolare, estendendola alle ipotesi di realizzazione di interessi meritevoli di tutela, riferibili ad enti o persone fisiche dotati di autonomia negoziale, all'infuori delle categorie specificamente beneficiarie in considerazione delle loro qualità intrinseche.

Per i rilievi segnalati, deve negarsi l'immedesimazione del concetto di meritevolezza con quello di liceità, che in concreto potrebbe risolversi nella violazione dei principi solidaristici contemplati in Costituzione, legittimando atti di destinazione tesi al soddisfacimento di qualsiasi interesse, anche di natura egoistica e speculativa, purché non contrari alle norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume, con la conseguenza che dietro lo schermo della liceità formale potrebbe in realtà celarsi un intento fraudolento o comunque confliggente con i valori fondanti l'ordinamento²⁷⁹.

È, possibile, infatti, che l'interesse in concreto perseguito dal privato non sia coerente o compatibile con quello in astratto tipizzato o comunque meritevole.

L'art. 2645-ter c. c. nella sua formulazione generale esclude la coincidenza della meritevolezza con la liceità, ponendo in evidenza che questa integra un vincolo "esterno" all'atto destinatorio, comune a tutti gli atti giuridici, mentre la meritevolezza, espressamente prevista, inerisce al contenuto essenziale dell'interesse tutelato, il quale esprime un valore di superiore rilevanza e prevalente rispetto ad altri interessi con esso confliggenti²⁸⁰.

Questa configurazione interpretativa degli atti di destinazione, fondata su precise basi positive, conferma che, nell'attuale contesto normativo, l'autonomia privata è improntata alla legalità costituzionale nel senso che, sottraendosi alla ingerenza formativa di matrice autoritaria, volta a funzionalizzare direttamente l'atto negoziale all'interesse pubblico e

277 cfr. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c. c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 165; VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e Trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, Padova, 2008, p. 6 ss.; M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 29 ss.

278 v. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 327 ss.; MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 10 ss.

279 cfr. ORESTANO, *Atto di destinazione e interessi rilevanti*, in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, III, Torino, 2009, p. 616 ss.

280 v. NUZZO, *Atto di destinazione e interesse meritevole di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, p. 65 ss. il quale rileva che "L'art. 2645-ter c. c. risolve il problema della liceità dell'atto ma pone un limite alla possibilità di realizzare l'effetto di separazione patrimoniale opponibile nei confronti dei terzi, richiedendo che l'atto realizzi un interesse meritevole di tutela". Il giudizio di meritevolezza, infatti, assume "un rilievo relazionale", nel senso che "costituisce il risultato di una valutazione comparativa tra l'interesse sacrificato, che è quello dei creditori generali, e l'interesse realizzato con l'atto di destinazione".

generale, realizza le finalità private nell'ambito dei principi direttivi dell'ordinamento, preservando prioritariamente i valori costituzionali mediante indirizzi e limiti alle scelte del singolo, senza sostituirle o integrarne i contenuti²⁸¹.

L'atto negoziale concretizza, così, la sintesi delle regole derivate dall'esercizio dell'autonomia con la tutela e la concreta attuazione dei valori fondamentali personali e sociali.

3. *I nuovi profili del contratto e l'incidenza dei diritti fondamentali sul piano strutturale e su quello funzionale. Premessa alla ricerca.*

L'incidenza dei diritti fondamentali sui rapporti intersoggettivi impone la rideterminazione – per via essenzialmente interpretativa - dell'istituto del contratto, sia sul piano strutturale della fattispecie, procedendo a ridefinire in senso assiologicamente orientato i requisiti del negozio, affinché alla rigida funzionalità imprenditoriale a cui erano informati si sostituisca una fisionomia conforme al primato della persona nell'ordinamento giuridico; sia sul piano dinamico del rapporto, al fine di assicurare la coerenza dell'assetto di interessi realizzato dalla convenzione ai valori fondanti il sistema, funzionalizzando l'atto di autonomia alla loro realizzazione²⁸².

La trattazione che segue prenderà in esame innanzitutto gli elementi essenziali del contratto, quali la causa, l'accordo, la forma, mentre per le questioni concernenti il profilo oggettivo e regolamentare si rinvierà ai capitoli successivi.

Un breve cenno sarà dedicato agli elementi accidentali, in particolar modo alla condizione, la cui intrinseca strutturazione può incidere sulla dignità personale.

Inoltre, si procederà brevemente all'inquadramento storico-positivo di ciascun istituto, per metterne in evidenza il rapporto di causalità esistente tra l'impostazione ideologica di base e la sua definizione teorico-operativa.

Non esula da questa sezione il tema delle clausole generali del contratto, che, seppur analizzate sul piano concreto in prosieguo, con riguardo all'integrazione del regolamento negoziale, vengono in questo capitolo esaminate sotto il profilo della loro rilevanza in ordine allo svolgimento del rapporto, particolarmente in relazione alla clausola di buona fede riletta in senso assiologico, all'abuso del diritto ed a nuovi aspetti comuni ad altri istituti, come la inesigibilità della prestazione e la diligenza nell'adempimento dell'obbligazione.

Nei capitoli che seguono saranno, invece, trattati i profili funzionali e dinamici del contratto, concernenti l'equilibrio del regolamento negoziale in senso normativo ed economico, estendendo l'analisi alle normative italo-comunitarie dei contratti, nonché all'individuazione dei principi destinati a confluire nel prossimo diritto europeo dei contratti.

281 v. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 190 ss., il quale rileva come "la gerarchia dei valori in base alla quale si deve esprimere il giudizio di meritevolezza pone all'apice l'assoluto rispetto delle primarie ed indifferibili esigenze dell'uomo, mettendo capo a forti spinte personalistiche, in una logica di depatrimonializzazione dei rapporti civili e, nell'ambito dei rapporti squisitamente patrimoniali, a forti spinte equitativa e perequative tese a combattere gli squilibri che si riflettono nei regolamenti contrattuali e garantendo rimedi sempre più incisivi". Muovendo da questa premessa, l'illustre A., affronta la questione relativa alla competenza a formulare il giudizio di meritevolezza e dei rischi di una formulazione dello stesso legata alle concezioni personali dell'interprete, affermando che "la ragione giustificativa della prevalenza degli interessi non patrimoniali rispetto ai diritti dei creditori è ragione totalmente intrasistematica che minimamente lede il principio di certezza, giacché non affida al notaio o al giudice filtri arbitrari, ma si fonda esattamente sul principio di legalità, di una legalità che [...] è da ricostruirsi sul piano più generale del diritto che non su quello più angusto della legge".

282 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 3 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 159 ss.

Il quadro di insieme tende anche a delineare i nuovi scenari, ancora in via di formazione, del diritto dei contratti in un momento storico di grande incertezza, in cui innovati dogmi e sistemi ideologici tradizionali, si presenta l'esigenza di individuare un criterio guida, che al tempo stesso sia punto di partenza e obiettivo del nuovo diritto indirizzato principalmente alla salvaguardia della dignità della persona.

4. *Introduzione al tema della causa del contratto. L'evoluzione del concetto. Le teorie "soggettivistiche" poste a base del Code civil del 1804 e del Codice civile italiano del 1865 ed il riferimento della nozione di causa all'obbligazione.*

La nozione di causa del contratto ha storicamente inciso sulle potenzialità dell'autonomia privata, spostandosi dall'ambito delle logiche volontaristiche di matrice liberale ad una configurazione obiettiva impostata nel dominio esclusivo dell'ordinamento, volto a realizzare assetti patrimoniali utili non solo alla persona singola, ma anche alla società²⁸³.

In riferimento agli effetti patrimoniali della causa è condivisibile l'opinione della dottrina secondo cui le questioni ad essa inerenti non sarebbero confinate nella analisi astratta di un requisito strutturale del negozio, ma essenzialmente riguarderebbero il "ruolo" che al contratto viene riconosciuto nell'ordinamento giuridico²⁸⁴, sia sul piano ideologico, che su quello finalistico.

In realtà, l'istituto in esame è funzionale, all'interno del sistema, alle mutevoli istanze economiche e sociali emergenti dalla complessiva realtà giuridica²⁸⁵.

L'evoluzione dell'istituto è stata molto travagliata nel corso dei secoli, dando anche in tempi recenti, a posizioni negazioniste che, influenzate da esperienze straniere, ne contestavano la rilevanza, identificando la causa o con l'intenzione delle parti o con l'oggetto del contratto²⁸⁶.

Le prime teorizzazioni relative alla causa sono da ascrivere ai canonisti, i quali nel medioevo ne superarono la concezione formale, propria del diritto romano, riferendone la nozione al nesso di corrispettività delle prestazioni dedotte nel contratto, rispetto al quale si poneva l'esigenza equitativa di garantirne l'adeguatezza²⁸⁷.

Questa impostazione implicava una valutazione "concreta" e specifica della ricorrenza del requisito causale, attinente agli interessi che il contratto era diretto a realizzare, e non già limitato ad elemento "astratto", come la finalità indeterminata dello scambio.

Tale concezione, comportando un apprezzamento della causa "in concreto" subordinava la validità del contratto alla rispondenza, oltre che ad interessi meramente individuali, a finalità di rilevanza collettiva o sociale, postulando come conseguenza un "controllo" sulle modalità di esercizio della libertà contrattuale.

283 cfr. CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947; NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, p. 1379 ss.

284 v. DI MAJO, Voce "Causa del negozio giuridico", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, p. 2-3, il quale afferma che avendo "presente che il problema della causa non è tanto il problema di un elemento, pur peculiare, del contratto ma quello più complessivo del ruolo del contratto nel sistema, si può enunciare la tesi secondo cui il requisito causale è stato sempre tendenzialmente l'espressione della connessione tra quella forma di mediazione giuridica che si esprime nel consenso (come tale vincolante) e la circolazione dei beni".

285 v. GIORGIANNI, Voce "Causa (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 547, il quale sottolinea come "chi si soffermi ad esaminare il panorama offerto dalla dottrina italiana contemporanea della causa, ne riceva l'impressione di un cantiere in fecondo movimento, nel quale nuovi materiali affluiscono incessantemente per alimentare lo sforzo di costruzione di un edificio, che, pur poggiando su vetuste e solide fondamenta, non riesce ad assumere ancora un netto contorno, malgrado la maestria degli architetti e la pregiatezza dei materiali".

286 cfr. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele, Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 242 ss.

287 v. THERRÉ-SIMMLER-LEQUETTE, *Droit, civil, Les obligations*, Paris, 2005, p. 347 ss.; GHESTIN, *Droit civil, les obligations, Le contrat*, Paris, 1980, p. 27.

L'istituto ebbe una significativa definizione nella dottrina francese, nella quale si svilupparono i primi orientamenti – antecedenti alla codificazione del 1804 – tendenti a porre la causa su un piano oggettivo, riferendola all'obbligazione e non già allo strumento contrattuale in sé considerato ed individuandone l'essenza nella controprestazione dovuta dalla controparte²⁸⁸.

Nonostante questo sostrato culturale di base, la formale adesione del legislatore francese al principio consensualistico determinò un differente approccio teorico in ordine alla tematica in esame.

Infatti, nel *Code civil* la causa venne configurata quale presupposto essenziale per il verificarsi dell'effetto traslativo del diritto.

Tale conclusione fu la conseguenza del collegamento al consenso manifestato dalle parti del potere di trasferire il diritto e non della diretta traslazione di esso, astraendosi "dal singolo rapporto sottostante".

Era, quindi, necessario che la connessione tra effetto reale e schema negoziale fosse garantito dalla sussistenza della causa²⁸⁹.

In merito alla natura della causa, ossia al suo intrinseco significato, la dottrina fu in via maggioritaria orientata verso le concezioni "soggettivistiche", essendo fortemente influenzata dalle teorie volontaristiche di matrice liberale, che tendevano a riconoscere vincolatività all'accordo solo se diretta e fedele espressione della reale volontà delle parti.

Questa impostazione teorica, sottesa al sistema codicistico, riferiva ancora una volta la nozione di causa alle obbligazioni dedotte nel contratto e non allo schema contrattuale unitario, inteso quale mero strumento finalizzato a provocare l'insorgenza delle obbligazioni medesime.

Le teorie soggettive della causa la identificavano nello scopo sostanziale che aveva indotto la parte ad obbligarsi mediante la conclusione del contratto, dando adito alla possibilità di una pluralità di "cause", in quanto riferite alle obbligazioni assunte da ciascuna parte e non già al contratto, ovviamente unitario²⁹⁰.

Al medesimo ordine di idee sembrava rispondere anche il sistema definito dal codice civile italiano del 1865, il cui inciso riferito alla causa come "condizione per obbligarsi" (art. 1104 cod. civ. abr.) consentiva alle concezioni volontaristiche di imporre una interpretazione "soggettiva", finendo per determinarne una rischiosa quanto sostanziale coincidenza con il "motivo" determinante la parte alla negoziazione, seppur qualificato da una particolare intensità pratica²⁹¹.

288 Nell'esperienza giuridica precodicistica francese i riferimenti dottrinali principali sono costituiti da DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1745; POTHIER, *Traité des obligations*, Bruxelles, 1835.

289 v. DI MAJO, Voce "*Causa del negozio giuridico*", cit., p. 3, il quale rileva come "La causa, almeno in astratto, dovrebbe rappresentare un limite, di natura economico-materiale, all'efficacia vincolante del <<nudo>> consenso. Storicamente, preoccupazioni canonistiche, relative al rispetto di un principio di giustizia commutativa, sono all'origine della nozione di causa (ignota al diritto romano). Tale limite dovrebbe essere espressione dell'esigenza di una connessione sottostante (il c. d. <<affare>>). Se da un lato, dunque, l'ordinamento assegna al consenso contrattuale la funzione di assicurare l'astrazione del singolo rapporto economico sottostante, dall'altro lato, tuttavia, esso impone che sia garantita, a livello di causa, una connessione con tale rapporto".

290 v. RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, Paris, 1928, p. 140 ss.; TOULLIER, *Il diritto francese secondo l'ordine del codice*, Palermo, 1853; DABIN, *La théorie de la cause*, Bruxelles, 1919, p. 40 ss.; v. per una illustrazione sintetica della concezione soggettiva, ROPPO, Voce "*Contratto*", in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2006 rist., p. 112, il quale rileva come, nell'ambito di questa impostazione, "più che di causa del contratto si preferiva parlare di causa dell'obbligazione", in quanto "il contratto è stato a lungo concepito esclusivamente come fonte di obbligazioni: lo spostamento di ricchezza determinato dal contratto di esauriva nella nascita di obbligazioni. Riferire la causa alla obbligazione significava perciò riferirla alla sola modalità rilevante degli spostamenti patrimoniali attuati su base volontaria. Di qui il prevalere di una nozione atomistica di causa, e di una nozione di causa intesa in senso tendenzialmente soggettivo".

291 cfr. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 135 ss.; MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1929, p. 118 ss.; DEJANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, p. 22 ss.

4.1. *Il codice civile del 1942 e l'oggettivizzazione della causa ed il riferimento al contratto, quale funzione-economico dello stesso. Differenziazione tra "causa" e "tipo" contrattuale.*

La concezione di causa mutò nettamente con il codice civile del 1942, adeguandosi al diverso clima politico e culturale, ossia alle finalità sociali perseguite dall'ordinamento, sovrappostesi alle preesistenti logiche "soggettivistiche".

Il divario dalla originaria impostazione, emerso già nel vigore del Codice Pisanelli, fu alimentato da motivazioni per lo più ideologiche, legate al parziale superamento delle concezioni volontaristiche di cui era portatore il liberalismo borghese del XVII secolo. In questo frangente si svilupparono le prime teorie oggettivistiche volte ad identificare il requisito in questione nella funzione economica alla cui realizzazione il contratto era obiettivamente rivolto²⁹².

Il codice civile del 1942, pur senza definirla, ha inquadrato la causa nei requisiti essenziali del contratto, la cui presenza è condizione immediata di validità dello stesso, configurandola altresì quale criterio giustificativo di ogni trasferimento patrimoniale. In questo senso, quindi, la causa è svincolata dal riferimento all'obbligazione per inerire direttamente al contratto, acquisendo una dimensione unitaria ed una valenza oggettiva riferibile allo schema contrattuale posto in essere.²⁹³

La definizione del contratto come "vincolo giuridico", contenuta nell'abrogato codice civile, è stata sostituita, nella disposizione del vigente art. 1321 c. c., con le parole "rapporto giuridico patrimoniale", significando che il contratto non è meramente obbligatorio, ma può avere effetti reali direttamente collegati al consenso, senza la *traditio* materiale del bene.

La funzione economico-sociale in cui si concreta la causa, oggettivamente inerente alla fattispecie, risale all'ordinamento giuridico nel senso che è rigidamente collegata al tipo legislativo nei contratti tipici o volta alla tutela di interessi meritevoli nei contratti innominati. In ogni caso l'ordinamento opera come limite o indirizzo dell'autonomia privata, mediante valutazioni etiche o economiche rispondenti alle esigenze sociali²⁹⁴.

Questa concezione – ispirata al dirigismo corporativo su cui si fondava il regime fascista – emerge chiaramente dalla Relazione del Guardasigilli al Re, nella quale si individua la causa nella "funzione-economico sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata".

Tale qualificazione indica il rapporto di conformità astratta che intercorre tra operazione negoziale posta in essere e finalità generali che l'ordinamento sottende a quel determinato "tipo" negoziale.

Sviluppando questa impostazione di base, la dottrina più autorevole del tempo ha sottolineato come la causa finisca per coincidere con il "tipo" contrattuale, costituendo la "sintesi de'suoi

292 In questo senso si è pronunciata una delle più autorevoli voci dell'epoca. V. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, V, I, Napoli, 1921, p. 265 ss.

293 v. ROPPO, Voce "*Contratto*", cit., che sottolinea come la causa, nella configurazione del codice civile del 1942, vada "riferita al contratto, come alla fonte unitaria dei diversi possibili tipi di circolazione di ricchezza (nascita di obbligazioni, trasferimento di cose e diritti) cui esso dà luogo. Ma se la causa è causa del contratto unitariamente considerato (anziché di suoi singoli <<pezzi>>), è inevitabile che essa assuma una dimensione più oggettiva, proiettata al di là del punto di vista e dell'interesse soggettivo di ciascuna delle parti: perché – a differenza della prestazione e della controprestazione – il contratto non è dell'una o dell'altra parte, ma è di tutte e due le parti insieme".

294 v. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 31, il quale afferma che "La causa ha [...] rilievo perché serve a limitare l'autonomia della volontà: il legislatore non accorda la protezione dell'ordinamento giuridico se non si sappia perché le parti hanno prestato il loro consenso ed inoltre se non si sappia che tale consenso è stato prestato per uno scopo lecito".

elementi essenziali"²⁹⁵, ossia il "contenuto minimo essenziale" del contratto, che l'ordinamento non poteva lasciare alla libera determinazione dei privati²⁹⁶.

A conferma di ciò si pone la classificazione dei vari contratti tipici realizzata proprio sulla base della "causa", che ne contrassegna le caratteristiche qualificanti e "differenziali", prese in considerazione dal legislatore nella definizione della disciplina normativa²⁹⁷.

A questo processo di limitazione e di funzionalizzazione dell'autonomia negoziale, non potevano sottrarsi i contratti "atipici", rispetto ai quali l'art. 1322, comma secondo, c. c., subordina la validità alla meritevolezza dell'interesse perseguito, coincidente con l'utilità sociale.

Nella visione corporativistica il vaglio di meritevolezza era riferito direttamente alla causa del negozio posto in essere dai privati onde verificarne la rispondenza in concreto – in quanto non rientrante in uno schema predeterminato dal legislatore – all'utilità sociale, ossia la conformità dell'operazione economica "atipica" ai principi ispiratori della coscienza civile e politica del Paese e dell'economia nazionale.

È evidente, pertanto, come l'elemento della causa, nella sua dimensione oggettiva ed astratta, costituisce il principale strumento utilizzato dal legislatore del 1942, per limitare l'autonomia contrattuale, controllandola ed indirizzandola al perseguimento delle finalità socio-economiche determinate.

Le critiche alla predetta teoria sulla causa sono sopraggiunte con il tramonto del regime fascista - che comportava l'impostazione social-corporativista -, incentrandosi soprattutto sull'incompatibilità di un processo di funzionalizzazione dell'autonomia privata all'utilità sociale con i principi democratici, in quanto la crescente prevalenza delle finalità sociali avrebbe inevitabilmente compresso la libertà negoziale dei privati e vanificato la tutela dei loro interessi, subordinandoli all'interesse pubblico statale²⁹⁸.

Infatti, la concezione dirigistica, chiaramente "invasiva", si esplicava in un controllo diffuso da parte dello Stato sull'autonomia privata, libera solo sul piano propulsivo dell'atto di iniziativa, ma per il resto vincolata al rispetto di rigidi limiti sia interni che esterni.

Le critiche si sono estese anche alla immedesimazione della "causa" con il "tipo" negoziale, secondo cui la prima rappresentava il "contenuto minimo essenziale" del contratto predeterminato dal legislatore, con la conseguente sottrazione della causa stessa ad ogni collegamento con la volontà privata ed il suo assoggettamento all'esclusivo potere pubblico²⁹⁹.

295 v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 183

296 v. FIGONE, *La causa*, in *I requisiti del contratto*, III, *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 462; v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., rist., Napoli, 2002, p. 128, il quale afferma che "tenendo presente che la causa è [...] la ragione determinante del soggetto al negozio, può essere accolta la proposizione corrente che la causa è un elemento oggettivo del negozio: oggettivo, perché è connaturata a una determinata figura di negozio, dà alla stessa la sua impronta tipica. Invece quelle funzioni ulteriori, che non mancano mai, ma sono diverse da caso a caso, e in questo senso sono eventuali, non informando di sé il negozio, non sono che circostanze soggettive, le quali assumono la figura ed il nome di motivi".

297 v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 318-319, il quale afferma che "La funzione economico-sociale che caratterizza il tipo del negozio può, come si vede, rispecchiare esigenze pratiche svariate della vita di relazione. Ora fra tali esigenze possono rilevarsi alcuni caratteri comuni o, all'opposto, differenziali, atti a servire da criteri di classificazione dei rispettivi negozi dal punto di vista della causa. a) si distinguono anzitutto negozi fra vivi e negozi a causa di morte [...] b) Fra i negozi patrimoniali si debbono discernere quelli a titolo gratuito da quelli a titolo oneroso. [...] c) Da ultimo, sotto il profilo della inerenza della causa al negozio, e pertanto secondo il criterio della sua rilevanza diretta o indiretta, i negozi si distinguono in causali e astratti".

298 cfr. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 53 ss.

299 Si deve considerare come le dottrine anticausaliste, nel contestare la rilevanza autonoma della causa, sono giunti anche ad identificarla con il consenso o con il contenuto. Sui tratti distintivi di tali orientamenti un'esposizione lineare è rinvenibile in Bianca, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 451-452, il quale rileva come "Le dottrine anticausaliste hanno trovato argomento nel richiamo a codici che, come quello germanico, non indicano la

Lo schema contrattuale tipico avrebbe rappresentato la "concentrazione, di elementi, modalità, strutture, propri di differenti attività", tutti di derivazione ordinamentale, compresa la causa³⁰⁰.

Aderenti alla visione oggettivistica dell'istituto, ma collocati in una dimensione differente da quella della funzionalizzazione all'utilità sociale, si sono poste quelle teorie più coerenti con l'efficienza dei traffici commerciali, secondo le quali il ruolo della causa si risolverebbe nella "giustificazione" del trasferimento di ricchezza realizzato dal contratto, con la conseguenza di riferirsi direttamente ad esso e non alle singole prestazioni. In questo senso, la causa del negozio ne costituirebbe la "funzione" idonea a legittimare uno spostamento patrimoniale realizzato mediante la conclusione di un contratto³⁰¹.

Non sono mancate, peraltro, ricostruzioni che, ispirate ad una concezione economicistica dei rapporti intersoggettivi, hanno mediato tra i due orientamenti principali sopra accennati, riconnettendo alla causa sia la funzione "giustificativa" dei trasferimenti patrimoniali operati attraverso il contratto, sia quella di criterio di valutazione della conformità dell'operazione negoziale all'ordine giuridico, addivenendo a risultati confacenti al controllo dell'equilibrio contrattuale³⁰².

4.2. *La teoria della "causa concreta": la causa come "funzione economico-individuale del contratto. Il mantenimento della prospettiva "oggettiva" e la valutazione dell'interesse "concretamente" perseguito sotto il profilo della meritevolezza costituzionale. La tesi della causa come "clausola generale" dell'ordinamento (teoria di R. Rolli).*

I mutamenti politici e ideologici conseguenti alla caduta del fascismo, hanno messo in crisi l'originaria configurazione della causa quale funzione-economico sociale del contratto, evidenziando, soprattutto in sede dottrina, l'esigenza di un recupero di "libertà" all'autonomia negoziale, per effetto dei principi costituzionali improntati al primato della persona ed alla solidarietà sociale³⁰³.

causa tra gli elementi costitutivi del contratto. La letteratura tedesca non ignora ovviamente la nozione di causa, la quale è anzi assunta a base della distinzione generale tra contratti dispositivi e contratti obbligatori. I primi hanno causa nel rapporto sottostante ma sono astratti perché si perfezionano a prescindere da essa (la mancanza della causa rileva solo in quanto dà luogo ad una pretesa obbligatoria di retrocessione o di risarcimento). I secondi sono causali perché rivelano essi stessi lo scopo che sono diretti a realizzare e per il quale si giustificano. Parte della dottrina è allora indotta a concludere che la causa si identifica nello stesso contenuto del contratto in ragione del quale si giustifica il suo riconoscimento giuridico".

300 v. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, p. 293 ss.; sulla importanza della distinzione tra "causa" e "tipo" v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 808 e 811, il quale afferma che "Il legislatore del 1942 ha chiaramente utilizzato il termine causa come sinonimo di tipo contrattuale, con una commistione concettuale che è fonte di notevoli equivoci". Tuttavia deve ribadirsi la diversità delle due nozioni atteso che "se l'indagine sul tipo è essenzialmente astratta e statica quella sulla causa è esclusivamente concreta e sempre dinamica. Con il tipo si pone un problema di configurabilità dell'operazione, con la causa si pone invece un problema di liceità degli interessi perseguiti. Con il tipo si opera un raffronto statico tra schema costruito dai privati e schema disciplinato dal legislatore, con la causa si opera un raffronto dinamico tra interessi perseguiti dai privati e interessi ritenuti leciti e dunque protetti dall'ordinamento. Con il tipo si deve avere riguardo allo schema astratto, con la causa si deve indagare sui concreti risvolti dell'operazione economica vista nella sua complessità, ivi compresi gli aspetti soggettivi ed oggettivi che sfuggono del tutto ad una indagine condotta per schemi e per tipi".

301 v. GIORGIANNI, Voce "*Causa (dir. priv.)*", cit., p. 546 ss.

302 v. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1967, p. 227; ID., *Causa del contratto, funzione del tipo ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, p. 1327 ss.; BESSONE-ROPPO, *Il controllo sociale delle attività private*, a cura di Amato-Cassese-Rodotà, Genova, 1971, p. 335 ss; cfr. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 309 ss.

303 v. G. B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 141, il quale sostiene che la caduta dell'ordinamento fascista in cui aveva visto la luce il codice civile del 1942 e l'introduzione del regime costituzionale, improntato a principi

La causa, in quest'ordine di idee, ricomprende gli interessi individuali che le parti sottendono all'operazione economica, coerenti e coordinati con la "funzione oggettiva in concreto svolta dal negozio"³⁰⁴.

Secondo questa più ampia accezione, l'istituto non trova più la sua sintesi astratta nella "funzione economico-sociale" del contratto, ma si risolve prioritariamente nella c.d. "funzione economico-individuale"³⁰⁵.

In realtà, riferimenti alla dimensione "concreta" della causa emergevano già nell'ambito della Relazione del Guardasigilli al Re, ma si limitavano alla previsione di un controllo di corrispondenza della fondamentale funzione astratta predeterminata dal legislatore, mediante la tipizzazione del singolo contratto, con lo specifico assetto di interessi sostanzialmente perseguito dai privati: si trattava di un mero controllo di liceità della causa medesima³⁰⁶.

La teoria della "causa concreta", nell'accezione attuale, pur non determinando un ritorno alla concezione soggettivistica della causa, consente di temperare ed integrare l'astrazione oggettiva a cui è informato il codice vigente con l'interesse che le parti concretamente perseguono col contratto³⁰⁷.

Sul punto, un'autorevole dottrina ritiene che l'esposta concezione non possa comportare un recupero delle motivazioni attinenti alla sfera strettamente individuale e soggettiva della parte, dovendosi, comunque, ricondurre la nozione di "concretezza" ad una dimensione oggettiva³⁰⁸, con la conseguenza che l'interesse perseguito dalle parti non dovrà essere desunto dalle loro

democratici e solidaristici, ha fatto sì che "l'autonomia privata, come del resto l'iniziativa economica privata e la proprietà, hanno perduto quel ruolo di funzione che il modello corporativo e dirigistico aveva loro attribuito. Inserita in un sistema che coniuga l'affermazione del ruolo centrale della personalità umana con i doveri di solidarietà politica, economica e sociale, l'autonomia negoziale ha recuperato fondamentali caratteri che la tradizione le aveva conferito". Tali considerazioni, secondo l'A., inducono necessariamente a sostenere che la "causa" del contratto, nella sua funzione di requisito essenziale dello stesso, abbia acquisito una mutata fisionomia. 304 v. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 65, la quale, analizzando la su esposta tesi di G. B. Ferri, sottolinea come questa si inserisca nell'indirizzo critico della "causa come funzione economico-sociale", con la conseguenza di indurre "a cogliere il requisito causale anche e soprattutto in termini squisitamente individuali, come funzione economico-individuale del contratto, come scopo pratico dei contraenti intimamente connesso alla funzione oggettiva in concreto svolta dal negozio".

305 v. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 293 ss.

306 v. la Relazione del Guardasigilli al Re n. 614, nella quale si legge che "in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento giuridico possa veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare. Tale controllo può rivelare che lo schema causale tipico non si può realizzare perché vi ostano le circostanze oggettive peculiari alla ipotesi concreta, le quali, essendo incompatibili con lo schema, rendono illecito ciò che sarebbe astrattamente lecito".

307 v. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 452-453, il quale afferma che "il riferimento alla nozione di causa tipica porta a trascurare la realtà viva di ogni singolo contratto, e cioè gli interessi reali che si volta in volta il contratto è diretto a realizzare al di là del modello tipico adoperato. Abbandonato il riferimento alla causa tipica, quale astratta funzione del negozio, occorre piuttosto riconoscere nella causa la *ragione concreta del contratto*. In tal senso è decisivo osservare che la nozione di causa quale funzione pratica del contratto può avere una sua rilevanza solo in quanto si accerti la funzione che il singolo contratto è diretto ad attuare. Ora, rispetto al singolo contratto, ciò che importa sapere è la funzione pratica che effettivamente le parti hanno assegnato al loro accordo. Ricercare l'effettiva funzione pratica del contratto vuol dire, precisamente, ricercare l'interesse concretamente perseguito. Non basta, cioè, verificare se lo schema usato dalle parti sia compatibile con uno dei modelli contrattuali ma occorre ricercare il significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che – sia pure tacitamente – sono entrate nel contratto".

308 v. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 364; ID., Voce "Contratto", cit., p. 114, il quale in ordine alla concezione della causa "concreta", rileva come essa "non implica in nessun senso un ritorno alla dimensione soggettiva e atomistica che si è visto connotare alle origini il concetto di causa. Alla stregua di essa, causa non è l'interesse di ciascuna singola parte, ma è l'insieme degli interessi rilevanti di entrambe le parti, che nel loro complesso definiscono il senso di quella operazione, la ragione giustificativa di quel contratto, agli occhi delle parti stesse e dell'ordinamento giuridico: ed è tenendo conto di tutti questi interessi rilevanti delle parti, che si potrà stabilire se la causa manca o è illecita, compiendo in modo corretto quei giudizi di razionalità e liceità del contratto, cui la causa è vocata".

concezioni psicologiche ed interne, ma dalle risultanze obiettivamente emergenti dal regolamento negoziale³⁰⁹.

Una sintesi efficace delle elaborazioni dottrinarie menzionate è stata realizzata dalla giurisprudenza di legittimità che, portando a compimento un *iter* interpretativo della nozione di causa in essere da diverso tempo, ha precisato come la nozione astratta dell'istituto, quale funzione economico-sociale del contratto, non possa essere accolta nell'attuale contesto ordinamentale, dovendosi, propendere per una configurazione quale "sintesi degli elementi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare" al di là dello schema eventualmente tipico posto in essere dalle parti. Tale sintesi, intesa come ragione concreta dell'affare, deve essere desumibile dalla "dinamica contrattuale" e non anche dalla "volontà delle parti".

Conseguentemente, la causa si colloca su di un piano oggettivo – relativo al profilo funzionale del negozio -, senza soggettivarsi; ma non si pone quale astratta funzione economico-sociale, bensì, come "funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto", al fine di rappresentare l'uso che di ciascuno schema negoziale tipico i contraenti "hanno inteso compiere [...] adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale"³¹⁰.

309 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 808; GIORGIANNI, Voce "*Causa (dir. privato)*"; cit., p. 573 ss..
310 v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 8 maggio 2006, n. 10490, nella quale si effettua un analitico e compiuto *excursus* storico della nozione di causa, addivenendo al riconoscimento del ruolo effettivo della "causa concreta". Nello specifico si rileva come "...la nozione di causa così delineata non corrisponde, nella specie (così come in via di principio generale) a quella che, dopo attenta riflessione della più recente dottrina, deve ritenersi concetto correttamente predicabile con riferimento al profilo oggettivo della struttura contrattuale. E' opinione corrente quella secondo cui la prima elaborazione del concetto di causa (sostanzialmente estranea all'esperienza romana come elemento costitutivo del negozio, che doveva corrispondere essenzialmente a "modelli" formali) sia stata il frutto della riflessione dei giuristi d'oltralpe che, tra il 1625 ed il 1699, distinguendo per la prima volta sul piano dogmatico i contratti commutativi dalle donazioni, individuano nell'obbligazione di una parte verso l'altra il fondamento della teoria causale (e di qui, l'origine storica della perdurante difficoltà a superare la dicotomia contratto di scambio-liberalità donativa). Gli stessi rapporti tra la causa e gli altri elementi del contratto, apparentemente indiscussi nei relativi connotati di alterità, paiono, nel progressivo dipanarsi del concetto di *causa negotii*, talvolta sfumare in zone di confine più opache (si pensi alla relazione causa/volontà nei negozi di liberalità; a quella causa/forma ed all'avvicinamento delle due categorie concettuali verificabile nei negozi astratti; a quella causa/oggetto, con le possibili confusioni a seconda della nozione che, di entrambe le categorie giuridiche, ci si risolva di volta in volta ad adottare, oggetto del contratto essendo tanto la rappresentazione ideale di una res dedotta in obbligazione, quanto la res stessa, causa risultando la funzione dello scambio in relazione proprio a quell'oggetto). Tutte le possibili definizioni di causa succedutesi nel tempo (che un celebre civilista degli anni '40 non esita a definire "oggetto molto vago e misterioso") hanno visto la dottrina italiana in permanente disaccordo (mentre negli altri paesi il dibattito è da tempo sopito), discorrendosi, di volta in volta, di scopo della parte o motivo ultimo (la c.d. teoria soggettiva, ormai adottata dalla moderna dottrina francese, che parla di causa come But); di teoria della controprestazione o teoria oggettiva classica (che sovrappone, del tutto inconfondibilmente, il concetto di causa del contratto con quello di causa/fonte dell'obbligazione); di funzione giuridica ovvero di funzione tipica (rispettivamente intese in guisa di sintesi degli effetti giuridici essenziali del contratto, ovvero di identificazione del tipo negoziale - che consente ad alcuni autori di predicare la sostanziale validità del negozio simulato sostenendone la presenza di una causa, intesa come "tipo" negoziale astratto, sia pur fittizio, quale una donazione, una compravendita, ecc. -); di funzione economico-sociale, infine, cara alla c.d. teoria oggettiva, formalmente accolta dal codice del 42, del tutto svincolata dagli scopi delle parti all'esito di un processo di astrazione da essi (per tacere delle teorie anticausalistiche, di derivazione tedesca, con identificazione della causa nell'oggetto o nel contenuto - Inhalt - del contratto, non indicando il codice tedesco la causa tra gli elementi costitutivi del contratto). La definizione del codice è, in definitiva, quella di funzione economico-sociale del negozio riconosciuta rilevante dall'ordinamento ai fini di giustificare la tutela dell'autonomia privata (così, testualmente, la relazione del ministro guardasigilli); ma è noto che, da parte della più attenta dottrina, e di una assai sporadica e minoritaria giurisprudenza (Cass. Sez. 1^a, 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di Sale & lease back) Sez. 1^a, 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; Sez. 2^a, 15 maggio 1996, n. 4503, in tema di rendita vitalizia), si discorre da tempo di una fattispecie causale "concreta", e si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa

La causa non si immedesima con gli interessi specificamente perseguiti dai contraenti (in sé considerati); essa ha, tuttavia, rilevanza essenziale in relazione alla giustificazione, ossia alle ragioni concrete che sorreggono il rapporto patrimoniale, posto che il riconoscimento giuridico delle operazioni negoziali è collegato agli interessi privati meritevoli secondo l'ordinamento, attuandosi una convergenza dell'autonomia dei soggetti con l'interesse generale. La giustificazione, che ha una matrice soggettiva, deve, però, avere un riscontro oggettivo, implicito o esplicito, nello schema contrattuale³¹¹.

Anche il riconoscimento del diritto vivente, costantemente riaffermato³¹², ha aperto la strada alla valenza del requisito causale in sede contrattuale: si ritiene, infatti, che per un controllo di coerenza dell'operazione economica rispetto ai valori fondamentali dell'ordinamento non sia più sufficiente l'impiego di uno schema "tipico" predeterminato dal legislatore per assicurare la legittimità della negoziazione, dovendosi necessariamente procedere all'individuazione dell'interesse concreto che le parti si propongono di realizzare attraverso quel "tipo" contrattuale, al fine di appurarne la meritevolezza, che nell'attuale contesto costituzionale, non coincide più con gli obiettivi corporativistici, ma con la compatibilità coi valori fondanti il sistema giuridico.

In questo quadro teorico-giurisprudenziale, quindi, il requisito causale, pur permanendo nell'ambito di una concezione "oggettivistica", risente direttamente dell'incidenza dei principi personalisti e solidaristi, prestandosi – attraverso la considerazione "concreta" dell'interesse perseguito dai contraenti – ad un "nuovo" processo di funzionalizzazione dell'autonomia negoziale e contribuendo a rafforzarne il ruolo di strumento "attuativo" dei valori fondamentali, posti al vertice dell'ordinamento, conformemente a quanto imposto dal principio di legalità costituzionale.

avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale".

311 v. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 84-85, la quale afferma che "La causa in concreto non è [...] da cogliere come evoluzione del concetto di causa in astratto. Si è, infatti, dinanzi ad un unico concetto di causa: la contrapposizione tra causa in astratto e causa in concreto è in verità meramente terminologica: serve solo a chiarire che il nostro sistema rigidamente causalistico esige un controllo atto a verificare che la causa ossia la funzione del contratto si sia effettivamente realizzata alla luce delle circostanze concrete. Causa in astratto e causa in concreto non sono altro che espressioni che trovano la loro sintesi nell'unitario concetto di causa del contratto che dà luogo ad un controllo concreto ed effettivo del profilo oggettivo del contratto".

312 v. Cass. civ., Sez. V, sentenza 29 marzo 2006, n. 7296, in *CED Cassazione*, 2006, in cui si afferma che "Il contratto di "sale and lease back" si configura come una operazione negoziale complessa - consistente nell'alienazione, da parte di un imprenditore, di un bene strumentale, la cui disponibilità viene tuttavia mantenuta in forza di un connesso rapporto di "leasing" -, che non può ritenersi necessariamente preordinata alla finalità di finanziamento con fraudolenta elusione del divieto di patto commissorio posto dall'art. 2744 cod. civ., salvo che lo scopo di garanzia non assurga, in concreto, a causa del contratto, qualora risulti da dati sintomatici e obiettivi che la vendita, nel quadro del rapporto volto a fornire liquidità all'impresa alienante, sia stata utilizzata per rafforzare la posizione del creditore-finanziatore, abusando della debolezza del debitore. Ove tali condizioni ricorrano, ai fini della determinazione delle imposte sui redditi ne consegue, anche in caso di "lease-back", come nell'ipotesi di "leasing", la deducibilità dei relativi canoni da parte dell'utilizzatore"; v. anche Cass. civ., Sez. III, sentenza 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, p. 531, in cui si afferma che "Alla stregua del concetto di "causa negoziale concreta" va affermato che non soltanto la totale impossibilità sopravvenuta della prestazione (id est, della sua esecuzione, tale da costituire un impedimento assoluto ed oggettivo a carattere definitivo) integra una fattispecie di automatica estinzione dell'obbligazione e risoluzione del contratto che ne costituisce la fonte ai sensi degli artt. 1463 e 1256, comma 1, c.c., in ragione del venir meno della relazione di interdipendenza funzionale in cui la medesima si trova con la prestazione della controparte, ma che lo stesso effetto consegue altresì alla impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore".

La dimensione "concreta" della causa consente di recuperarne il profilo funzionale riferito all'assetto sostanziale degli interessi definito dalle parti, ponendosi quale criterio di equilibrio tra volontà privata ed ordinamento, il quale, essendo ora informato ai valori costituzionali, impone un controllo effettivo e non più "astratto" della loro meritevolezza nei rapporti "tipici", analogamente a quanto l'art. 1322, comma secondo, c. c. prevede per i contratti "atipici"³¹³.

In dottrina deve essere segnalato anche l'orientamento volto ad utilizzare la nozione di "causa concreta" – oltre che come mezzo di interpretazione del contratto e di qualificazione dello stesso attraverso il procedimento di sussunzione dalla fattispecie fattuale³¹⁴ - quale strumento di controllo della giustizia dell'operazione negoziale sul piano sostanziale, relativamente all'equilibrio economico nell'ambito dei contratti commutativi³¹⁵.

Si tratta di una nuova utilizzazione dell'istituto in esame, considerato non soltanto nel momento iniziale della formazione del contratto, ma anche in quello dinamico o funzionale della sua esecuzione.

Potrebbero essere ricondotti al tema della "causa in concreto" gli eventuali fattori sopravvenuti nel corso del rapporto, che ne abbiano alterato l'originaria base, ossia che abbiano mutato l'assetto di interessi originariamente convenuto, aprendo la strada ad interventi correttivi, per come ampiamente si vedrà nel successivo capitolo³¹⁶.

L'idoneità della nozione di "causa" ad esplicitare molteplici funzioni - dalla funzionalizzazione dell'autonomia privata all'utilità sociale per la selezione degli interessi meritevoli; dall'interpretazione del contratto alla sua qualificazione, fino al controllo sull'adeguatezza delle prestazioni – ha indotto una dottrina a proporre un impiego che, lungi dal collocarsi nell'ambito del concettualismo dogmatico, la individua come "clausola generale" del sistema negoziale, suscettibile di utilizzazioni diversificate³¹⁷.

Tale prospettiva presenta l'indiscutibile vantaggio di superare gli inconvenienti derivanti dall'obsolescenza di una rigida definizione – anch'essa problematica – dell'istituto, per rafforzarne "il legame con l'ordinamento giuridico"³¹⁸, fungendo da "valvola" di ingresso

313 cfr. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, p. 96 ss.; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, cit., p. 72 ss.

314 v. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 448, il quale enumera le funzionalità di cui è suscettibile la "causa", rilevando come essa costituisca "fondamento della rilevanza giuridica del contratto. Affinché il contratto sia riconosciuto come giuridicamente impegnativo non è sufficiente che sussista l'accordo ma [...] occorre anche che l'accordo sia giustificato da un interesse apprezzabile. è in questo senso che la causa diviene elemento essenziale del contratto. Ne consegue pertanto la nullità del contratto che è diretto a realizzare un interesse non meritevole di tutela. La causa assume anche il ruolo di *criterio di interpretazione* del contratto. La causa assume ancora il ruolo di *criterio di qualificazione* del contratto. La causa, infine, assume il ruolo di *criterio di adeguamento* del contratto. I problemi che nascono in relazione agli eventi sopravvenuti che incidono sullo svolgimento del rapporto contrattuale (impossibilità, aggravio della prestazione, inadempimento, ecc.) possono trovare la loro appropriata soluzione solo in quanto si abbia presente l'interesse complessivamente perseguito dalle parti, ossia l'economia dell'affare".

315 v. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 231-232, la quale, inoltre, afferma che "E", dunque, ormai anacronistico escludere che il controllo sulla causa possa estendersi alla valutazione del contenuto delle prestazioni", aggiungendo che "il principio dell'insindacabilità dell'autonomia contrattuale come non può più rilevare al fine di attribuire tassatività all'equità [...], così non può più operare per giustificare l'irrelevanza dell'eccessivo squilibrio tra prestazione e controprestazione in sede di controllo causale". L'A. a p. 236 sottolinea, che "il passaggio logico sotteso alla soluzione individuata sta ultima analisi nell'applicazione della causa in concreto, che metta capo ad un giudizio di meritevolezza – nella specie sotto il profilo dello squilibrio – anche delle pattuizioni tipiche".

316 cfr. LANZILLO, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 56 ss.; BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo ed economia dello scambio*, cit., p. 1327 ss.

317 v. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 253 ss.

318 v. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 254, la quale afferma come "se la prospettiva della causa come clausola generale da un lato la disancora da un problema definitorio, che vada oltre la sua comprensione come funzione ed elemento oggettivo del contratto, dall'altro ne corrobora il legame con

nell'ambito dei rapporti intersoggettivi di quell'insieme di principi che emergono nel contesto socio-culturale e consentendone un costante adeguamento nel tempo.

La predetta ricostruzione permette, quindi, di affermare la funzionalità della "causa" nel consentire la diretta penetrazione dei valori costituzionali di matrice personalista e solidarista nell'ambito dei rapporti di natura contrattuale, riempiendo di contenuto la clausola generale causale ed, assurdo, conseguentemente al rango di parametri di validità dell'operazione negoziale.

5. *Formazione del consenso e tutela del contraente debole: dal volontarismo borghese alla disciplina italo-comunitaria. Rinvio.*

Nella presente sezione si esamineranno, adottando un metodo di indagine storico-positivo, i procedimenti di formazione del consenso contrattuale in relazione alle impostazioni ideologiche sottese al sistema legislativo. In particolar modo si farà riferimento alle tecniche di protezione del contraente-debole del rapporto ed alla matrice culturale che le ha ispirate, muovendo dall'egualitarismo formalista delle legislazioni ottocentesche fino alle regolamentazioni "differenziate" di derivazione comunitaria, volte a realizzare un riequilibrio normativo delle posizioni contrattuali delle parti, in origine sbilanciate per le loro differenti qualità soggettive³¹⁹.

Le menzionate linee guida richiedono una preliminare esposizione secondo un criterio descrittivo, con il rinvio ai capitoli successivi per l'analitica disamina dei vari istituti affrontati.

Nella concezione liberal-borghese, che ha ispirato le principali codificazioni delle leggi civili dell'Ottocento, il contratto costituiva l'espressione massima della libertà dell'individuo nei confronti dello Stato³²⁰.

L'autonomia contrattuale, infatti, era sottratta alle ingerenze statuali, riconoscendosi all'ordinamento il solo ruolo di definizione dei limiti esterni di esercizio, ed esprimeva la esclusiva volontà delle parti.

Dall'impostazione "individualista" o "volontarista", scaturiva una netta distinzione tra sfera "pubblica" e sfera "privata", col conseguente riconoscimento di efficacia giuridica vincolante ai soli accordi tra privati, rispondenti alla "effettiva" volontà delle parti³²¹.

l'ordinamento giuridico, dal quale mutuare i valori che essa può apprestarsi a tutelare, senza che ciò debba essere visto come un'inclinazione all'ideologia, posto che saranno le norme dell'ordinamento giuridico, concretamente ed oggettivamente poste, a guidare il giudice e l'interprete nell'attribuire di volta in volta contenuto applicativo alla causa e a legittimare l'interesse concreto perseguito dalle parti".

319 cfr. FOTI, *Autonomia privata e regolazione dei mercati. Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di Tommasini, Torino, 2007, p. 6 ss.; LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio*, cit., p. 326 ss.; GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 23 ss.; CHERUBINI, *Tutela del <<contraente debole>> nella formazione del consenso*, Torino, 2005;

320 cfr. GHESTIN, *Le contrat*, cit., p. 20; TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle "Loix civiles" di Jean Domat*, cit., p. 10 ss.; ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 15 ss.; BARBERO, *Rilevanza della volontà del negozio*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940; ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 54, il quale rileva come il *Code civil* sia una "struttura fondata sulla libertà: di obbligarsi, di esercitare i poteri proprietari, entro i limiti stabiliti dall'ordine pubblico, dal buon costume, dai diritti altrui di agire, salvo l'obbligo di rispondere per i danni arrecati intenzionalmente o colpevolmente ai terzi".

321 v. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 103, il quale seguendo la propria impostazione liberale afferma che "dalla stessa definizione del negozio giuridico si dovrebbe desumere che esso p nullo quante volte manca la volontà: per es., perché le parole adoperate non coincidono con l'interno volere o perché le dichiarazioni dei due soggetti non corrispondono tra loro" cfr. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 265 ss.

In quest'ottica, il "consenso" dei contraenti riveste un ruolo primario, essendo l'esclusivo "fondamento della vincolatività del contratto", sottratto ad ogni limite d'interesse diretto dello Stato³²².

I privati sono liberi di autoregolamentare i propri rapporti nel modo più opportuno e consono agli assetti prescelti, ritenendosi legittimi anche scambi economicamente sperequati e sproporzionati o volti al soddisfacimento di interessi "futili" connessi al "capriccio" individuale, a condizione che la contrattazione non leda interessi di ordine pubblico o di rilevanza sociale³²³; la funzione principale dell'ordinamento è quella di garantire l'eguaglianza formale dei contraenti nella fase delle negoziazioni, avendo di mira la mera coincidenza del contratto con la loro volontà effettiva.

Seguendo quest'ordine di idee si comprende la *ratio* giustificativa delle norme inerenti ai c. d. vizi del consenso e più in generale all'insieme di istituti volti a salvaguardare la correttezza esteriore del processo di autodeterminazione dei privati³²⁴.

In tale impostazione propria della normativa orientata alla ideologia liberale, il punto di incontro tra autonomia privata e potere statale era esterno ai contenuti negoziali, ossia alla sfera della volontà dei contraenti, essendo tesa ad attuare la libertà ed eguaglianza dei contraenti medesimi entro i limiti della compatibilità e non della convergenza con gli interessi propri dello Stato o comunque coinvolgenti quelli di ordine collettivo.

L'autonomia rimarchevole nell'attività contrattuale individuale trovava riscontro nella separazione legislativa tra rapporti privatistici e rapporti commerciali (suscettibili anche di rilevanza sociale) e nella esistenza di due codificazioni ben distinte.

322 v. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 15-16 e p. 19, laddove sottolinea come, nella concezione liberale ottocentesca, "la libertà dei modi di formazione del consenso è reputata componente essenziale della stessa autonomia privata. La disciplina dei relativi procedimenti che avrebbe funzione di controllo e assumerebbe valenza soltanto negativa è decisamente esclusa".

323 cfr. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 8-9, la quale rileva come "il sistema di principi elaborato dagli economisti classici si caratterizza non solo e non tanto per le sue scelte non interventiste in materia di economia e di prezzi, quanto per aver collegato tali scelte al rispetto di valori e di regole di comportamento (libertà e uguaglianza), destinate a far sì che i contratti, ed il sistema economico complessivo, si assestassero secondo principi di equilibrio e di giustizia, garantendo contemporaneamente ad ognuno l'opportunità di promuovere i suoi talenti e di migliorare le sue condizioni. Secondo tali principi, "la piena libertà di ognuno di agire in vista del massimo utile ed in competizione con tutti e, contemporaneamente, l'uguaglianza di tutti gli operatori economici sul mercato, sono premessa e garanzia della congruità e adeguatezza sia dei prezzi negoziali (o *soggettivi*, cioè convenuti nel singolo contratto) sia dei prezzi di mercato (od *oggettivi*)"; i principi cardine del pensiero liberale in ambito negoziale emergono con chiarezza in STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. IX, il quale afferma che "nell'esplicare la propria attività se e come voglia, subendo i danni e godendo i vantaggi della determinazione presa, si compendia la libertà dell'uomo, il quale può ed anzi dev'essere arbitro di assumere gl'impegni che gli convengono e di acquistare i diritti che crede, celebrando nozze o riconoscendo figli, comperando cose altrui o donando le proprie, concedendo lavori in appalto o prestando l'opera sua, consentendo a mutui o a comodati, istituendo eredi o disponendo legati, concludendo insomma volontariamente ogni atto che legghi sé ad altri e, se del caso, altri a sé: <<comme l'homme est libre, il y a des engagements où il entre par sa volonté>> [ndr. DOMAT]"; cfr. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1345 ss.

324 cfr. MATTEI, *Consenso viziato, lesione e abuso della controparte*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 653 ss.; MAZZA, *L'azione generale di rescissione per lesione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 969 ss.; MINERVINI, *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 764 ss.; sul punto v. GALLO, *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010, p. 1760, il quale rileva che "ai fini della validità del contratto era considerato sufficiente che lo scambio fosse stato effettivamente voluto e desiderato, a prescindere da accertamenti circa la sua equità sostanziale. la diffusione delle concezioni volontariste rendeva in altre parole le parti le uniche arbitre dei loro interessi di natura patrimoniale. Dal dogma della volontà discendevano a sua volta due conseguenze ulteriori, da un lato la svalutazione dei rimedi equitativi, come per esempio la rescissione del contratto per lesione e la *calusola rebus sic stantibus*, che non sono contemplati dalle due principali codificazioni del diciannovesimo secolo, vale a dire quella francese e quella tedesca; e dall'altro lato la grande enfasi riposta nella disciplina tradizionale dei vizi del consenso, errore, dolo e violenza, e soprattutto il grande sviluppo subito dall'istituto dell'errore".

Mentre nei primi il dogma volontaristico si traduceva, ai fini della validità del negozio, nella necessità di una piena corrispondenza tra volontà espressa e volontà effettiva, nei secondi le esigenze di stabilità dei traffici e di celerità degli stessi inducevano a riconoscere un ruolo principale, ai fini della vincolatività dell'accordo, alla "dichiarazione" contrattuale ed all'affidamento che essa era ragionevolmente idonea a far sorgere nei terzi³²⁵.

Il codice civile del 1865, inoltre, non regolamentava la formazione del consenso, che restava libero da ogni schema procedimentale, ma dedicava una marginale disciplina ai vizi che incidavano sul relativo processo genetico, in quanto lesivi dell'uguaglianza e della libertà formale delle parti nell'autoderminazione di addivenire alla stipulazione della convenzione³²⁶.

Il dogma volontaristico, coerente all'individualismo borghese, subiva, invece, un temperamento nel codice di commercio del 1882, che seppur rispondente al su esposto impianto ideologico, mostrava una parziale apertura alle esigenze di certezza e stabilità proprie dei traffici commerciali, individuando, nell'art. 36, il momento perfezionativo dei contratti a distanza nella conoscenza dell'accettazione da parte del proponente³²⁷.

Siffatta impostazione prevalse in una situazione politico-istituzionale che individuava nella nascente impresa il proprio "veicolo" di sviluppo socio-economico, in quanto idonea a realizzare il c. d. processo "commercializzazione" del diritto civile, poi tradottosi nell'abrogazione dei codici previgenti e nell'unificazione delle discipline di tutti i rapporti privatistici nel codice civile del 1942³²⁸.

Nel vigente contesto, il contratto è divenuto uno "strumento complesso" volto a "mediare la soggettività del volere con le oggettive necessità del mercato", con la conseguenza della diffusione sul piano normativo di regole preordinate alla tutela della buona fede del terzo e dell'altro contraente e del loro affidamento in ordine alla dichiarazione della controparte, limitando la rilevanza giuridica della interna volontà della parte e regolamentando il processo di formazione del consenso³²⁹.

La formazione della volontà contrattuale risulta comunque tutelata dalle previsioni in tema di vizi del consenso ed in altri istituti quali la rescissione per lesione o l'usura, finalizzati a proteggere il contraente debole, riconoscendogli la possibilità di sottrarsi ad un vincolo realizzato mediante l'approffittamento della sua condizione di debolezza psicologica e facendo salve le "giuste" pattuizioni consapevolmente volute dalle parti³³⁰.

325 v. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 20-21, il quale significativamente rileva come "La separazione tra codici, civile e di commercio, assume del resto un significato ancora una volta politico. Segnatamente essa esprime assai bene una doppia anima della borghesia ottocentesca. L'affermazione del dominio della volontà da un lato; la necessità della sicurezza offerta dai procedimenti regolamentati, dall'altro. Da un lato la borghesia media e quella fondiaria, l'aspirazione ad un ordine statico e la difesa dei diritti acquisiti con la rivoluzione francese, anzitutto quelli proprietari; dall'altro lato i ceti industriale e del commercio, e la necessità di sostenere l'allargamento dei mercati con una disciplina idonea a garantire certezza agli scambi. Due differenti e contrapposte espressioni dell'individualismo borghese, fondate su due differenti concezioni della stessa finalità del diritto e della ragione delle tutele da questo apprestate".

326 cfr. ROPPO, Voce "Contratto", cit., p. 103 ss.; FERRI, *Considerazioni in tema di formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 187 ss.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966; VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968.

327 v. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, cit., p. 175 ss.

328 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 770, il quale sottolinea come "L'aver ricondotto ad unità il sistema ha imposto di tenere conto delle necessità del commercio che pretendono una obiettivizzazione del rapporto in funzione di una migliore e più facile circolazione dei beni, a cui è da ostacolo un'eccessiva rilevanza dell'interno volere dei soggetti".

329 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 770

330 v. VIOLANTE, Voce "Usura" (*delitto di*), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 381 ss.; CARRESI, *La fattispecie dell'azione di rescissione*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, Padova, 1965, p. 115 ss.; CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Commentario al Codice civile* diretto da Schelinger, Milano, 2000, p. 1 ss.; MIRABELLI, Voce "Rescissione" (*diritto civile*), in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 579 ss.

L'effetto invalidante collegato ai menzionati vizi è circoscritto ad ipotesi normativamente delineate, come in tema di errore, che comporta l'annullamento del negozio soltanto se "rilevante" ed "essenziale".

L'oggettivazione del contratto attraverso la formazione del consenso, ai sensi degli artt. 1326 e ss. c. c., pure essendo funzionale alle finalità del regime politico vigente nel 1942, contempera la tutela prioritaria della volontà reale della parte con quella dell'altro contraente in modo da bilanciare la proposta e l'accettazione con criteri di ragionevolezza e di equo coordinamento e da garantire gli interessi degli stipulanti congiuntamente alla stabilità e all'efficienza delle pattuizioni.

In questo quadro regolamentare si trovano a coesistere elementi eterogenei, in quanto il ruolo cardine riconosciuto alla volontà – che si risolve tendenzialmente a vantaggio del contraente più forte – è temperato in ragione della tutela dell'affidamento dell'altra parte: la protezione del soggetto più debole è insita nell'accordo il quale, per la sua struttura bilaterale, attua la sintesi degli interessi rispettivi delle parti e contestualmente è funzionale ad esigenze di portata sociale³³¹.

La tutela equilibrata delle posizioni delle parti deriva anche, con particolare evidenza, dagli artt. 1341 e 1342 c. c.³³².

La prima disposizione, infatti, richiede la conoscenza, da parte del contraente non predisponente, delle condizioni generali del contratto ed impone per quelle ingiustamente sperequative l'onere della specifica approvazione per iscritto, a pena di inefficacia.

A protezione del contraente debole è operativa anche la seconda delle disposizioni citate, in cui, in riferimento ai contratti standard, è prevista la prevalenza delle clausole aggiunte rispetto a quelle contemplate nel modulo o formulario.

Pertanto, appare condivisibile l'autorevole opinione secondo cui la disciplina codicistica sia riuscita a contemperare le contrapposte esigenze del mercato con quelle della tutela della parte debole, pur riconoscendo un ruolo primario al "consenso fondato sulla volontà", quale fattore essenziale delle dinamiche negoziali³³³.

Il mutamento del regime politico del Paese e l'avvento della Costituzione democratica ispirata ai principi del solidarismo e del *favor personae* non hanno avuto un impatto eccessivo

331 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 770; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 162 ss.; discorda STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 107-108, il quale ritiene che il codice civile abbia comunque adottato la teoria della volontà, respingendo quella dell'affidamento, in quanto "Nella redazione originaria l'articolo 230 del progetto, oltre ad imporre di indagare la comune intenzione delle parti per interpretare l'atto, aggiungeva espressamente che per determinarla occorre dare <<alle dichiarazioni di ciascuno dei contraenti il significato che l'altro poteva in buona fede attribuirgli>>. Sembrava quindi che si volesse accogliere la teoria dell'affidamento, essendosi dato il massimo peso all'opinione del destinatario. Senonché, nel redigere l'art. 1362 al 1 del codice, è scomparsa proprio l'aggiunta surriferita! Il testo del progetto è stato dunque mutilato in senso contrario a quello immaginato dalla relazione: come si fa allora ad assegnare un qualche valore al proposito iniziale che non ha poi avuto seguito? La soppressione di quell'inciso caratteristico rende infatti manifesto che il legislatore voleva in origine, ma alla fine non ha voluto aderire alla teoria dell'affidamento".

332 cfr. LISERRE, *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di Cesaro, Padova, 1994, p. 22 ss.; PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996; MORELLO, Voce "Condizioni generali di contratto", in *Dig. it. – sez. priv.*, III, Torino, 1988; ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975.

333 v. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 66, il quale afferma che "l'impressione complessiva è che il consenso fondato sulla volontà resti il perno dell'autonomia privata e che attraverso la tutela dell'affidamento – con la tecnica della ricezione e della percezione e il corrispondente riequilibrio delle posizioni dei contraenti – si sia semmai spostato l'accento da un generico principio di libertà a quello di democrazia secondo il quale nessuno può essere vincolato da un regola alla quale non abbia acconsentito". Ed ancora l'illustre A. rileva come "il legislatore del 1942 ha dato un forte segnale sul piano del metodo, dimostrando di saper conciliare, attraverso l'uso raffinato di strumenti concettuali, quell'idea [ndr il volontarismo liberale] con la necessità di sicurezza dei traffici, di tutela del mercato e di garanzia dei contraenti svantaggiati".

sulla struttura dei procedimenti formativi del consenso, emergente dal codice civile, in quanto questa non è ostativa alla penetrazione dei valori fondamentali in seno ai rapporti negoziale ed è, anzi, compatibile con l’esigenza di addivenire ad un equo bilanciamento degli interessi confliggenti.

Tuttavia, in taluni settori contrassegnati dalla particolare debolezza di uno dei contraenti, il legislatore è intervenuto imponendo forme di “assistenza” dell’autonomia privata volte a tutelare la formazione del consenso della parte svantaggiata, al cui effettivo rispetto è subordinata la validità o l’efficacia della convenzione.

Si tratta delle ipotesi dei c. d. “patti in deroga” rispetto al regime vincolistico stabilito dalla legge; le manifestazioni più notevoli si sono verificate nell’ambito dei rapporti agrari – legge 3 maggio 1982, n. 203, art. 45, in cui la partecipazione alla formazione del contratto delle organizzazioni sindacali assurge a condizione di validità del negozio derogatorio – ed in materia di locazioni di immobili urbani in relazione alla durata ed alla entità dei canoni legali³³⁴.

Il sistema descritto – pur mantenendo intatta la sua generale operatività – ha subito ampi mutamenti per effetto delle sopravvenute normative comunitarie, dirette a regolare transazioni commerciali che, per la globalizzazione dei mercati ed il progresso tecnologico, sono praticate sempre più frequentemente tra soggetti in posizione di notevole disparità di potere contrattuale anche su scala internazionale³³⁵.

L’esigenza di tutelare la formazione del consenso del contraente debole si presenta in modo pressante nelle situazioni che coinvolgono l’efficienza del mercato, particolarmente a seguito del riconoscimento della rilevanza personalistica, e non soltanto economica, dei rapporti riferiti al soggetto quale consumatore³³⁶.

Il legislatore italo-comunitario ha predisposto rimedi innovativi estranei alla esperienza giuridica continentale, volti a garantire la validità del consenso della parte debole come presupposto per il riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti.

Questo obiettivo è perseguito mediante un’incisiva “procedimentalizzazione” della formazione del negozio, esplicantesi attraverso l’osservanza di vincoli formali ed informativi a carico del contraente “forte”, diretti a ripristinare l’eguaglianza delle parti, ossia con la rimozione degli squilibri conoscitivi originari, con l’osservanza del canone di buona fede nella gestione del rapporto e con la generalizzata previsione del diritto di recesso, inteso come *jus poenitendi* o facoltà di ripensamento³³⁷.

Di particolare importanza per la funzione protettiva del contraente debole è il requisito formale della scrittura, costituente il veicolo d’ingresso nella convenzione delle informazioni necessarie a garantire la piena consapevolezza del contraente debole in ordine ai dati oggettivi e soggettivi del rapporto e, quindi, la genuinità della dichiarazione negoziale, dacché la regola generica ed informale della buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c. c.) era inadeguata al fine della tutela equilibrata delle parti³³⁸.

334 v. ampiamente in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 399 ss.; CASADEI-GERMANÒ (a cura di), *Autonomia privata assistita e autonomia collettiva nei contratti agrari – Art. 45, l. 3 maggio 1982, n. 203*, Milano, 1992; CAPIZZANO, *I miglioramenti agrari nella teoria dell’impresa e dell’azienda*, Milano, 1984, *Premessa*, p. III ss.

335 v. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002; FABRIS, *Consumatore e mercato. Le nuove regole*, Milano, 1995; RODOTÀ, *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore*, Napoli, 1998.

336 v. P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di Perlingieri e Caterini, Rende, 2004, p. 18 ss.

337 v. BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell’Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 367; DE NOVA, Voce “Recesso”, in *Dig. it.-sez. priv.*, Torino, 1997, p. 314 ss.; A. M. GAMBINO, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, p. 252 ss.

338 v. DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 215; GABRIELLI-ORESTANO, Voce “Contratti del consumatore”, in *Dig. it.-sez. priv.*, Agg., Torino, 2008 rist., p. 235, i

In merito al diritto di recesso deve sottolinearsi il significativo mutamento di prospettiva rispetto all’inquadramento preesistente. Tale istituto non ha più carattere eccezionale, essendo “naturalmente” connesso alle contrattazioni tra professionisti e consumatori, sia nella variante di *jus poenitendi* – atto a consentire lo scioglimento del vincolo negoziale per effetto della iniziativa unilaterale del contraente-debole entro un certo limite temporale-, sia come recesso impugnatorio, volto a “liberare” la parte debole da un vincolo contrattuale a seguito della variazione unilaterale, ad iniziativa dell’altro contraente, di condizioni originariamente pattuite.

La previsione generale del diritto di ripensamento ha indotto a riflettere sul carattere “procedimentale” della formazione del consenso nei contratti del consumatore ed in particolare sulla questione se il momento perfezionativo dell’accordo debba coincidere, non già con la stipulazione del negozio, ma con il vano decorso del termine di esercizio del diritto di recesso³³⁹.

A questa ricostruzione si aggiungono i c. d. nuovi vizi del consenso, i quali, seppur per sommi capi riconducibili nello schema base dell’“errore” e del “dolo”, prendono in considerazione fattori di emergenza commerciale, connessi all’impiego delle recenti tecnologie ed alle modalità contrattuali “per adesione”, idonee a perturbare il procedimento volitivo del contraente debole³⁴⁰.

Si tratta di fattori perturbatori essenzialmente connessi alla “posizione di debolezza” di un contraente “nei confronti di una parte <<professionale>>”, la quale è in grado di trarne immediato vantaggio, avvalendosi di tecniche di contrattazione che non contemplano la fase delle trattative e rispetto alle quali il consenso della parte debole abitualmente si manifesta solo sul piano dell’accettazione pura e semplice del regolamento negoziale unilateralmente predisposto da un soggetto imprenditore dotato di un ampio patrimonio conoscitivo e di una netta preponderanza economica³⁴¹.

Tali questioni diventano più complesse qualora si utilizzino tecniche di comunicazione telematiche anche per la conclusione del contratto, le cui modalità asettiche, sfornite della

quali rilevano che “la 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”.

339 v. BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 368, il quale si pone il quesito se “le diverse figure di recesso”, previste dal Codice del consumo, “siano vere ipotesi di recesso, che come tali privano di efficacia il contratto già concluso, oppure rappresentino una revoca del consenso che impedisce la conclusione del contratto”; v., inoltre, CHERUBINI, *Tutela del <<contraente debole>> nella formazione del consenso*, cit., p. 75, la quale in ordine alla previsione del recesso nell’ambito della normazione comunitaria, rileva come essa sia ispirata da un dato comune: “la finalità di tutela del contraente al quale le modalità della stipulazione o altre particolari circostanze possono impedire di esprimere un consenso del tutto libero e ponderato”, cosicché “La previsione di <<un periodo di riflessione>> mira ad attribuire a quest’ultimo la possibilità di assumere nuovi elementi di giudizio, di comprenderne e valutare meglio i termini dell’operazione prima di vincolarsi definitivamente”.

340 I c. d. nuovi vizi del consenso sono individuati nelle figure di derivazione comunitaria della la “pubblicità ingannevole”, delle “pratiche commerciali scorrette”, della “sorpresa”, dell’“abuso di dipendenza economica”, dell’“abuso della libertà contrattuale” e dell’“abuso di posizione dominante”, di cui si dirà in seguito. Sul punto è riscontrabile un’ampia bibliografia: v. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizioni di prezzi non equi*, Milano, 1989; DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Studi in onore di Cian*, Padova, 2010, I, p. 797 ss.; GIANOLA, Voce “Sorpresa”, in *Dig. it. – sez. priv., Agg.*, Torino, 2009, p. 510 ss.; MARRANA, *La pubblicità ingannevole*, Napoli, 2002; PERA, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 485; ZORZI, *Il controllo dell’attività garante della concorrenza e del mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 671.

341 v. CHERUBINI, *Tutela del <<contraente debole>> nella formazione del consenso*, cit., p. 7-8, la quale afferma che “Le nuove fattispecie <<viziati>> si legano alla posizione contrattuale del soggetto: posizione di debolezza nei confronti di una parte <<professionale>> che è in grado di far valere la propria superiorità economica, organizzativa e conoscitiva; di utilizzare tecniche di persuasione atte a menomare la capacità di ponderazione della controparte. Esse tendono a presentarsi come caratteristiche strutturali di interi settori di contrattazioni, in ragione della qualità dei contraenti, delle modalità della stipulazione o dello stesso contenuto contrattuale standardizzato”.

presenza fisica delle parti e dello scambio di informazioni (trattative) necessarie per la maturazione e convergenza del consenso negoziale, hanno indotto taluni a qualificare siffatto rapporto con la suggestiva definizione di "scambi senza accordo"³⁴².

In questo quadro anomalo si collocano la "pubblicità ingannevole", le "pratiche commerciali scorrette", la "sorpresa", "l'abuso di dipendenza economica", "l'abuso della libertà contrattuale" e "l'abuso di posizione dominante", contro i quali sono intervenuti gli strumenti di protezione stabiliti in larga parte dal Codice del consumo e dalla legislazione italo-comunitaria.

Le considerazioni che precedono, contenenti accenni volutamente sintetici alle questioni che saranno esaminate nelle pagine a seguire, tendono a mettere in luce il ruolo chiave che la formazione del consenso riveste nel temperamento delle opposte istanze economiche e personalistiche nei rapporti negoziali.

Le istanze riferite alle persone dei contraenti, avendo riflessi sulla economia generale e rilevanza sociale, secondo l'attuale assetto giuridico devono essere coerenti con gli interessi generali – nazionali e comunitari – e, pertanto, postulano una disciplina dell'autonomia privata che sia indirizzata alla coesione coi valori supremi e con l'efficienza dell'economica globale³⁴³.

Infatti, in questa fase essenziale del contratto si incontrano i fattori ideologizzanti legati alla concezione di parte, quale "centro di interessi" o "persona", e quelli relativi alla funzione che l'atto di autonomia svolge nel contesto del mercato, ossia il suo porsi al servizio dell'efficienza economica o della solidarietà sociale.

Nessuna di queste istanze prevale in assoluto, trovando per contro una sintesi compromissoria nella disciplina vigente, che tende a riconoscere sempre di più alla procedimentalizzazione del consenso, un ruolo di protezione della parte contrattuale debole, in virtù della sua valenza personalistica, benché ne risulti ancora oggi prevalente la ricostruzione strumentale alla realizzazione della piena concorrenza nel mercato³⁴⁴.

Tuttavia, non può sottacersi come l'indirizzo assiologico incontri sempre maggiori favori determinati dal riconoscimento dell'incidenza diretta dei valori fondamentali sul complesso delle attività umane che abbiano rilevanza giuridica.

342 v. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, p. 167 e 171-172, il quale sottolinea l'importanza del dialogo come presupposto dell'accordo, affermando che "L'accordo, di cui discorrono i codici civili, non coincide con le unilaterali decisioni di attuare lo scambio; queste sono soltanto i presupposti o le ragioni, che spingono le parti ad aprire il circuito delle domande e delle risposte. Uomini, dapprima l'uno all'altro ignoti e indifferenti, si scambiano parole, poiché hanno deciso di scambiarsi beni. Lo scambio di valori economici è insieme scambio di valori linguistici". Tuttavia, la considerazione che l'attuale società capitalistica - basata essenzialmente sulla contrattazione di massa - non contempra più il "dialogo" dei contraenti quale presupposto per la conclusione del negozio, induce l'illustre A. a ritenere che "Spento il dialogo, l'accordo è tutto nell'unilaterale predisposizione del testo scritto e nell'unilaterale adesione. All'esigenza del dialogo, che impronta la disciplina dei codici, subentra la semplice *tutela della consapevolezza*: coscienza di una decisione individuale, e non il reciproco dire e capire dell'autentico dialogare. C'è ancora la parola, ma strappata dal dialogo, e resa *immobile e statica* in un testo grafico, che attende soltanto un sì o un no. Destinati a soddisfare bisogni di massa, i contratti per adesione, uniformi e ripetitivi, rinunciano a ciò che la massa non può né vuole svolgere: il personale e faticoso dialogare. Così, imprese e destinatari dei beni e tecnologie si trovano nel rifiuto del dialogo e nella semplificazione dilemmatica della scelta. La parola sopravvive nel testo grafico; tramontato è il dialogo".

343 cfr. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 92; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 472 ss.

344 v. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 138 ss.; BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1999, p. 170 ss.

6. *Dal concetto di "contenuto" del contratto, quale espressione immediata della volontà delle parti a quello di "regolamento negoziale", quale risultato della convergenza di fonti ulteriori alla volontà privata. Premesse al tema dell'equilibrio contrattuale. Rinvio.*

Tra i vari elementi contrattuali, quello più sensibile alla incidenza dei valori fondamentali e confacente ad una rilettura assiologica - sia sul piano strutturale, per ciò che concerne la determinazione della fattispecie contrattuale, che su quello dinamico relativo alla disciplina funzionale del rapporto - è costituito dal "contenuto" od "oggetto".

Infatti, dalla determinazione delle fonti del regolamento contrattuale, dal loro diverso atteggiarsi nella definizione dello stesso, dal mantenimento nel corso della relazione obbligatoria del rapporto di aderenza alla volontà originariamente manifestata dalle parti, discende un significativo orientamento dell'autonomia privata verso le finalità che di volta in volta l'ordinamento si propone di realizzare³⁴⁵.

Sul punto, si sono avvicendate nel tempo e nei sistemi giuridici diverse ricostruzioni che hanno dimostrato le differenti funzionalità del contratto, ponendone l'accento sulle caratteristiche strutturali o su quelle relazionali.

Nella concezione liberale classica, il contenuto del contratto è costituito dall'assetto di interessi convenuto dalle parti in sede di stipulazione, il quale resta cristallizzato a quel momento, senza che eventi sopravvenuti possano imporre una variazione o revisione, a meno che questi siano caratterizzati da un livello accentuato di imprevedibilità, dall'ambito del consenso dalle stesse manifestato³⁴⁶.

È proprio nel contenuto del contratto che si viene a sostanziare il dogma volontaristico, essendo questo il "risultato" dell'esercizio dell'autonomia privata, rispetto al quale si registra un rapporto di identità con la volontà delle parti.

Siffatta concezione si basa sulla dimensione statica del contratto, il quale al momento della sua conclusione acquista "forza di legge" tra le parti e definisce un assetto di interessi immutabile unilateralmente per iniziativa di una di esse.

A fronte di questa impostazione rigida, si segnala il quadro codicistico che tempera il carattere volontaristico del contratto, sia prevedendo istituti - funzionali alla concezione sociale di controllo dell'autonomia negoziale - volti a sottrarre alcune aree alla determinazione dei privati ed a sottoporle alla legge (è il caso dell'art. 1339 c. c. in tema di inserzione automatica di clausole), sia contemplando tra le fonti del rapporto oltre alla volontà delle parti, la legge, gli usi e l'equità (art. 1374 c. c.)³⁴⁷.

345 v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004 rist.; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 65 ss.

346 v. SCALFI, *Teoria del negozio giuridico*, p. 210 ss., il quale efficacemente rileva che "Siccome il negozio giuridico si fonda sulla volontà dei singoli, unicamente ad essi tocca stabilire il contenuto dell'atto che vogliono compiere perché nessuno meglio di loro è giudice dell'opportunità o della convenienza di dare vita e disciplina ai rapporti che li concernono personalmente: a ragione quindi l'art. 1372 pr. esordisce con la massima tradizionale <<il contratto ha forza di legge tra le parti>>, la quale costituisce il cardine del nostro diritto privato"; cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1960; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973; AULETTA, *Risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 170 ss.; OSILIA, *Sul fondamento della risoluzione del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 15 ss.

347 v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 2 ss.; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 86 ss.; SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 5 ss.; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., p. 8 ss.; CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit., p. 15 ss.; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 5 ss.; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 10 ss.

Il riferimento a questi aspetti, relativi a fattori eteronomi rispetto alla manifestazione volitiva, ha indotto la dottrina a ritenere preferibile all'espressione di "contenuto", quella di "regolamento contrattuale", inteso quale risultante del concorso di una pluralità di fonti³⁴⁸.

L'assetto normativo che ne deriva, pur prevedendo originariamente un controllo dirigitico dell'autonomia privata, è idoneo a consentire ulteriori funzionalizzazioni del contratto, collegate a concezioni ideologiche differenti.

Superando le ricostruzioni politicizzate volte a subordinare l'interesse privato alla sua rilevanza pubblicistica, quale "frammento" dell'interesse statale, ed incentrate sulla considerazione del contratto solo sotto il profilo strutturale, si segnalano le recenti impostazioni riguardanti il piano dinamico della fattispecie, ossia gli aspetti relazionali con finalità ulteriori.

In riferimento a tali finalità devono distinguersi le teorie economicistiche, le quali, avendo come obiettivo prioritario l'efficienza dei mercati, ritengono necessario adattare il contratto alle sopravvenienze per assicurarne la conservazione³⁴⁹; e le teorie assiologiche, che, considerando il contratto uno strumento volto alla realizzazione dei valori fondamentali di ordine solidaristico, adeguano il regolamento negoziale in modo da renderlo coerente con la dignità della persona, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza³⁵⁰.

In entrambe le impostazioni, tuttavia, ricorrono elementi comuni, quali: il riconoscimento del carattere equiordinato delle fonti di integrazione del contratto di cui all'art. 1374 c. c., rispetto alla volontà delle parti, e la loro operatività simultanea nella determinazione del regolamento negoziale³⁵¹; l'individuazione dello strumento di adeguamento del contenuto contrattuale alle finalità ulteriori nell'attribuzione al giudice di un potere di eterointegrazione su base equitativa³⁵².

La grande attualità delle questioni in esame, è dimostrata, sul piano normativo, dalla legislazione italo-comunitaria e dai principi di diritto europeo dei contratti, laddove si registra un significativo discostamento dalla dogmatica negoziale tradizionale, per mettere in risalto le implicazioni relazionali e funzionali del contratto, sia a livello del diritto vivente, sia nell'attribuzione al giudice del potere-dovere di garantire la proporzionalità oggettiva tra le prestazioni³⁵³.

348 In questo senso, tra gli altri, v. chiaramente GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 901, il quale afferma che in generale "si identifica il contenuto con l'insieme delle pattuizioni private, il <<voluto>> [...], frutto cioè di autoregolamentazione, in tal modo respingendo nell'area degli effetti i vincoli derivanti da fonti eteronome. Tale impostazione non appare da condividere, perché [...] sembra più produttiva aver riguardo al regolamento contrattuale (o negoziale) frutto dell'apporto di tutte le fonti che concorrono alla formazione della regola concretamente vincolante".

349 v. MACNEIL, *The Relational Theory of Contract*, London, 2001;

350 v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* a cura di Ferroni, Napoli, 2002, p. 49 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.; LANZILLO, *La proporzionalità fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto e le sue tutele*, Milano, 2000; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 1 ss.; ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss.

351 v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 68 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 102 ss.

352 v. SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della norma sul regolamento contrattuale*, in *Incontro di studio "squilibrio contrattuale e strumenti di tutela"*, Roma 22-24 aprile 2002, CSM, p. 1 ss.; DI MARZIO, *Regolamento contrattuale, intervento giudiziario e tutela dei consumatori*, in *Incontri di studio Roma 16 novembre 2005* CSM, p. 1 ss.

353 v. MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo* a cura di Grilli e Sassi, cit., p. 599 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 309 ss.; TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e Impr.*, II, 1998, p. 469 ss.

Siffatti aspetti, che aprono al riconoscimento dell'incidenza concreta dei diritti umani nei rapporti patrimoniali, riconducono alla più ampia tematica dell'equilibrio contrattuale, alla quale si rinvia per una trattazione analitica.

7. *Gli elementi accidentali del contratto: la condizione ed il "modo". Il metodo interpretativo e la qualificazione di illiceità per contrarietà ai principi fondamentali.*

Gli elementi accidentali del negozio giuridico, pur inerendo alla sua struttura, non sono requisiti essenziali, come appare evidente dalla loro qualifica; la presenza degli stessi incide sull'efficacia dell'atto di autonomia, subordinandola in vario modo alla ricorrenza di determinati eventi ovvero al soddisfacimento di precisi obblighi³⁵⁴.

Per la grande rilevanza effettuale della loro funzione, questi elementi vanno inclusi nel sistema dei valori fondamentali, secondo un metodo interpretativo costituzionalmente orientato.

A tal fine occorre far riferimento ai principi elaborati dal diritto vivente in ambito successorio e degli atti di liberalità in generale, i quali, nonostante la diversità dei loro contenuti, sono ispirati alla comune *ratio* della conservazione di negozi il più delle volte irripetibili e della opportunità di tutelare l'effettiva volontà del disponente³⁵⁵; essi possono essere estesi, con i dovuti limiti, anche al diritto contrattuale in senso proprio, data la loro valenza assiologica di base.

In merito all'elemento condizionale, il problema si pone essenzialmente con riguardo alla "condizione illecita". Questa, come noto, sulla base del disposto di cui all'art. 1354 c. c., rende nullo il contratto a cui è apposta.

Si tratta di una conseguenza in linea con l'esigenza di escludere dalla protezione dell'ordinamento convenzioni private, la cui efficacia è di fatto subordinata, sospensivamente o risolutivamente, al verificarsi di eventi consistenti in comportamenti contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume³⁵⁶.

Al riguardo, si deve rilevare come la successiva entrata in vigore della Costituzione, contenente i principi fondamentali di ordine personalista, introduce nell'"area" della illiceità anche quegli eventi dedotti in condizione, che subordinano l'efficacia del contratto al compimento di attività lesive della dignità umana, in quanto volti a violare la libertà di autodeterminazione della parte³⁵⁷.

Conseguentemente, al fine di procedere alla qualificazione del carattere "lecito" o "illecito" della condizione, non dovrà procedersi soltanto ad una sua valutazione di conformità astratta

354 v. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 537 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 933 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 257 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 524 ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 13; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193 ss.; RESCIGNO, Voce "Condizione (diritto vigente)", in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 765 ss.; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, I, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1948, p. 439.

355 v. ANDRINI, *La condizione nel testamento*, in *Le successioni testamentarie*, a cura di Bianca, in *Giur. sist. dir. civ.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1983, p. 110 ss.; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970.

356 v. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 547, il quale afferma che "La condizione è illecita [...] per l'abusivo condizionamento della persona del contraente ovvero per la illiceità del fatto dedotto. L'abusivo condizionamento della persona del contraente è riscontrabile quando la condizione si sostanzia in un mezzo di coercizione del soggetto, lesivo dei suoi interessi esistenziali [...]. L'illiceità della condizione può poi riflettere la illiceità del fatto dal quale dipende l'efficacia del contratto (si pensi ad un contratto condizionato al risultato positivo di un'indebita pressione su un'amministrazione pubblica)".

357 v. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali. L'art. 23 cost., come norma di chiusura*, Milano, 2007; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, I, p. 90 ss.

alle norme imperative ed alle regole positive del sistema, ma in primo luogo dovrà procedersi alla interpretazione della condizione stessa alla luce dei principi costituzionali e comunitari posti a tutela della persona³⁵⁸.

In tal senso, come accennato, la giurisprudenza di legittimità, in materia testamentaria, ha dichiarato illecita la condizione di contrarre matrimonio, che seppur finalizzata al compimento di atto non socialmente riprovevole, alla luce dei valori fondamentali risulta lesiva della libertà di autodeterminazione del soggetto, il quale potrebbe essere indotto – in prospettiva di un vantaggio patrimoniale – ad un contegno non corrispondente alla sua effettiva volontà³⁵⁹.

Certamente in materia contrattuale deve temperarsi l'incidenza invalidante di siffatta interpretazione, atteso che alla formazione della convenzione privata hanno concorso entrambe le parti e che, comunque, si verte in tema di rapporti aventi una forte valenza economico-commerciale; per contro, si deve, riconoscerne l'operatività nelle ipotesi in cui l'evento dedotto in condizione sia strettamente connesso alle prerogative esistenziali della persona³⁶⁰.

In quest'ultimo caso, la valenza prioritaria degli interessi tutelati, comporta l'invalidazione del contratto.

Analoghe considerazioni possono farsi con riferimento al "modo" illecito, che, tuttavia, stante la sua circoscrizione all'ambito degli atti di liberalità, si intende per non apposto, a meno

358 v. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004; DI MAURO, *La condizione*, in *La successione testamentaria*, II, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, p. 1150 ss.

359 v. Cass. civ., Sez. II, sentenza 15 aprile 2009 n. 8941, in cui si afferma che "...il Collegio ritiene di dover affermare la illiceità della condizione di contrarre matrimonio, pur nella attenta considerazione dei citati, risalenti precedenti di questa Corte, alla stregua non già di una lettura estensiva della disposizione dell'art. 636, primo comma, cod.civ., quanto, piuttosto, della disposizione dell'art. 634 dello stesso codice, risultando la condizione di cui si tratta in contrasto con norme imperative e con l'ordine pubblico, in quanto limitativa della libertà dell'individuo in merito alle fondamentali scelte di vita, in cui si esplica la sua personalità ai sensi dell'art. 2 della Costituzione. Non è, invero, revocabile in dubbio la diretta efficacia delle norme costituzionali concernenti i diritti fondamentali della persona, oltre che nei confronti dei pubblici poteri, anche nei rapporti tra privati: deve, pertanto, escludersi che ad essa possa essere sottratto, in virtù del principio della salvaguardia della libertà testamentaria, il plesso della disciplina codicistica delle successioni mortis causa. Ciò posto, va sottolineato che il diritto di contrarre matrimonio, che discende direttamente, oltre che dal citato art. 2, anche dall'art. 29 Cost., è espressamente enunciato nell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nell'articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (ed, oggi, anche dall'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000). Il vincolo matrimoniale è, e deve rimanere, frutto di una libera scelta autoresponsabile, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze, e, pertanto, esso si sottrae ad ogni forma di condizionamento, anche indiretto (Corte costituzionale, sent. n. 1 del 1992; sentt. n. 450 del 1991 e n. 189 del 1991). Nei confronti del matrimonio, dunque, non deve sfavorevolmente incidere alcunché di estraneo, al di fuori di quelle sole regole, anche limitative, proprie dell'istituto. Né vale opporre il rilievo secondo cui la condizione testamentaria non sarebbe idonea a ledere la libertà personale dell'istituito, che rimarrebbe arbitro delle scelte fondamentali della propria vita, cui potrebbe, al più, conseguire la mancata attribuzione patrimoniale. Invero, la pur indiretta coartazione della volontà reca, di per sé, vulnus alla dignità dell'individuo, nella misura in cui l'alternativa di fronte alla quale lo colloca la apposizione, da parte del testatore, della condizione testamentaria possa indurlo, con la prospettiva di un vantaggio economico, ad una opzione che limita la libera esplicazione della sua personalità. Deve, in conclusione, affermarsi il seguente principio di diritto: "La condizione, apposta ad una disposizione testamentaria, che subordini la efficacia della stessa alla circostanza che l'istituito contragga matrimonio, è ricompresa nella previsione dell'art. 634 cod. civ., in quanto contraria alla esplicazione della libertà matrimoniale, fornita di copertura costituzionale attraverso gli artt. 2 e 29 Cost. Pertanto, essa si considera non apposta, salvo che risulti che abbia rappresentato il solo motivo ad indurre il testatore a disporre, ipotesi nella quale rende nulla la disposizione testamentaria".

360 Tale connessione della condizione illecita con le prerogative esistenziali della persona anche in materia contrattuale è sottolineata da v. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 547, il quale fa l'esempio della "clausola che prevedesse come condizione risolutiva del contratto l'iscrizione della parte ad un determinato partito politico".

che abbia costituito il motivo unico o essenziale che ha indotto il disponente alla manifestazione di volontà (art. 794 c. c.)³⁶¹.

In questa ipotesi, peraltro, l'illiceità dovrebbe valutarsi con maggiore flessibilità, atteso che tale elemento accidentale, a differenza della condizione, non incide sull'efficacia dell'atto di autonomia privata, ma si limita ad imporre un obbligo ulteriore al beneficiario, il quale in ogni caso ne risulterà avvantaggiato e comunque non sarà tenuto all'adempimento per un valore superiore all'attribuzione patrimoniale ricevuta.

8. *La teoria delle "forme" secondo la dottrina tradizionale: il principio della libertà delle forme e la "forma" vincolata quale strumento di tutela di interessi di ordine pubblico. Forma ad substantiam e forma ad probationem: elementi distintivi.*

La concezione tradizionale dell'autonomia privata – secondo cui questa era espressione del principio della libertà individuale del cittadino nei confronti dello Stato nell'ambito dei rapporti intersoggettivi – spiegava significative incidenze anche sulle sue modalità di esercizio e manifestazione.

Il principio volontaristico – dominante nelle codificazioni ottocentesche –, in virtù del quale era riconosciuta solo alla volontà effettiva delle parti l'idoneità a produrre effetti giuridici vincolanti in materia negoziale, comportava, in via generale, la libertà delle forme di estrinsecazione della autonomia privata.

Tuttavia, la particolare rilevanza socio-economica di alcuni atti privati e delle conseguenze patrimoniali sulla sfera giuridica dell'autore imponeva, talvolta, l'adozione di requisiti di forma, idonei ad esteriorizzare, a pena di invalidità, la volontà dispositiva³⁶².

La contrapposizione ontologica tra il principio della libertà delle forme – operativo in mancanza di previsione contraria – e le norme prescrittive di requisiti formali aveva portato la dottrina a riconoscere carattere eccezionale o speciale a queste ultime, con la conseguente esclusione, ai sensi dell'art. 14 disp. prel. sulla legge, dell'applicazione analogica, e, secondo una autorevole opinione, anche dell'interpretazione estensiva³⁶³.

361 v. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 205 ss.; ZAPPULLI, Voce "Modus", in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1939, p. 681 ss.; CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova, 1994, p. 1082 ss.

362 v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 285, il quale rileva come "Una maggiore elasticità delle concezioni dominanti nella coscienza sociale ha permesso di svincolare il diritto dalle forme; e oggi chi agisce sa per lo più di agire nell'orbita del diritto, comunque si renda riconoscibile il contenuto precettivo del negozio. Ciò non toglie che il requisito della forma necessaria abbia ancora una ragione di essere nel diritto attuale e applicazioni da qualificarsi bensì eccezionali e di rigorosa interpretazione, in rapporto al canone generale della libertà delle forme, ma svariate e numerose. L'odierna finalità della forma è soprattutto quella di assicurare contro ogni dubbio la univocità dell'atto e di garantirne la serietà, rendendo avvertito chi lo compie, che l'atto ha conseguenze sociali le quali vanno maturamente ponderate. Questa esigenza è sentita dalla legge odierna sol per gli atti di più grave momento: s'intende perciò che per gli altri atti la forma è, per regola generale, libera, non vincolata all'osservanza di solennità".

363 v. GIORGIANNI, Voce "Forma degli atti (dir. priv.)", in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, p. 1004, il quale afferma che "Una volta [...] dimostrato che il nostro sistema è, già di per sé, oltremodo rigoroso e che le norme sulle quali esso si fonda pongono gravi deroghe – non solo al principio della libertà di forma – ma anche e soprattutto all'autonomia negoziale, la considerazione della natura eccezionale delle norme stesse dovrebbe vietare non solo il ricorso all'analogia ma anche all'interpretazione estensiva, che costituisce – qui come, purtroppo, anche in altri casi – un comodo scudo per eludere il divieto dell'art. 14 disp. prel."; v. anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 285, il quale sottolinea come il requisito della forma abbia delle "applicazioni da qualificarsi bensì eccezionali e di rigorosa interpretazione, in rapporto al canone generale della libertà delle forme"; *contra* IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, p. 22-23, il quale considerato che l'art. 1325, n. 4, c. c. è l'unica disposizione in materia di forma, ne nega il carattere eccezionale, con la conseguenza di ritenerla suscettibile di applicazione analogica.

Tali requisiti, presupponenti l'inderogabilità delle relative prescrizioni, inevitabilmente davano luogo alla configurazione della forma come l'aspetto esteriore della volontà, come la fisionomia dell'atto "nel suo insieme", e non già come elemento strutturale di esso. Questa ricostruzione teorica si ricollegava alla tradizionale distinzione della volontà costituente la sostanza dell'atto, dalla forma, attinente alla sua esteriorizzazione, la quale, pur non rientrando nella struttura, era imprescindibilmente funzionale nei rapporti intersoggettivi, ai fini della sua operatività giuridica³⁶⁴.

Così delineato, nessun atto giuridico può ragionevolmente essere definito "non formale", essendo ammissibile soltanto la distinzione tra "atti a forma vincolata" – rispetto ai quali l'ordinamento impone specifiche modalità di estrinsecazione della volontà privata affinché possa essere idonea alla produzione di effetti giuridici - ed "atti a forma libera", nei quali la volontà può essere manifestata attraverso qualsiasi mezzo.

Pertanto, non può stupire che l'inosservanza del requisito formale da parte dei contraenti sia sanzionata con la nullità³⁶⁵ dell'atto e non già con l'inesistenza³⁶⁶, atteso che una manifestazione di volontà – di per sé giuridicamente rilevante secondo la concezione volontaristica - vi è stata, seppur senza estrinsecarsi secondo le modalità imposte dall'ordinamento.

In questo senso, del resto, depone anche la previsione codicistica di cui al n. 4 dell'art. 1325 c. c., che configura la "forma", ove specificamente richiesta, quale requisito essenziale del contratto.

L'esposta concezione, tuttavia, potrebbe creare delle confusioni, inducendo a ritenere la "forma" un mero strumento volto a "provare" esteriormente la manifestazione di volontà negoziale.

Al riguardo, deve osservarsi come, nei casi in cui il requisito è richiesto *ad substantiam*, la particolare rilevanza sociale ed economica dell'atto impone una specifica "veste" esteriore, che integra ai fini dell'efficacia il processo di perfezionamento del negozio giuridico, inserendosi nell'ambito dei suoi requisiti essenziali. In tali ipotesi, non può negarsi che la "forma" soddisfi esigenze di ordine generale, collegate alla tutela della parte nella cui sfera giudica l'atto

364 v. GIORGIANNI, Voce "Forma degli atti (dir. priv.)", cit., p. 994; sul punto, peraltro, converge pressoché unanimemente la dottrina tradizionale. v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 135, il quale esemplarmente rileva come "ciò che infatti è essenziale per l'esistenza del negozio è che la volontà sia consegnata in un atto, trovi in questo espressione: l'atto, così inteso, è il secondo elemento costitutivo del negozio, e, come la volontà è il contenuto del negozio, esso ne è la forma. questa, portando nel mondo esteriore la volontà del soggetto, la perfeziona, rendendola idonea a produrre gli effetti che si propone, ad assumere rilevanza giuridica. Non è da credere che già l'interno volere abbia questa attitudine e l'atto serve a farlo conoscere: e ciò che si è voluto escludere affermando il carattere costitutivo dell'atto come forma del negozio. La nozione della forma va esattamente determinata in un duplice senso, rettificando la corrente opinione, che identifica l'espressione con la dichiarazione o manifestazione della volontà, e chiarendo che la forma, di cui si parla, ha un senso più largo e perciò diverso dalla forma, come elemento strutturale di taluni negozio, detti perciò formali, secondo il linguaggio tradizionale adoperato anche dal codice"; v. anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 284, il quale afferma che "tutti i negozi debbono avere una forma: invero, senza una forma il precetto dell'autonomia privata, che è contenuto nel negozio, non sarebbe socialmente riconoscibile. perciò, quando si contrappongono i negozi formali a quelli non formali, l'antitesi non significa che i primi siano dotati di forma e i secondi ne siano privi. Il problema è un altro. Già da quanto si è detto or ora risulta che un medesimo contenuto precettivo può presentarsi in forme diverse: non solo si distingue la dichiarazione dal comportamento, la manifestazione diretta da quella indiretta; ma entro l'ambito della manifestazione, sia diretta sia indiretta, vi sono varie possibilità fra loro differenti".

365 v. per tutti, PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridici*, Messina, 1945; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 287, che afferma come "La sanzione dell'inosservanza della forma necessaria – caso tipico d'illegalità – è, di regola, l'invalidità. Il negozio sprovvisto della forma richiesta per la sua costituzione (*ad substantiam*) è nullo, non soltanto annullabile. E la nullità non si sana mediante conferma: occorre la rinnovazione del negozio nelle forme prescritte, ossia un nuovo negozio, che si sovrappone al precedente, assorbendone il contenuto precettivo".

366 Non può, tuttavia, sottacersi il rilievo di FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Milano, 1983, p. 60 ss.

negoziale è destinato a determinare delle conseguenze patrimoniali, richiamando l'attenzione su di esso³⁶⁷; all'efficienza ed alla stabilità delle transazioni commerciali, qualora si tratti di un negozio trascrivibile, e conseguente alla tutela dei terzi, che sono messi in condizione di venire a conoscenza della sua esistenza³⁶⁸.

Questo ultimo aspetto è particolarmente rilevante alla stregua della teoria secondo cui il formalismo negoziale sarebbe volto al soddisfacimento di interessi dotati di rilevanza pubblicistica.

In conseguenza dell'accennata concezione, si ritiene in dottrina che l'inosservanza della disposizione dell'art. 1325, n. 4 c. c. determini la nullità dell'atto e l'inammissibilità della convalida, essendo consentita solo la sua rinnovazione "con efficacia *ex nunc*"³⁶⁹.

Viceversa, nei casi in cui la "forma" è richiesta *ad probationem*, questa non attiene all'atto, ma alla prova, nel senso che non si pone quale requisito di validità dello stesso, ma semplicemente quale presupposto esteriore indefettibile al fine di poter far valere il negozio giuridico in sede processuale, escludendo conseguentemente l'ammissibilità di altri mezzi istruttori³⁷⁰.

In dottrina si è segnalata l'autorevole opinione secondo cui la forma *ad probationem* sarebbe riferibile direttamente al negozio e solo apparentemente alla prova, in quanto la preclusione, per il caso di sua inosservanza, del ricorso ad altri mezzi istruttori, determinerebbe una sostanziale irrilevanza giuridica dell'atto stesso, con conseguenze che "coincidono in pratica con quelle dell'invalidità"³⁷¹.

Indubbiamente detto rilievo poggia su considerazioni condivisibili dal punto di vista concreto, ma non tiene in debito conto la circostanza che nell'ipotesi di vizio inerente alla forma *ad substantiam*, il negozio è *ab origine* inidoneo alla produzione di effetti giuridici, mentre la mancanza di forma *ad probationem* non incide sulla validità ed efficacia dell'atto di volontà, sia pure solo in sede stragiudiziale.

367 v. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1968, p. 145, il quale rileva come la forma solenne esprima la necessità che le parti siano "richiamate a riflettere sull'importanza economica dell'atto che si accingono a compiere, stipulando il contratto; e vi si decidano dopo un maturo esame: è quindi un mezzo indiretto di difesa delle parti, contro la propria eventuale leggerezza".

368 v. GIORGIANNI, Voce "*Forma degli atti (dir. priv.)*", cit., p. 1006, il quale discostandosi dalla prevalente tesi secondo cui la forma vincolata andrebbe a richiamare l'attenzione del privato sull'importanza dell'atto che sta per compiere, ritiene che "il moderno formalismo è imposto esclusivamente nell'interesse dei terzi, affinché costoro <<conoscano>> il negozio, e comunque affinché questo abbia efficacia nei loro confronti. Non senza ragione la forma <<vincolata>> - sia essa o meno *ad substantiam* [...] - trova il terreno più fertile nel campo della pubblicità, al fine di predisporre un documento idoneo a portare il negozio a conoscenza dei terzi. Cosicché, a mano a mano che la pubblicità si estende, il campo della forma <<vincolata>> si amplia: dalle cose immobili, si passa a talune cose mobili ed a taluni diritti mobiliari". L'illustre A. addiviene, quindi, alla conclusione per cui "il formalismo moderno si è sviluppato attraverso l'allargamento dell'esigenza che gli atti e le situazioni concernenti i privati vengano resi <<pubblici>>. Il che spiega, ad esempio, che il formalismo si presenta meno accentuato in quegli ordinamenti in cui il sistema di pubblicità manca o è embrionale (ad esempio, negli ordinamenti anglosassoni)".

369 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 918 ss.

370 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 923-924, il quale rileva come, nelle predette ipotesi, non sia ammessa "la prova per testi (salvo che il documento sia stato smarrito senza colpa) (art. 2725, che rinvia all'art. 2724 n. 3), né, di conseguenza, quella per presunzioni (art. 2729), cosicché residua solamente la possibilità della confessione e del giuramento. Varrebbe, peraltro, anche l'esistenza di una quietanza a saldo contenente la causale di un versamento". L'illustre A., peraltro, afferma che "non può [...] negarsi che anche la forma *ad probationem* è una forma vincolata al pari di quella *ad substantiam*, con la particolarità di operare esclusivamente all'interno del processo".

371 v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 292, il quale rileva, circa la contrapposizione tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, come "vi sono certo dei nessi fra le due questioni. Così, quando un negozio, esistente e valido, fatto valere in giudizio, non può essere provato, il giudice deve di necessità disconoscere l'esistenza dei rapporti che dovrebbero derivarne. Onde, di riflesso, le conseguenze della mancanza di prova coincidono in pratica con quelle dell'invalidità".

Tale ultimo aspetto induce a ritenere preferibile la figura della inefficacia sopravvenuta dell'atto, dedotto in giudizio in assenza di prova scritta.

Va, inoltre, ricordato che una risalente dottrina individuava nell'ordinamento ulteriori tipologie di "forma" vincolata, non riconducibili immediatamente nell'ambito delle due categorie appena esaminate. Si tratta prevalentemente di atti rispetto ai quali pur non essendo imposta una forma specifica ai fini della loro esistenza, questa è richiesta per la produzione di effetti ulteriori, come l'opponibilità ai terzi³⁷².

È comunque consolidato il principio, fondato sulla interpretazione sistematica, che le norme recanti prescrizioni formali rivestono natura eccezionale e sono conseguentemente di "stretta interpretazione"³⁷³.

La sanzione della nullità comminata nelle ipotesi di inosservanza di dette norme e la loro ricomprensione nell'ambito dei requisiti del contratto (art. 1325, n. 4, c. c.) legittimano l'attribuzione ad esse del carattere dell'inderogabilità, in quanto poste a tutela di interessi aventi rilevanza pubblicistica³⁷⁴.

Alla luce di ciò, quindi, nell'impostazione tradizionale l'assenza del requisito formale rileva in astratto, quale causa insanabile di invalidità del negozio, indipendentemente dalla considerazione sostanziale del rapporto giuridico sottostante e della titolarità dell'interesse rispetto al quale la prescrizione *de qua* esplica una concreta funzione di tutela.

8.1. *La nuova teoria delle "forme" negoziali: la connessione del requisito formale con i principi fondamentali dell'ordinamento e la considerazione dell'interesse sostanziale sotteso al rapporto giuridico (teoria di P. Perlingieri).*

L'assetto appena definito, è stato criticato da un'attenta dottrina, la quale ha messo in luce la necessità di adeguare la disciplina delle "forme" negoziali al mutato quadro giuridico ed istituzionale, che nella sua essenziale unitarietà vede al vertice i valori costituzionali preordinati alla tutela della persona³⁷⁵.

Viene, innanzitutto, in considerazione l'inadeguatezza dell'impostazione tradizionale che desume il carattere inderogabile delle norme sulla forma muovendo a ritroso dalla conseguenza sanzionatoria della nullità, prevista in via automatica per il caso della loro inosservanza, anziché procedere secondo un ragionamento inverso³⁷⁶.

In particolar modo, si ritiene che il riconoscimento della natura cogente della norma debba discendere da un procedimento interpretativo che, "sganciandosi" da un meccanismo aprioristico ed astratto, tenga nella debita considerazione i "valori e gli interessi coinvolti" nel rapporto giuridico sostanziale, rispetto ai quali la prescrizione formale svolge una funzione di garanzia³⁷⁷.

372 v. Tali rilievi approfonditi sono stati effettuati da GIORGIANNI, Voce "*Forma degli atti (dir. priv.)*", cit., p. 998, il quale tra le varie situazioni prese a riferimento considera quella in cui "il legislatore, dopo aver lasciato libere le parti di porre in essere anche oralmente il negozio, prescrive per la sua pubblicità (idonea a raggiungere ulteriori finalità) un atto proveniente dalle parti stesse".

373 *Contra* SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temì nap.*, 1961, p. 436 ss.

374 cfr. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 382.

375 Ci si riferisce alle tesi di P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 12 ss.; *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 417 ss.

376 v. PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridici*, cit., p. 1 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 127 ss.; MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., p. 146 ss.

377 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 419, il quale si oppone alla impostazione tradizionale delle "forme" negoziali, in quanto "ispirata ad una concezione meccanicistica della norma inderogabile, alla quale sarebbe connaturata la nullità: piuttosto che – com'è doveroso – interrogarsi sulla finalità e sul fondamento della norma nel sistema dei valori, si preferisce muovere dalla previsione della nullità per identificare l'inderogabilità; al contrario, come l'inderogabilità

Secondo tale ricostruzione le disposizioni in tema di "forma" negoziale non possono essere ricondotte in un quadro generale, dovendo, per contro, essere valutate con riferimento al caso concreto, al fine di stabilire, se tratti di norme eccezionali o generali e se, nell'ipotesi contemplata, esse siano preordinate alla tutela di un interesse particolarmente rilevante, e perciò meritevole di protezione nell'attuale sistema assiologico³⁷⁸.

Deve, quindi, abbandonarsi una prospettiva di indagine "strutturale" con riferimento alla forma, per convenire verso un approccio "funzionale", che individui il ruolo che essa è chiamata a svolgere in relazione al singolo negozio giuridico e la concreta entità dei valori sottesi, tra i quali una posizione preminente va riconosciuta a quelli di ispirazione solidarista e personalista³⁷⁹.

Si tratta di una conclusione logica basata sulla considerazione che la norma dell'art. 1325, n. 4, c. c. è solo un "frammento di fattispecie", da integrare con la disciplina del negozio particolare posto in essere dalle parti, al fine di apprezzarne la concreta funzione e la meritevolezza degli interessi garantiti³⁸⁰.

L'esposta ricostruzione implica la necessità – soprattutto nelle ipotesi di forma volontaria – di un contesto unitario di forma e contenuto, a cui si estende il vaglio di meritevolezza – indipendentemente dalla rispondenza del negozio ad un "tipo" legislativo o meno – nella accezione di conformità del regolamento privato ai valori costituzionali.

Solo dall'esito di siffatto procedimento valutativo derivano la natura inderogabile o meno della prescrizione formale e l'applicabilità della sanzione di nullità radicale e insanabile del negozio, in caso di inosservanza della disposizione, dovendosi per contro, qualora la valenza assiologica degli interessi coinvolti lo richieda, aprire a forme di conservazione della pattuizione privata.

In tal senso depone il fondamento stesso delle "forma" negoziale, la cui prescrizione risponde sempre a precise linee di politica del diritto: secondo il vigente ordinamento, ai fini della determinazione delle conseguenze giuridiche dell'esito valutativo, sono rilevanti la funzione solidaristica della tutela di soggetti dotati di minore potere contrattuale e le situazioni che incidono sui valori esistenziali della persona³⁸¹.

rappresenta non il dato iniziale, ma il risultato dell'interpretazione, così la determinazione della sanzione (nullità – nella varia gradazione delle sue conseguenze -, annullabilità o inefficacia) è il risultato di un'attenta considerazione dei valori e interessi coinvolti: la funzione della norma non si ricava dalla <<sanzione>> nullità, ma è la nullità che deve essere giustificata in base alla funzione (preindividuata) della norma".

378 cfr. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970; ID., *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, cit. p. 438 ss.; BARBERO, *A proposito della forma degli atti giuridici (L'efficacia del testamento olografo nonostante l'incompletezza della data)*, in *Ius*, 1940, p. 442 ss.

379 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 424 e 426.

380 v. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 43, il quale significativamente rileva come "la natura regolare o eccezionale della disciplina di questa o quella forma legale del negozio non va tanto proposta in relazione all'art. 1325, n. 4, di per sé <<frammento di fattispecie>>, ed esclusivamente al principio della libertà della forma (ovvero al principio dell'autonomia privata), quanto in riferimento alle singole previsioni formali unitamente alla disciplina dei concreti negozi, individuando da un lato le <<esigenze>> o interessi che ne giustificano la previsione e verificando dall'altro la loro meritevolezza, adeguatezza, compatibilità e coerenza con ipotesi diverse secondo che, in queste come in quelle, rilevano i valori, specie quelli fondamentali, caratterizzanti il sistema".

381 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 425-428, il quale sostiene che "il rifiuto di analisi soltanto strutturali della forma, legate ad un'inammissibile sua neutralità rispetto alla Costituzione, e la necessità di attenta valutazione della funzione di ciascuna prescrizione formale [...], conducono a concludere per la necessaria unità di forma e contenuto. Se l'accordo (e, altresì, la dichiarazione unilaterale) è unità di forma e di contenuto, non si può sottrarre la forma volontaria al controllo di meritevolezza e limitare quest'ultimo al solo <<contenuto>>, adducendo un'interpretazione letterale dell'art. 1322 c. c.". Infatti, "se la forma è profilo essenziale dell'accordo e quindi del contenuto, la forma non può essere assente o rimanere insensibile agli aspetti funzionali dell'assetto negoziale".

A ben vedere, il formalismo negoziale, lungi dall'essere una irrazionale e immotivata limitazione dell'autonomia negoziale, configura e realizza uno strumento di adeguamento dell'autonomia negoziale alla legalità costituzionale.

8.2. *Il neoformalismo negoziale nel diritto italo-comunitario dei contratti. La nuova funzione della forma e le finalità protettive del contraente debole. Il contemperamento delle esigenze di protezione della persona e le istanze legate alla realizzazione del mercato concorrenziale.*

Il diritto comunitario dei contratti ha inciso profondamente sulla nozione tradizionale di "forma negoziale" accolta nel nostro sistema giuridico, mettendone in luce la funzione di tutela della posizione del contraente-debole³⁸².

Si è registrato un "ritorno" al formalismo, non prioritariamente finalizzato ad interessi pubblicistici generali, bensì volto a riequilibrare sul piano normativo il contratto, segnatamente mediante l'inserimento dell'informazione pre-negoziale³⁸³.

Nella visuale italo-comunitaria si è superata l'impostazione strutturale classica della "forma" emergente dal nostro codice civile, nonché la contrapposizione tra "forma" *ad substantiam* e *ad probationem*, essenzialmente riferita alla veste documentale del negozio.

Le prescrizioni formali nell'attuale sistema ordinamentale cessano di avere natura eccezionale e diventano, se non altro per la loro diffusione, delle regole di ordine generale, alle quali va riconosciuto, non tanto e soltanto una funzione protettiva del contraente-debole, quanto una più ampia strumentalità estesa anche alle esigenze di "uniformazione" contrattuale emergenti dal mercato, rispondenti ai criteri di controllo degli scambi.

La sostanziale soppressione delle trattative è in larga parte sostituita dall'imposizione di requisiti formali e informativi, che da un lato tutelano la posizione della parte più debole, regolandone la corretta formazione del consenso, e dall'altro realizzano la standardizzazione dei contenuti relativi ad un "tipo" negoziale, potenziandone la funzionalità agli obiettivi di efficienza e di celerità degli scambi commerciali³⁸⁴.

Nella prospettiva comunitaria, la "forma" vincolata esplica una funzione soprattutto informativa, costituendo lo strumento di estrinsecazione della informazione pre-contrattuale, estesa alle modalità di redazione del contratto, all'indicazione di determinati aspetti che vanno a costituirne il c. d. "contenuto minimo essenziale", alle comunicazioni relative alla gestione del rapporto, etc.³⁸⁵.

382 v. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1990, p. 12.

383 cfr. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 397 ss.; AMAGLINI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, p. 47; MESSINA, *Libertà di forma e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, p. 112 ss.

384 cfr. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

385 Sul punto v. GABRIELLI-ORESTANO, Voce "Contratti del consumatore", in *Dig. it.-sez. priv., Agg.*, Torino, 2008 rist., p. 235, i quali rilevano come "il richiamo all'elemento formale deve, peraltro, essere qui inteso in senso ampio: le prescrizioni di <<forma>>, infatti, non sono costituite solamente dalla previsione dello scritto o di altro mezzo espressivo, ma anche da ipotesi in cui la norma si estende a prevedere che all'interno del documento contrattuale sia contenuta la disciplina espressa di taluni aspetti del regolamento o, comunque, che siano presenti talune dichiarazioni. Proprio la 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 espressamente che una copia del contratto debba essere consegnata al consumatore".

In questo senso, la "forma" negoziale svolge un ruolo complesso, che investe l'intera operazione contrattuale dal suo sorgere fino all'estinguersi, divenendo di per sé il mezzo di contemperamento delle esigenze di tutela personalistica del contraente debole con le istanze commerciali legate alla efficienza e celerità dei traffici nel contesto del mercato globale, al fine di garantirne l'assetto concorrenziale³⁸⁶.

La ricostruzione prospettata è coerente col regime delle invalidità, che il diritto italo-comunitario definisce in ordine alla violazione delle prescrizioni formali in senso lato.

Infatti, la normativa consumeristica raramente contempla ipotesi di nullità radicale ed assoluta del contratto, limitandosi per lo più a statuizioni di invalidità parziale e, comunque, suscettibili di sanatoria e la cui rilevazione – come nel caso delle "nullità di protezione" – è rimessa alla sussistenza di un effettivo interesse in tal senso da parte del consumatore³⁸⁷.

In questo modo - attraverso la valorizzazione dell'interesse concreto del contraente-debole ed il riconoscimento della valenza economica della conservazione del contratto - si realizza l'accennato contemperamento tra esigenze personalistiche ed istanze mercantili.

Nella prospettiva in esame, la "forma" accede al "corpo" del contratto divenendone parte integrante, in quanto "veicolo" di ingresso in esso delle informazioni che da un piano pre-contrattuale transitano ad uno contenutistico e, giungendo, quindi, ad interessare non più, o non solo, la veste esteriore del negozio, ma anche l'impostazione grafica dello stesso (si pensi ai riferimenti normativi diffusi alle dimensioni dei caratteri utilizzati ovvero alla lingua in cui redigere il testo), le indicazioni che nel regolamento negoziale devono risultare e la loro collocazione nel documento³⁸⁸.

Il legislatore italo-comunitario frequentemente impone l'inserimento nel testo contrattuale di specifici riferimenti linguistici, vietandone altri, e prescrive spesso la menzione formale dell'avvenuto espletamento di obblighi informativi relativi a facoltà e doveri discendenti alle

386 v. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 133, la quale rileva che "una simile tendenza, se indubbiamente assicura maggiore informazione e maggiore consapevolezza a vantaggio del contraente ritenuto di volta in volta più <<debole>>, risulterebbe indebitamente ridimensionata ed anche impropriamente intesa ove la si leggesse in chiave protettiva; al contrario essa persegue ben più di un obiettivo, se, accanto alla celebrata funzione di protezione consente anche una accresciuta tutela delle imprese nei confronti della clientela (dal momento che ogni obbligo informativo è assolto col rispetto della forma); una diffusa imposizione a carico degli operatori professionali di *standard* di comportamento ispirati al principio di trasparenza; una oggettivizzazione del regolamento contrattuale che riduce lo spazio di operatività dei vizi della volontà – poiché ogni rappresentazione erronea della realtà appare inverosimile; e soprattutto un'agevolazione della verifica preventiva del rispetto delle prescrizioni di legge, cui consegue una semplificazione ed uniformazione dei criteri giudiziali di valutazione ed una decisa riduzione della conflittualità. Tutte funzioni che, più in generale, i cultori di *Law and Economics* individuano nella rimozione delle asimmetrie informative quale via maestra alla strutturazione e conservazione di un mercato concorrenziale".

387 v. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit., p. 123-124, la quale osserva come nella normativa consumeristica "muta [...] l'approccio in punto di rimedi, se è vero intanto che il legislatore non sempre si preoccupa di chiarire le conseguenze del mancato rispetto della prescrizione formale e che, in ogni caso, per certi versi inedita è la reazione dell'ordinamento al difetto di forma (quando prevista) in ragione del trasformarsi della stessa tradizionale sanzione della nullità – che nel diritto europeo esibisce nuove funzioni e un nuovo statuto – sempre più piegata in chiave rimediabile. Il ricorso alle nullità <<speciali>>, in versione di nullità relative e nullità necessariamente parziali, mentre garantisce la sopravvivenza di un atto altrimenti condannato, per *communis opinio*, all'inesistenza, costringe di rimeditare sulla portata dell'elemento formale e sulla permanente attualità di una qualificazione di tipo strutturale, quale requisito del contratto, almeno nel senso più classico del termine"; cfr. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali (per una teoria della moderna nullità relativa)*, Padova, 2008; LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente <<non qualificato>> nel mercato finanziario.*, Milano, 1996; CACCAVALE, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Not.*, 2007, p. 56 ss.; GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, p. 203 ss.

388 Cfr. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur dir. priv.*, 2001, p. 257

parti dalla transazione conclusa ed alle loro concrete modalità di esercizio, la cui qualificazione come requisiti di forma del contratto non è in dubbio³⁸⁹.

Inoltre, è praticata e pressoché generalizzata la consegna di una copia del contratto al consumatore, la quale si configura come diritto di quest'ultimo a pretenderne un esemplare.

In sintesi conclusiva, il c. d. neoformalismo negoziale assume connotazioni profondamente differenti rispetto alla valenza del requisito della "forma" riconosciuta nella concezione tradizionale: esso si discosta da un'impostazione (strutturale ed astratta) come veste documentale di determinati negozi, la cui mancanza era causa di invalidità radicale³⁹⁰.

Nella prospettiva italo-comunitaria, infatti, la "forma" svolge un ruolo al tempo stesso "strutturale" e "funzionale", quest'ultimo esplicandosi soprattutto nel riequilibrio normativo delle posizioni dei contraenti, in quanto, la "completezza" contenutistica del contratto – dovuta ai penetranti obblighi "formali"- preesistenti alla sua conclusione, favorirebbe la corretta autodeterminazione del consumatore in ordine alla stipula dello stesso, ripianando le asimmetrie informative³⁹¹.

La tendenza neoformalista è funzionalmente collegata al principio di trasparenza, che caratterizza il sistema comunitario, volto a contemperare la tutela della persona con l'efficienza del mercato, al fine di garantirne un "razionale" assetto concorrenziale.

9. *Premessa. Il sistema delle invalidità negoziali: fondamento e funzione nella concezione tradizionale.*

La categoria dell'invalidità costituisce uno dei principali centri di rilevanza nell'ambito della disciplina dei rapporti giuridici a base patrimoniale, in considerazione dell'incidenza che la stessa può avere sull'esistenza e sull'efficacia della singola manifestazione di autonomia privata³⁹².

Nella presente sede, pur prescindendo da un'analisi approfondita dell'invalidità e delle sue partizioni interne, si tenterà di mettere in luce le connessioni intercorrenti tra sistema disciplinare ed ideologia prevalente, al fine di individuare gli interessi concretamente tutelati dalle disposizioni positive invalidanti.

Da questa base di indagine è possibile identificare la funzione che le singole figure di invalidità vengono a svolgere nei rapporti patrimoniali, seguendone l'evoluzione disciplinare in conformità al mutamento della base ideologica dell'ordinamento giuridico, transitato da un'impostazione statualista e corporativista ad una configurazione assiologica ispirata al primato dei diritti fondamentali della persona.

389 v. Cass. civ., Sez. III, 3 ottobre 2003, n. 14762, in *Arch. Civ.*, 2004, p. 962, in cui si afferma che "In tema di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, il legislatore italiano, nel recepire la direttiva del consiglio dei ministri CEE n. 577 del 1985, non ne ha punto attenuato il rigore, prevedendo che l'inserzione della clausola relativa al diritto di recesso del consumatore ottemperi (sia pur nel contesto delle altre clausole negoziali) a due precisi requisiti di forma, il primo relativo all'autonomia della clausola de qua, che deve restare separata dalle altre onde rendere chiara, immediata e trasparente l'informazione (sicché deve ritenersi inammissibile il suo inserimento in un contesto uniforme di clausole di apparentemente pari rilevanza, inserite secondo una sequenza numerata), il secondo attenente alla evidenza grafica dell'informazione, che deve avere caratteri di scrittura eguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento".

390 cfr. PUTTI, *Il neoformalismo negoziale*, in Calvari-Putti-Scarpello, *I contratti del consumatore*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, I, Torino, 2009, p. 360 ss.

391 v. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 641 ss.

392 v. FILANTI, Voce "Nullità", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1990; MAZZONI, *Invalidità degli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 225; DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964; TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 198; PROSPERETTI, *Contributo allo studio dell'annullabilità*, Milano, 1973; SCIALOJA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, in *Studi Scorza*, 1940, p. 73 ss.

Il variare dell'ideologia sottesa alla normazione incide sulla funzione di tutela svolta dalla categoria dell'invalidità e conseguentemente ne determina una diversificazione in ragione della natura dell'interesse protetto.

L'invalidità, secondo la prospettiva delineata dalla dottrina, è un duttile "strumento di controllo normativo" finalizzato a precludere la ulteriore "tutela giuridica" di "interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema"³⁹³.

Essa è mirata all'effetto di rendere inefficaci i rapporti giuridici contrari a norme cogenti, mantenendo un'autonomia concettuale rispetto all'istituto della inesistenza³⁹⁴.

Infatti, quest'ultima figura, controversa in dottrina per la difficoltà di distinguerla dalla nullità in mancanza di un consistente fondamento differenziale – dal momento che entrambe le categorie si incentrano sulla inesistenza giuridica del negozio e non sulla mancanza di elementi sostanziali di per sé irrilevanti –, è caratterizzata dalla non corrispondenza della fattispecie concreta allo schema legale del contratto, mentre l'invalidità si colloca sul piano degli effetti.

Va precisato che nella categoria della inesistenza-nullità, a differenza dell'annullabilità che genera l'inefficacia dell'atto di autonomia a seguito di una pronuncia giurisdizionale, il negozio giuridico è *ab origine* improduttivo di effetti, sicché la pronuncia del giudice ha natura meramente dichiarativa.

Non mancano tentativi teorici di inquadrare l'inesistenza nell'ambito dell'invalidità, distinguendola dalle altre figure mediante una gradazione dell'intensità del disvalore giuridico del vizio che affligge la pattuizione privata; ma sembra preferibile qualificare l'inesistenza in termini di originaria inefficacia per un vizio sostanziale (attinente al piano naturalistico) e comunque giuridico dell'atto produttivo del rapporto, in considerazione della incidenza effettuale e non strutturale dell'anomalia³⁹⁵.

In merito alla distinzione tra nullità e annullabilità è necessario far riferimento al processo evolutivo sotteso alle codificazioni delle leggi civili, da cui traspare nettamente l'incidenza delle concezioni ideologiche di base.

393 v. TOMMASINI, Voce "Nullità (*dir. priv.*)", in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 870

394 v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 242, il quale afferma che "l'inesistenza giuridica del negozio non può riassumersi nella nozione dell'invalidità, perché solo un negozio esistente può essere valido o invalido. La questione che pone è se il nostro ordinamento riconosca la figura del negozio inesistente, come distinta da quella del negozio invalido. Noi crediamo che essa debba risolversi affermativamente, poiché, mentre il silenzio della legge non è un argomento contrario, talune disposizioni non trovano spiegazione se non con riferimento al negozio nullo, come figura diversa dal negozio inesistente, e in taluni casi la figura del negozio nullo manca affatto". L'illustre Maestro nel procedere alla concreta distinzione dell'inesistenza dalla nullità, ritiene che "si deve distinguere fra la mancanza che tuttavia permetta la giuridica identificazione del negozio, mancanza che induce soltanto l'invalidità del medesimo, e la mancanza che invece impedisce l'identificazione del negozio, per ciò giuridicamente inesistente. L'identificazione è impossibile quando l'incompletezza sia tale da escludere che in un fatto possa ravvisarsi un determinato negozio".

395 v. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, Padova, 2008, p. 198 ss., la quale rileva come "riconoscendo [...] al negozio nullo la rilevanza che traspare dal dettato normativo, la categoria dell'inesistenza acquista indirettamente una "funzione", nel senso che finisce per porsi come spiegazione, limite e giustificazione di questa rilevanza: il negozio inesistente è quello di cui l'ordinamento non si deve occupare e preoccupare, in quanto *non è* nel modo più assoluto. Se di esso si può parlare in dottrina è solo per contrapporlo al negozio nullo, che invece un valore ce l'ha; l'inesistenza è una categoria solo negativa, senza contenuto, è l'opposto di qualcosa che può invece essere letto in termini giuridici e comprende una serie indeterminata di fattispecie, senza che nessuno debba preoccuparsi di definirle, indica in altri termini l'"inconfigurabilità" di un *quid* rilevante per il sistema". Alla luce di queste considerazioni, l'A. conclude sottolineando come appare immediatamente percettibile "quanto poco utile sia pensare di discutere dell'eventuale rilevanza del negozio inesistente [...] e dei requisiti che un negozio dovrebbe possedere per essere considerato tale: di questo passo si arriverebbe inevitabilmente a dover creare una categoria di atti ancora meno rilevante e così via, secondo un procedimento che astrattamente potrebbe risultare infinito"; cfr. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 14 ss.; DI MAJO, *La nullità*, in *Il Contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2002, p. 49 ss.

L'originaria impostazione liberale ispirata al dogma volontaristico era informata ad una concezione sostanzialmente unitaria di invalidità.

In questa visione, la nullità era uno strumento preordinato a garantire la corrispondenza tra dichiarazione negoziale ed effettiva volontà, consentendo di vanificare manifestazioni di autonomia non rispondenti alla volizione reale delle parti o esorbitanti dai limiti esterni entro cui poteva esplicarsi la libertà contrattuale³⁹⁶.

Nella codificazione del 1942, invece, l'ideologia statalista di ispirazione corporativa sottesa al sistema normativo ha imposto ulteriori distinzioni nell'ambito della invalidità negoziale.

In tale contesto si è giunti a distinguere la nullità dall'annullabilità, sulla base della particolare valenza degli interessi tutelati dalla norma invalidante, che nel primo caso assumevano una dimensione "generale", mentre nella seconda ipotesi avevano una connotazione "individuale", riferendosi alla protezione della sola posizione giuridica del soggetto legittimato a farla valere³⁹⁷.

La funzionalizzazione dell'autonomia privata all'utilità sociale, "oggettivando" il contratto, ha attribuito una duplice valenza all'istituto della nullità, rendendola strumentale al controllo della libertà contrattuale ed al mantenimento dell'ordine costituito³⁹⁸.

Infatti, da un lato essa è stata impiegata per sanzionare le anomalie incidenti sui requisiti essenziali del negozio e dall'altro è stata usata come conseguenza dell'immeritevolezza dell'assetto di interessi predisposto dai privati, derivante dalla mancata conformità all'utilità sociale³⁹⁹.

È, quindi, chiara la rilevanza di ordine pubblico delle disposizioni statuenti la nullità del negozio giuridico, in quanto volte ad invalidare radicalmente tutte le manifestazioni di autonomia non rispondenti sotto il profilo strutturale e contenutistico, alle finalità della comunità nazionale⁴⁰⁰.

Siffatta configurazione - coerente con l'impostazione dirigista del codice civile del 1942, che individuava nella tutela dell'interesse collettivo uno dei valori supremi dell'ordinamento - portava a costruire la nullità come una categoria monolitica ed unitaria, rendendo

396 cfr. SACCO, Voce "Nullità e annullabilità", in *Dig. it.- sez. priv.*, Torino, 2006 rist., p. 295 ss.; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, cit., p. 132; cfr. anche FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Firenze, 1921;

397 v. TOMMASINI, Voce "Nullità (dir. priv.)", cit., p. 870, il quale afferma che "è [...] certo che un trattamento differenziato nella tutela degli interessi dei singoli e degli interessi sociali deve potersi ammettere, tenendo in conto le scelte di una società storicamente definita. L'atto non conforme allo schema legale e pregiudizievole agli interessi del suo autore, ove non siano messi in giuoco valori preminenti della comunità, è dotato egualmente di efficacia mentre è rimessa al soggetto titolare dell'interesse la facoltà di porre nel nulla o rendere definitivi i suoi effetti. Invece, se la non conformità dell'atto allo schema normativo comporta un contrasto con valori preminenti della comunità, l'ordinamento preclude all'atto ogni efficacia giuridica tipica, anche se si riserva la possibilità di utilizzare criteri di adattamento che si risolvono in una qualche forma di efficacia"; cfr. BUGANI, *La nullità del contratto*, Padova, 1990; FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, 1920.

398 cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 613, il quale afferma che "Nell'attuale tematica del contratto si assiste [...] al prevalere di un'esigenza di controllo esterno del contratto che porta ad accentuare l'importanza della nullità come strumento di tutela diretta di interessi generali dell'ordinamento. Fra questi interessi si tende a ricomprendere gli interessi delle categorie economicamente più deboli che vengono sacrificati nella libera contrattazione. Si conferma allora la fondatezza del criterio che ravvisa nella nullità una forma di sanzione per la tutela di un interesse generale e nell'annullabilità e rescindibilità forme di invalidità a tutela di interessi particolari".

399 v. TOMMASINI, Voce "Nullità (dir. priv.)", cit., p. 876, il quale ripercorrendo i fondamenti teorici della concezione corporativista sottesa al codice civile del 1942, rileva come "lo strumento della nullità diviene anche indice del giudizio di meritevolezza degli interessi programmati dalle parti rispetto ai valori perseguiti dalla comunità, con la conseguenza che l'ordinamento lo utilizza per negare la propria garanzia a programmazioni di interessi difformi dai suoi valori fondamentali"; cfr. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.

400 cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 473 ss.; FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, cit., p. 13 ss.; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.

comprensibili le conseguenze normative della imprescrittibilità dell’azione, della rilevabilità *ex officio* dal giudice, della legittimazione generalizzata all’esperimento dell’azione medesima e soprattutto della sua insanabilità⁴⁰¹.

Da questa prospettiva, l’annullabilità – seppur rientrando nella categoria generale dell’invalidità – diverge funzionalmente dalla nullità in quanto è preposta alla tutela di interessi essenzialmente individuali ed è volta a proteggere soggetti che si trovano in condizione di inferiorità, originante uno squilibrio del rapporto negoziale⁴⁰².

L’annullabilità, pertanto, è uno strumento teso a regolarizzare ed equiparare il processo di autodeterminazione volitiva delle parti nella negoziazione, eliminandone i vizi perturbatori, come la violenza morale, l’errore, il dolo, l’incapacità naturale⁴⁰³.

La rilevanza “individuale” di tali patologie non compromette la produzione iniziale degli effetti del negozio, i quali possono essere rimossi *ex tunc* solo per iniziativa della parte interessata, nel rispetto dei termini prescrizionali e fatta salva la possibilità della convalida⁴⁰⁴.

La graduazione degli effetti sanzionatori della invalidità è correlata alla entità dei valori protetti con l’accordo negoziale⁴⁰⁵.

La sostanziale disponibilità degli effetti dell’invalidità, derivante dall’ordinamento, essendo logicamente consequenziale al supporto ideologico che è peculiare a ciascuna fattispecie, è giustificata dalla diversità del regime giuridico applicabile⁴⁰⁶.

Nell’attuale contesto ordinamentale, ispirato all’assiologia costituzionale, l’istituto della nullità deve essere applicato in modo coerente con la particolare esigenza di tutela del soggetto meritevole di protezione, in prospettiva dell’equità e dell’equilibrio contrattuale⁴⁰⁷.

A questo fine è anche preordinata la distinzione, nell’ambito della categoria della nullità, tra le ipotesi “radicali” e quelle “disponibili”, le quali ultime sono aperte all’ammissibilità di una “sanatoria” del negozio originariamente nullo, ma tuttora funzionale ad un interesse rilevante.

401 v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 246-247, il quale sottolinea come “La legittimazione di tutti gli interessati alla domanda di accertamento della nullità è il riflesso processuale del carattere assoluto della nullità, onde questa specie d’invalidità dalla dottrina meno recente era detta nullità assoluta, in contrapposizione all’annullabilità, detta nullità relativa”; TAMPONI, *Contributo all’esegesi dell’art. 1419 c. c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 105 ss.

402 v. MESSINEO, Voce “Annullabilità e annullamento”, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 470, il quale sottolinea come l’annullabilità si configuri come “reazione, o rimedio offerto all’interessato, contro il negozio (o atto) che, viziato sorto, pregiudica, con il suo vigore e con la sua efficacia, l’interesse di chi lo ha costituito, o ha concorso a costituirlo”.

403 v. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell’annullabilità*, Milano, 1973; CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955; SACCO, Voce “Nullità e Annullabilità”, in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2006 rist., p. 302 ss.

404 v. MESSINEO, Voce “Annullabilità e annullamento”, cit., p. 470, il quale incisivamente afferma come “la verità è che il negozio annullabile è valido: tanto che se, in ipotesi, decorra inutilmente il termine per l’esercizio dell’azione di annullamento, il negozio resta definitivamente e automaticamente valido, senza che l’interessato abbia dovuto fare alcunché per renderlo tale. Soltanto che il negozio è provvisoriamente valido e, con altre parole, ha una validità pendente risolutivamente; ciò nel senso che, esercitata vittoriosamente l’azione di annullamento, il negozio diviene nullo”.

405 v. LUCARELLI, *Lesione d’interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964.

406 Già sul finire degli anni Cinquanta rilevava MESSINEO, Voce “Annullabilità e annullamento”, cit., p. 470, che “quando il negozio (o l’atto) sia annullabile e quando sia nullo, è questione di politica legislativa e, quindi, di diritto positivo; il relativo criterio varia da ordinamento a ordinamento giuridico concreto, sebbene il singolo legislatore soglia largire l’annullabilità (e non la nullità), per difendere di regola uno (solo) dei partecipanti (limitazione della legittimazione attiva) al negozio (o all’atto)”.

407 v. TOMMASINI, Voce “Nullità (dir. priv.)”, cit., p. 877, il quale rileva, in considerazione della funzione della nullità quale strumento di controllo della autonomia privata, come “la produzione di effetti degli atti nulli rimane [...] nella esclusiva disponibilità del diritto oggettivo, che, se da un verso in via generale nega tutela ed efficacia alle fattispecie difformi e qualificate nulle, dall’altro può ritenere utili quelle trasformazioni in contrasto non insanabile con i valori formali e sostanziali del sistema”.

9.1. *Le “nullità di protezione” ed il problema della loro convalidabilità nella concezione assiologica improntata alla legalità costituzionale. La “prospettiva del singolo rapporto” e la considerazione dell’“interesse finale” protetto dalla norma invalidante quali presupposti di valutazione della ammissibilità della convalida (teoria di G. Perlingieri).*

La nullità – intesa quale inidoneità originaria del negozio giuridico a produrre effetti validi, a causa di vizi lesivi di interessi generali dell’ordinamento – non va considerata come una figura “monolitica” ed “unitaria”.

In tale senso depongono non solo i molteplici dati normativi che riconnettono alla nullità conseguenze diversificate in relazione alla natura ed agli effetti patrimoniali dell’atto⁴⁰⁸, ma anche le ragioni legate alla impostazione assiologica dell’ordinamento, che richiedono una valutazione sostanziale degli interessi riguardati sotto il profilo della meritevolezza qualificata dai valori costituzionali⁴⁰⁹.

Questi rilievi pertinenti anche alle altre forme di invalidità negoziale, danno luogo all’emersione della figura della nullità di protezione, la quale, tuttavia, non costituisce un *tertium genus* rispetto all’annullabilità ed alla nullità, ma integra una sottospecie di quest’ultima categoria⁴¹⁰, benché presenti tratti caratteristici comuni ad entrambe, ossia: l’imprescrittibilità e la rilevabilità *ex officio* da parte del giudice, proprie della azione di nullità, nonché l’eccepibilità da parte del solo contraente debole e la natura parziale, riscontrabili nell’ambito dell’annullabilità.

Peraltro, la nullità di protezione non costituisce una categoria unitaria, con struttura solidale, distinguendosi in vari tipi caratterizzati dall’effetto invalidante totale o parziale oppure dalla diversità della rilevanza dei valori sottostanti alla pattuizione⁴¹¹.

Le nullità di protezione sono espressamente previste nel diritto italo-comunitario dei contratti del consumatore, la cui disciplina è in larga parte contenuta nel Codice del consumo, adottato con il d.lgs 6 settembre 2005, n. 206 (a parte alcune fattispecie simili considerate nelle disposizioni del codice civile), oltre che nelle normative relative ai rapporti bancari, in quanto espressione della reciproca convergenza e funzionalità di interessi individuali ed interessi generali⁴¹².

408 In materia negoziale un caso particolare è costituito dal testamento, rispetto al quale la nullità delle disposizioni può essere sanata, qualora gli eredi vi diano comunque – consapevoli dell’esistenza del vizio – esecuzione. Per ciò che concerne i rapporti di lavoro, invece, è noto come la nullità operi pro-futuro ma non si estenda anche alle prestazioni eventualmente già eseguite e, quindi, non ripetibili, con la conseguenza che il contratto mantiene la sua efficacia per il passato.

409 v. GALLO, *Trattato del contratto*, v. III, Torino, 2010, p. 1939 ss., il quale rileva che “si può notare come a fronte di una tradizionale ritrosia del legislatore a porre limiti inderogabili all’autonomia privata, in tempi più recenti si è assistito ad un forte incremento della legislazione vincolistica introdotta per il tramite di norme imperative inderogabili. Il legislatore da ciò segno di voler utilizzare a piene mani l’inderogabilità e la connessa sanzione della nullità, a presidio di interesse non solo pubblici ma anche privati. Si consideri ancora la crescente propensione del legislatore ad introdurre nullità c. d. di protezione, a tutela di interessi marcatamente privatistici, in alternativa rispetto al tradizionale rimedio dell’annullabilità. Si ritiene infatti che la nullità, ancorché relativa o di protezione, possa costituire un baluardo più efficace a tutela di interessi anche privati, o meglio ancora di categoria, rispetto alla annullabilità soggetta a termini di prescrizione relativamente brevi, nonché suscettibili di convalida”.

410 cfr. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss.; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, p. 214 ss.; POLIDORI, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001; GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1332.

411 v. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano delle nullità di protezione*, cit., p. 462 ss.; cfr. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, cit., p. 323

412 Il Codice del consumo contempla numerose ipotesi di nullità di protezione, come meglio si vedrà nell’ambito del quarto capitolo. In tale sede, tuttavia, si possono considerare a livello esemplare le previsioni di cui agli artt. 36 – in materia di clausole vessatorie - 71 – in tema di multiproprietà -, 85 – riferito alla commercializzazione di pacchetti turistici, 67 *septies decies* e 67 *octies decies* – relativi alla commercializzazione a distanza dei servizi

In tali ipotesi, infatti, la tutela della dimensione soggettiva e personalista del contraente debole determina indubbi riflessi positivi sul mercato, contribuendo alla razionalizzazione dei traffici commerciali, all'incremento dei profili concorrenziali e conseguentemente alla stabilità ed efficienza dell'economia⁴¹³.

Da queste considerazioni di base – che possono ispirarsi a concezioni diverse – scaturisce la disciplina delle nullità di protezione, che si pone, al tempo stesso, in senso funzionale alla tutela di interessi individuali – come emergente dal carattere parziale e dalla legittimazione relativa all'azione – e di interessi generali, come desumibile dalla imprescrittibilità dell'azione e dalla rilevabilità di ufficio⁴¹⁴.

Una delle caratteristiche principali della figura in esame è la legittimazione all'esercizio dell'azione ad essa relativa, riservata al solo contraente debole, congiuntamente al potere del giudice di rilevarla d'ufficio, seppur a vantaggio della parte, con la conseguenza che l'organo giudiziario potrà addivenire ad una pronuncia di nullità, a condizione che questa sia rispondente all'interesse sostanziale del contraente debole⁴¹⁵.

Quindi, la nullità non può essere dichiarata sulla base di un mero contrasto formale ed astratto della convenzione privata con la previsione normativa, volta esclusivamente a finalità di ordine pubblico, essendo necessaria una considerazione concreta dell'interesse del contraente coinvolto nello specifico rapporto.

Tale fattispecie sanzionatoria - coerente con i valori e le finalità a cui è informato l'ordinamento vigente – è adeguata a qualsiasi ipotesi di invalidità volta alla tutela della posizione contrattuale della parte svantaggiata, indipendentemente da una espressa previsione in tal senso⁴¹⁶.

Dottrina e giurisprudenza hanno rilevato la differenza ontologica tra i concetti di interesse e volontà della parte, addivenendo alla conclusione che la sussistenza del primo, quale condizione legittimante la rilevazione *ex officio* della nullità di protezione, possa non

finanziari ai consumatori -, 134 – in materia di vendita di beni di consumo-; nel codice civile non mancano alcune disposizioni che possono essere ricondotte alla medesima *ratio*, si pensi ad esempio all'art. 1284 – concernente la forma scritta per la validità del saggio di interesse ultralegale -, 2332, comma quinto, e 2379 bis, concernenti le società per azioni (rispettivamente nullità delle società e sanatoria delle nullità delle deliberazioni assembleari); altre fattispecie di invalidità suscettibili di convalida risultano essere previste in diversi testi normativi, quali il Testo Unico Bancario – si pensi all'art. 117, comma 3) ovvero il Testo Unico dell'Edilizia (art. 47), etc.; in dottrina v. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003; GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, p. 203 ss.; VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 149 ss.

413 v. PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, cit., p. 151 ss., la quale afferma che “a livello comunitario, è noto che la politica a tutela dei consumatori è nata come una politica di accompagnamento per la realizzazione del mercato interno; è altrettanto noto che con il tempo essa acquista sempre maggior rilievo finanche con il Trattato di Maastricht, che inserisce il titolo XI dedicato alla protezione dei consumatori, viene riconosciuto il ruolo autonomo del diritto comunitario in materia di tutela del consumatore. Nonostante appaia innegabile l'autonomia e l'importanza che la politica di tutela dei consumatori ha acquisito nell'ambito del diritto comunitario, appare altrettanto importante lo stretto collegamento che esiste tra i consumatori e la concorrenza nel mercato”.

414 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010 p. 48; cfr. PASSAGNOLI, *Le nullità di protezione*, in *Studi Messinetti*, Napoli, 2008, p. 627; MANTOVANI, *Le nullità di protezione nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi Cian*, Padova, 2010, II, p. 1619.

415 v. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, p. 740 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 19; per un approfondimento sul rapporto tra interesse ed invalidità, v. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, cit, p. 3 ss.

416 v. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 176 ss.; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.

coincidere con la seconda⁴¹⁷, dovendosi individuare il "nucleo" concettuale dell'"interesse" nella circostanza che la violazione della norma pregiudichi concretamente la posizione della parte in modo da realizzare uno squilibrio normativo od economico del regolamento negoziale⁴¹⁸.

La sussistenza dell'interesse del contraente debole comporta il dovere del giudice di pronunciare la nullità del rapporto⁴¹⁹, anche in mancanza di domanda in tal senso e perfino in caso di espressa volontà contraria⁴²⁰.

Un'autorevole dottrina ha sottolineato come la considerazione unitaria dell'ordinamento possa indurre il giudice alla rilevazione d'ufficio della invalidità, anche se egli nel caso concreto ritenga che la dichiarazione di nullità non coincida con l'interesse sostanziale della parte, ma sia funzionale alla tutela di interessi generali di valenza prioritaria, segnatamente in relazione a principi costituzionali⁴²¹.

Al riguardo è stato giustamente evidenziato che il riconoscimento di siffatto potere all'autorità giudiziaria, in mancanza di una incidenza positiva sugli interessi generali o sociali, risulterebbe una mera attribuzione astratta, priva di effetti concreti⁴²².

417 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, p. 20, il quale rileva come "la rilevabilità d'ufficio [...] più che dipendere dalla mera volontà del contraente debole (volontà casomai presunta nella sua domanda di adempimento o pretestuosamente invocata dalla controparte) dipende dal suo interesse [...]. Ciò è particolarmente significativo perché volontà (soprattutto se presunta o tacita) e interesse concreto del contraente debole possono anche non coincidere".

418 La connessione tra la tematica delle nullità di protezione e l'equilibrio contrattuale è stato sottolineato tra gli altri da GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, cit., p. 332 ss., la quale, in merito alle diffuse previsioni di nullità di protezione, ha rilevato come esse "facciano parte a loro volta di un più esteso fenomeno che ha portato negli ultimi tempi a riconoscere una indiscussa centralità al profilo dell'equilibrio contrattuale e della giustizia sostanziale, sul piano generale delle negoziazioni: si assiste, cioè, ad un progressivo spostamento dell'attenzione del legislatore, ma anche degli interpreti dal problema del c. d. squilibrio normativo, a quello più ampio dello squilibrio economico".

419 v. Corte giustizia comunità europee Sez. IV, sentenza 4 giugno 2009, n. 243/08, in *Contr.*, 2009, 12, 1115, con nota di Monticelli, in cui si afferma che "In base al disposto dell'art. 6, n. 1, Direttiva n. 93/13/CEE del 5 aprile 1993, (concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori), una clausola contrattuale abusiva non vincola il consumatore e non è necessario che egli abbia in precedenza impugnato utilmente siffatta clausola. Il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga. Tale obbligo incombe al giudice nazionale anche in sede di verifica della propria competenza territoriale"; v. Corte giustizia comunità Europee Sez. I, sentenza 6 ottobre 2009, n. 40/08, in *Dir. Comunitario on line*, 2009, in cui si afferma che "La Direttiva n. 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".

420 v. soprattutto G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 21, il quale rileva come "nella prospettiva del singolo scambio, il giudice deve operare nell'interesse del contraente debole, sì che può rilevare la nullità anche contro la sua volontà, qualora tale volontà è oggettivamente a suo svantaggio. Al giudice, quindi, spetta l'analisi degli interessi in concreto coinvolti nel singolo scambio, spetta la valutazione dell'effettiva utilità, nonché il bilanciamento o, se si preferisce, la valutazione comparativa degli interessi coinvolti al fine di individuare, in concreto, il miglior risultato utile per il contraente protetto"; v. anche BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 899.

421 v. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1024; v. ampiamente sul punto P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 3 ss.

422 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 23-25, il quale afferma che "la rilevabilità d'ufficio, in quanto tale, non può essere svuotata di ogni funzione. così sarebbe qualora si ragionasse affermando che in ogni nullità di protezione o è il contraente debole a far valere la nullità o se

Il tema delle nullità di protezione acquista una specifica rilevanza assiologica con riferimento al problema della loro convalida.

Infatti, l'individuazione dei casi in cui è possibile procedere ad una sanatoria del vizio invalidante e di quelli in cui viceversa questa deve essere esclusa impone una valutazione di ordine sostanziale preordinata al bilanciamento concreto tra valori ed interessi contrapposti⁴²³.

Sul piano sistematico la convalida del negozio affetto da una nullità di protezione non opera sulla base dell'interpretazione analogica o estensiva dell'art. 1444 c. c., che, si riferisce al negozio annullabile, rispetto al quale la figura in esame si differenzia nettamente.

Infatti, questa rientra a pieno titolo nella categoria della nullità (generalmente) a carattere parziale – riferita ad una singola clausola –, impedendo *ab origine* alla parte di negozio colpita di produrre effetti, mentre il contratto annullabile è efficace sin dal momento della sua conclusione, benché "claudicante", in quanto suscettibile di essere invalidato *ex tunc*, qualora la parte legittimata esperisca la relativa azione⁴²⁴.

A differenza delle ipotesi di annullabilità, poste dal legislatore a tutela di interessi riferibili esclusivamente al contraente (si pensi ai vizi del consenso, incidenti sul processo volitivo), le nullità di protezione sono finalizzate anche alla tutela di interessi generali, come si desume dalla imprescrittibilità dell'azione volta a farle valere ovvero dalla rilevabilità *ex officio* da parte del giudice⁴²⁵.

Da ciò discende che la convalida, mentre nel negozio annullabile "stabilizza" effetti già prodotti od in corso di produzione, nell'ipotesi delle nullità di protezione ha come conseguenza diretta quella di rendere efficace un contratto (o la parte invalida) che originariamente non lo era⁴²⁶.

Il problema della convalidabilità del negozio viziato da una nullità di protezione, come accennato, non può essere affrontato a livello aprioristico e astratto, attraverso la creazione di

lo stesso non la eccepisce il giudice non può rilevarla perché mancherebbe l'interesse a farla valere. Così ragionando l'istituto della rilevabilità d'ufficio diverrebbe lettera morta, perdendo ogni possibile applicazione. Né si può affermare che non si può far ricadere sul giudice una scelta contraria alla volontà del contraente protetto o il compito di realizzare una attenta valutazione di convenienza o di opportunità"; cfr. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685 ss.

423 In ordine al problema della convalida delle nullità di protezione, oltre al principale studio sul punto di G. Perlingieri, v. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Not.*, 2009, p. 174; POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931 ss.

424 v. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. dir. civ.*, diretto da Schelinger, Milano, 1997; PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973; MESSINEO, Voce "Annullabilità e annullamento", in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 470.

425 v. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1024; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 14; 425 v. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, cit., p. 740 ss.; MANTOVANI, *Le nullità di protezione nella tassonomia dei rimedi*, cit., p. 1619 ss.

426 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 14-15, il quale rileva come "la convalida in materia di annullabilità (ex art. 1444 c. c.) rende stabile e permanente effetti che il contratto ha già prodotto; nel caso della nullità di protezione, invece, la convalida una volta ammessa consentirebbe al contratto di produrre ex nunc quegli effetti che esso originariamente era inidoneo a produrre (quanto meno per la parte nulla). Tuttavia, similmente alla convalida del contratto annullabile, sanerebbe definitivamente il contratto, senza possibilità di impugnazione o caducazione da parte di terzi, del contraente debole o del giudice"; in generale sulla convalida v. PIAZZA, *La convalida tacita in diritto privato*, Napoli, 1980; ID., Voce "Convalida", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, p. 2, il quale, in merito alla funzione della convalida, rileva come essa consista nel "rimuovere l'incertezza sulla giuridica persistenza del regolamento contrattuale [...] che si realizza attraverso la produzione immediata di un effetto tipico consistente nel fissare definitivamente il valore giuridico del negozio come *vinculum* unilateralmente ineliminabile. Tale effetto non è né di integrazione di una fattispecie imperfetta, né di mera rinuncia o esercizio negativo del potere di annullamento, bensì e peculiarmente di *fissazione*, cioè di aggiunta di una qualifica formale di ineliminabilità ad un negozio già produttivo di effetti ma ancora assoggettabile ad una vicenda eliminativa per volontà unilaterale"; PROSPERETTI, *Contributo allo studio dell'annullabilità*, Milano, 1973; MANTOVANI, *Le nullità di protezione nella tassonomia dei rimedi*, cit., p. 1619 ss.

una categoria generale, dovendosi, invece, procedere alla considerazione concreta degli interessi sostanziali – individuali e generali - coinvolti nel singolo rapporto contrattuale, alla cui garanzia la statuizione di nullità è preordinata⁴²⁷. Infatti, l’adozione di una prospettiva generale ed astratta porterebbe sempre a conclusioni estreme non funzionali alla *ratio* protettiva della figura di invalidità in esame, inducendo a negare in senso assoluto la sanabilità del negozio viziato ovvero ad ammetterla *sic et simpliciter* in ogni caso, alla stregua di una facoltà dispositiva riconosciuta alla parte debole del rapporto.

Una tale impostazione sarebbe in entrambi i casi errata, in quanto non terrebbe in debito conto il profilo sostanziale della relazione giuridica, relativo agli interessi sottesi all’operazione negoziale, dei quali deve essere valutata la rilevanza, caso per caso, nel sistema dei valori costituzionali a cui deve essere improntata l’autonomia contrattuale⁴²⁸.

Secondo una dottrina autorevole l’interesse protetto non deve essere riguardato sul piano della sua dimensione “individuale” o “generale”, ma deve essere valutato con riferimento ai profili “qualitativi” inerenti al diverso grado di coerenza ai “valori fondamentali” e alla sua idoneità alla loro attuazione.

È, quindi, necessario esaminare l’intera vicenda contrattuale onde verificare se “l’interesse finale” da realizzare sia stato intaccato dalla inosservanza della prescrizione normativa da cui discende la nullità di protezione⁴²⁹. Solo nel caso positivo si potrà legittimamente escludere la convalida del negozio, mentre nell’ipotesi inversa la conclusione negativa sarebbe irragionevole e potenzialmente lesiva dell’interesse di cui è portatore il contraente debole.

Ipotesi esemplari sono le numerose disposizioni del Codice del consumo – ma anche del codice civile (art. 1284 c. c. che prescrive la forma scritta per il saggio di interesse ultralegale) – relative all’imposizione di requisiti di forma ovvero di obblighi di informazione, finalizzati a preservare l’equilibrio contrattuale tra le parti del rapporto negoziale⁴³⁰.

427 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 35, il quale ritiene che il problema della convalidabilità del negozio affetto da una nullità di protezione possa risolvere “sul piano della teoria generale del negozio, e sul piano sistematico ed assiologico, con l’obbligo [...] di ragionare ancora una volta non per concetti e categorie, ma analizzando le peculiarità dei singoli vizi che determinano una nullità speciale”. L’illustre A. torna sul punto (p. 51-52) chiarendo che, nell’attuale sistema ordinamentale, “all’interprete [...] non è consentito proporre soluzioni astratte e generalizzanti. Al contrario, deve percorrere la strada dell’interpretazione funzionale, sistematica ed assiologica, secondo una prospettiva attenta agli interessi del caso concreto e soprattutto sensibile a valutare l’effettiva dannosità del regolamento negoziale (in tutto o in parte nullo) per il contraente protetto”. Il riferimento, quindi, è ad “una prospettiva funzionale (attenta agli interessi in concreto richiamati) ed assiologica (al fine di valutare il rapporto tra regola e valore o valori di riferimento, posto che ogni regola o è attuativa di un valore o ne costituisce una ragionevole deviazione – in tal caso è norma eccezionale)”.

428 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 41-43, che sottolinea come “il tema della convalidabilità va spostato sulla rilevanza dell’interesse protetto e sulla disponibilità di tale interesse. Questa distinzione va valutata in concreto e sul piano sistematico ed assiologico senza fermarsi al mero strumento della legittimazione relativa”.

429 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 56, il quale sostiene che “l’analisi dell’interprete [...] si deve spostare sull’operazione complessiva, in modo da valutare l’incidenza del comportamento scorretto sulla vicenda del rapporto, dal suo nascere al suo divenire”.

430 v. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, cit., p. 371 ss., la quale, con riferimento alle nullità formali previste dal Codice del consumo, afferma che “si tratta, evidentemente, di nullità non meglio descritte che investono l’intera pattuizione, e per le quali è necessario valutare la presenza di indici contrastanti quali, da un lato, l’innegabile *ratio* protettiva sottesa ad ogni norma contenuta nel codice del consumo e, dall’altro, la tradizionale associazione della richiesta di requisiti formali ad interessi di natura anche pubblicistica. Il primo indice farebbe optare *prima facie* per una lettura di queste invalidità nei termini di specialità [...]; il secondo, invece, indurrebbe a pensare alle tradizionali conseguenze civilistiche della mancanza della forma *ad substantiam*. La dottrina, in effetti, non ha mancato di soffermarsi in merito a quelle che si potrebbero definire nullità formali di protezione, e l’esito delle riflessioni che sono maturate non esclude la possibilità di immaginare che anche la forma possa essere un requisito richiesto solo per proteggere la parte debole del contratto, rientrando, dunque tra i molti aspetti di tutela che la legislazione può contenere e senza per questo dover collidere con interessi generali”.

Dall'accennato sistema normativo è ragionevole trarre la conseguenza che, nei casi in cui l'inosservanza di prescrizioni non alteri l'equilibrio del rapporto e non pregiudichi gli interessi delle parti, la convalida del negozio non trovi alcun ostacolo sostanziale e sia ammissibile e legittima, in considerazione della sua essenziale idoneità a realizzare le finalità logiche ed utilitaristiche protette. Tale orientamento appare avallato, tra l'altro, dalla disposizione dell'art. 1420 c. c., che collega la nullità del contratto all'essenzialità del vincolo obbligatorio colpito⁴³¹.

Sul piano tecnico-giuridico, quindi, il problema dell'ammissibilità o meno della convalida delle nullità di protezione impone una rilettura dell'art. 1423 c. c., che ne consenta l'inserimento nel sistema dei valori primari a cui è informato l'ordinamento giuridico, in modo da essere interpretato ed applicato in senso conforme alla legalità costituzionale.

In questo ordine di idee, la dottrina ha rilevato come sia necessario procedere, al fine di addivenire all'esposto risultato, ad una corretta esegesi dell'inciso dell'art. 1423 c. c., "*se la legge non dispone diversamente*", derogatorio della inammissibilità della convalida del negozio nullo⁴³².

La prospettiva di indagine da adottare non può prescindere dalla considerazione del principio di legalità costituzionale, il quale, configurando l'ordinamento in senso unitario e ponendone al vertice i valori fondamentali garantiti in Costituzione secondo la nuova gerarchia delle fonti, impone la conformità ad essi di ogni manifestazione normativa e negoziale⁴³³.

È stato correttamente rilevato che il termine "legge" non può essere inteso nel senso formale di statuizione normativa contenuta in un atto avente una tale qualificazione nel sistema delle fonti, ma deve riferirsi al concetto più ampio di "ordinamento", considerato nella sua unitarietà sostanziale di valori, principi ed atti precettivi⁴³⁴. Muovendo da questa acquisizione è agevole pervenire alla conclusione secondo cui si può sostenere l'ammissibilità della convalida di un negozio nullo, sia in base ad una "espressa previsione di legge" in tal senso, "sia come conseguenza del bilanciamento dei principi e dei valori normativi vigenti", sia in riferimento alla norma invalidante ed agli effetti della sua inosservanza sul rapporto giuridico: la convalida attraverso la "valutazione comparativa degli interessi coinvolti", si fonda precipuamente sulla

431 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 60; POLIDORI, *Nullità relativa e limiti alla disponibilità mediante convalida della tutela apprestata in favore del consumatore dal codice di settore*, in *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, a cura di Gavazzoni, Mezzasoma, Di Nella e Rizzo, Napoli, 2008, p. 212 ss.; cfr. D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

432 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 11; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, cit., p. 214 ss.; R. QUADRI, <<Nullità>> e tutela del <<contraente debole>>, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1161; POLIDORI, *Nullità relativa e limiti alla disponibilità mediante convalida della tutela apprestata in favore del consumatore dal codice di settore*, cit., p. 211ss.; MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, cit., p. 174 ss.

433 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 235 ss.

434 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 89, il quale afferma che sia "possibile sostenere che la parola <<legge>> (di cui agli artt. 1421, 1423 c. c.) va intesa nel senso di <<ordinamento>> (<<sistema>>) o, se si preferisce, di <<legalità costituzionale e comunitaria>>. Ciò sia perché il principio di legalità non si esaurisce nella <<legge>> (l'art. 101, comma 2, cost., infatti va letto in combinato disposto con gli artt. 54 e 117, comma 1, cost.), sia perché soltanto così è possibile assicurare il rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori normativi, nonché evitare che in presenza di lacune legislative (si pensi alle ipotesi nelle quali il legislatore non specifica se la legittimazione sia relativa e/o rilevabile d'ufficio: v., ad esempio, l'art. 127, comma 2, t.u. banc.; artt. 23, comma 3, 24, comma 2, e 30, comma 7, t.u. fin.) l'interprete si arresti o colmi la lacuna tramite ragionamenti astratti e avulsi dal rispetto dell'ordinamento e dei suoi valori"; PROSPERETTI, *Contributo allo studio dell'annullabilità*, cit., p. 11 ss.; MANTOVANI, *Le nullità di protezione nella tassonomia dei rimedi*, cit., p. 1619 ss.

irrilevanza della violazione della norma in ordine all'interesse finale e, quindi, sulla sussistenza della meritevolezza dell'operazione negoziale posta in essere⁴³⁵.

In sintesi, secondo l'impostazione seguita dalla dottrina in esame, il problema della convalidabilità o meno delle nullità di protezione deve essere messo in relazione al principio di legalità costituzionale, il quale, distaccandosi dall'approccio formalista ed astratto tendente a ricondurre la realtà giuridica all'interno di categorie e schemi rigidi, prende in considerazione la situazione sostanziale sottesa al rapporto negoziale, mediante una tecnica interpretativa che bilanci gli interessi ed i valori concreti ad esso sottesi⁴³⁶.

In questo modo, ossia spostandosi "dall'area del fatto all'area del valore", è possibile giungere a soluzioni compatibili con l'attuale assetto ordinamentale ed ammettere la convalida del negozio affetto da una nullità di protezione, solo nell'ipotesi in cui il vizio invalidante non abbia pregiudicato il raggiungimento dell'"interesse finale" alla cui realizzazione il contratto tende, facendo venir meno la conformità dell'atto di autonomia al sistema assiologico fondamentale⁴³⁷.

SEZIONE II

CLAUSOLE GENERALI ED ABUSO DEL DIRITTO

10. *Premessa: le clausole generali quali strumenti di attuazione dei principi fondamentali dell'ordinamento: la strumentalità all'ideologizzazione dell'impianto normativo.*

Il rapporto tra ideologia ed ordinamento trova uno dei principali punti di raccordo nella tecnica legislativa delle "clausole generali"⁴³⁸.

Attraverso previsioni normative non aventi una portata descrittiva dettagliata, ma consistenti in assiomi concettuali generali, il legislatore introduce nel sistema degli strumenti la cui concreta definizione è essenzialmente rimessa all'interprete, ma risente della impostazione ideologica di base.

435 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 91, il quale rileva come "La convalida di un contratto nullo è configurabile per volontà dell'ordine giuridico, dunque sia per espressa previsione di legge; sia come conseguenza del bilanciamento dei principi e dei valori normativi vigenti, nonché della valutazione comparativa degli interessi coinvolti".

436 Un'analoga linea di pensiero è riscontrabile in CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 292, il quale rileva come "Nella prospettiva della tutela degli interessi più meritevoli, le funzioni, sanzionatoria e rimediabile, si combinano in una più vasta ed innovativa gamma di soluzioni. Il concetto di invalidità finisce per acquistare una flessibilità tale da intaccare i più rigidi schemi classificatori, dando luogo, tra l'altro, anche a meccanismi nei quali sfuma la distinzione dogmatica tra nullità e annullabilità. L'attenzione dell'interprete deve pertanto rivolgersi verso le modalità di realizzazione di un mercato nel quale vengano meno i presupposti al perpretarsi di abusivi profittamenti e, se del caso, verso la elaborazione di rimedi adeguati".

437 v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 83, il quale rileva come "discorrere di <<convalida o non convalida>> delle nullità di protezione non è una questione meramente tecnica, come se la tecnica fosse di là dall'ideologia, ma una questione che va posta sul piano del bilanciamento dei principi e della valutazione comparativa degli interessi. L'analisi va spostata dall'area del fatto all'area del valore in modo da valutare volta per volta se, in conseguenza del vizio o del comportamento scorretto, il regolamento di interessi predisposto tramite il contratto sia divenuto o no portatore di quel disvalore che la stessa norma imperativa statuente la nullità intende evitare".

438 v. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.; FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 421 ss.; ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 1 ss.; ID., *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 455 ss.

Per mezzo di siffatti "concetti valvola" si realizza la penetrazione nel sistema positivo di esigenze e finalità ulteriori rispetto a quelle emergenti dall'impianto normativo astratto, tanto che una parte della dottrina ha coniato, per individuarle, l'espressione di "frammenti di norma", in quanto "destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni"⁴³⁹.

È necessario, quindi, distinguere le "clausole generali" dai c. d. "principi generali del diritto", per evitare le conseguenze negative che potrebbero discendere da una loro confusione concettuale⁴⁴⁰.

Attraverso l'utilizzo della "clausola generale", l'interprete addiviene alla formazione di "una regola giuridica concreta", cioè riferita al singolo caso in esame, attuativa dei "principi generali dell'ordinamento", non positivizzati in una disposizione, ma costituenti la base assiologica della stessa: la clausola, nella sua formulazione astratta e generale introduce nell'intero sistema normativo criteri di ragionevolezza diffusa, idonei a colmare gli eventuali vuoti previsionali, mediando "tra la legislazione vigente ed i valori fondamentali espressi dall'ordinamento"⁴⁴¹.

Sembra, pertanto, condivisibile l'impostazione teorica che pone le clausole generali e i principi generali "in un rapporto di mezzo a fine", essendo le prime strumentali all'attuazione dei secondi⁴⁴².

Si tratta di istituti volti ad orientare l'attività giuridica privata al perseguimento di determinati interessi, a controllarne il concreto esercizio ed, in ogni caso, ad adeguare l'ordinamento alla evoluzione della sensibilità e dei valori sociali.

Il ricorso alle "clausole generali" rappresenta una deroga al principio illuministico della certezza del diritto, essendo uno strumento di consueta ricorrenza nei sistemi giuridici ideologicamente orientati, nei quali è particolarmente presente l'esigenza di funzionalizzare l'autonomia privata alla realizzazione di finalità sovraindividuali.

Tuttavia, non può sottacersi la particolare rilevanza che esse hanno al fine di garantire la sopravvivenza dell'ordinamento innanzi ad accadimenti storici sconvolgenti l'ordine costituito,

439 v. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 10, il quale afferma come "le clausole generali non sono né principi deduttivi, né principi di argomentazione dialettica, bensì impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta. In questo senso le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni".

440 v. RODOTÀ, *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 260, il quale al riguardo sottolinea come "difficoltà particolari non dovrebbero sorgere quando si parla di principi, se con tale termine ci si riferisce alle indicazioni riguardanti i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte. In questo senso, le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi. Se, ad esempio, si riconosce nel nostro sistema la presenza di principi come quelli di solidarietà e di eguaglianza, la clausola generale di buona fede può essere legittimamente concretizzata solo adeguandola alle indicazioni in esse contenute. I principi, allora, possono essere intesi anche come un limite all'andamento elastico del sistema o, meglio, come la condizione concreta della sua elasticità. Si tratta, in sostanza, di una elasticità "orientata", per la caratteristica di norma di scopo anche i principi ordinariamente assumono".

441 v. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 4 e 8; cfr. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 540 ss.; FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 3 ss.

442 v. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 7-8, il quale rileva come "sebbene sia indubbio che i principi generali sono caratterizzati da un più alto livello di idealità rispetto alle norme elastiche, sembra preferibile l'opinione di chi, nel distinguere nettamente le due categorie giuridiche, le pone in un rapporto di mezzo a fine. Le clausole generali consentono quindi al giudice di operare scelte di valore che, per quanto inevitabili nell'applicazione del diritto al caso concreto, sono tuttavia, ammissibili se poste in essere su un piano di coerenza e nei limiti individuati dagli stessi principi generali del diritto. Mentre i principi generali svolgono un ruolo di collegamento tra la legislazione vigente ed i valori fondamentali espressi dall'ordinamento, le clausole generali consentono un adattamento ermeneutico continuo del diritto alla dinamica sociale. Esse costituiscono di conseguenza un imprescindibile strumento di attuazione dei principi generali".

ossia all'emersione di nuovi valori antitetici a contrastanti, consentendone l'adattamento e finanche l'aggiornamento.

In questo senso è esemplare l'esperienza italiana, la cui legislazione civile, fondata su di un impianto ideologico autoritario caratterizzato dalla subordinazione dell'interesse privato alla utilità sociale ossia alla rilevanza collettiva, si è adattata perfettamente alla situazione post-bellica impostata sulla rilevanza dei principi costituzionali e sulle regole dell'economia di mercato, legittimando, in tempi recenti, una rilettura assiologica tesa al riconoscimento "sostanziale" del primato dei valori fondamentali di ordine personalista, anche nei rapporti intersoggettivi⁴⁴³.

In tale processo le clausole generali hanno svolto un ruolo essenziale, divenendo il fulcro dell'azione innovativa portata avanti dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Si pensi al ruolo assunto dall'equità, dalla buona fede, dalla correttezza, dalla diligenza ai fini dell'adeguamento dei rapporti obbligatori alle esigenze di tutela personalistica, nel quadro del bilanciamento di interessi e valori contrapposti, ovvero all'intera teoria dell'abuso del diritto che ha imposto un filtro assiologico all'astratta applicazione delle norme giuridiche⁴⁴⁴.

In questo senso sembra muoversi anche il diritto comunitario ed europeo in generale, che demanda a concetti elastici, rimessi alla definizione dell'interprete il compito di regolare la gestione del rapporto contrattuale, nel permanente quadro di conflitto tra istanze economiche ed istanze sociali, adottando soluzioni che individuino nella protezione del contraente debole uno strumento funzionale alla efficienza e alla concorrenza dei mercati.

Peraltro, il ricorso alle "clausole generali" da parte del legislatore italo-europeo risponde ad un preciso disegno politico-normativo, finalizzato a realizzare l'armonizzazione delle legislazioni dei Paesi aderenti all'Unione, coi principi elaborati in sede comunitaria.

10.1. Le clausole generali nelle codificazioni dei rapporti civili e l'evoluzione storica della loro ruolo negli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

Nelle codificazioni ottocentesche, le "clausole generali" erano state bandite dal riconoscimento normativo, alla luce di un analogo orientamento della dottrina.

Infatti, il positivismo illuminista improntato al principio della divisione dei poteri e della certezza del diritto – per cui il giudice (cioè l'interprete qualificato) aveva il compito di applicare regole predeterminate generali ed astratte ai casi pratici sottoposti alla sua valutazione, mediante un rigido procedimento di "sussunzione logica della fattispecie concreta sotto una regola legale"⁴⁴⁵, seguendo un metodo ermeneutico che non lasciava spazio alle sue concezioni personali ovvero a dati extranormativi e generici di ordine equitativo e sostanziale – non avrebbe potuto ammettere la vigenza di "concetti valvola", capaci di introdurre nel sistema una visione ideologizzata o comunque integrata *aliunde* degli istituti giuridici, osservati nella loro dimensione applicativa e concreta, in quanto lesiva del principio di eguaglianza formale espresso nel riconoscimento del ruolo preminente della "legge scritta".

Tale risultato, seppur per vie diverse, è comune anche alla impostazione sistematica, che, operando sulla base di un procedimento logico di connessione fra gli istituti giuridici, non consente il loro inquadramento nel sistema dei valori condivisi dalla società e ripudia l'impiego delle "clausole generali".

443 v. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 539 ss.; ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, cit., p. 3 ss.

444 v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *Introduzione*, p. I ss.; LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971, p. 3 ss.; TONDO, *Su un progetto di riforma della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in *Foro It.*, 1981, IV, c. 282 ss.

445 v. GUARNERI, Voce "Clausole generali", in *Dig. it. - sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 405

La prima apertura alle clausole generali – preceduta sul piano culturale da un parziale superamento del principio illuministico della completezza del diritto “scritto” - è rinvenibile nell’esperienza giuridica tedesca dei primi decenni del Novecento, laddove, mediante un utilizzo flessibile del criterio della buona fede contemplato al § 242 del BGB, si procedeva ad una revisione dell’entità delle prestazioni pecuniarie dedotte in obbligazione, il cui valore reale era stato compromesso da un consistente processo inflativo⁴⁴⁶.

Coerentemente con la funzionalità dell’istituto in esame all’ideologizzazione del diritto ed alle conseguenti finalità di controllo dell’attività giuridica privata, un significativo riconoscimento delle “clausole valvola” si ebbe durante il regime fascista con la loro recezione nel corpo del codice civile⁴⁴⁷.

Queste divennero strumentali alla “penetrazione” nel sistema degli ideali corporativistici ed autoritari, oltre che alla funzionalizzazione dell’autonomia privata all’utilità sociale.

In questo senso devono essere intese le disposizioni facenti richiamo alla solidarietà corporativa (art. 1175 c. c.), alle clausole di liceità dell’ordine pubblico e del buon costume, alla meritevolezza degli interessi sottesi ai contratti atipici, quale requisito di validità della pattuizione (art. 1322, comma secondo, c. c.), etc.⁴⁴⁸.

Si tratta di concetti elastici ed evanescenti, la cui determinazione è rimessa all’interprete in sede di applicazione alla concreta fattispecie, con la conseguenza di dare rilievo giuridico, legittimante o invalidante, a valori diffusi nella coscienza sociale e politica del Paese.

Il mutamento del regime politico ed il comprensibile timore rispetto a possibili recrudescenze ideologiche, realizzate a livello giurisprudenziale, ebbero come contraccolpo una nuova “eclissi” delle clausole generali, manifestatasi, da un lato, nella rimozione di quelle disposizioni collegate essenzialmente a concetti propri del pensiero corporativo e, dall’altro lato, attraverso l’oggettivazione sistematica di criteri inseriti nell’impianto codicistico, come la correttezza, la buona fede, etc.⁴⁴⁹.

Una significativa inversione di rotta si ebbe nel corso degli anni Settanta, allorché una parte della dottrina italiana - a volte ideologicamente impegnata, ma, comunque, sensibile all’esigenza di dover adeguare l’impianto normativo risultante dal codice del 1942 ai nuovi principi e valori democratici – iniziò a sostenere la necessità di utilizzare le clausole generali,

446 v. ampiamente sul punto RANIERI, Voce “*Eccezione di dolo generale*”, in *Dig. it.- sez. priv.*, Torino, 1991, p. 317 ss., il quale rileva come “I tribunali tedeschi, mentre in un primo tempo cercarono [...] di ricondurre la preclusione dal diritto formale al fondamento testuale del divieto di arrecare un danno in maniera contraria ai buoni costumi, di cui al § 826 BGB, in uno sviluppo successivo, dalla fine degli anni venti in poi, preferirono far ricorso al canone generale di buona fede, a cui venne attribuita una portata normativa autonoma e del quale videro il riconoscimento legislativo nel § 242 BGB. In tal maniera il principio di buona fede è divenuto oggi un canale di formale legittimazione di tutta una serie di soluzioni equitative; un formale riparo, all’ombra del quale il giudice può agire come legislatore, con la possibilità di creare norme là dove esse manchino o di modificare effetti, considerati iniqui, di norme legali o contrattuali esistenti”.

447 Rilevano in questa prospettiva ideologica, seppur riferita all’ambito del nazionalsocialismo tedesco, le osservazioni di un insigne giurista quale SCHMITT, *Principi politici del Nazionalsocialismo*, Firenze, 1935, p. 227, il quale afferma come le “clausole generali sono diventate da gran tempo inevitabili e indispensabili, e determinano interamente il quadro generale della nostra amministrazione della giustizia tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico”; v. anche MERUZZI, *L’exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 25, il quale rileva come il frequente ricorso da parte del legislatore del 1942 all’impiego di clausole generali, sia da considerarsi “il frutto di una consapevole scelta di politica normativa” che “non solo sostituisce alla concezione rigorosamente giuspositivista del diritto la tendenza ad accrescere la sfera degli interessi pubblici o generali e l’ambito di rilevanza dei principi etici, sociali e politici, ma muta sensibilmente l’idea stessa di come fare il diritto. Non solo per norme astratte, ma tramite meccanismi che consentano la produzione di norme concrete ed adeguate alla fattispecie in esame”.

448 v. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; ID., *Teoria generale dell’interpretazione*, Milano, 1955, p. 841 ss.; PUGLIATTI, *L’ordinamento corporativo e il codice civile*, cit., p. 374 ss.

449 v. RUBINO, *Sui limiti dell’interpretazione dei contratti secondo buona fede*, in *Giur. comp. cort. cass.*, 1947, II, p. 337 ss.

quale criterio interpretativo del sistema positivo e come strumenti di armonizzazione ed orientamento dell'autonomia privata alla realizzazione della solidarietà sociale⁴⁵⁰.

Si trattò di una tendenza emersa dalle nuove esigenze economiche e sociali, provocate dallo sviluppo industriale e tecnologico e dalla globalizzazione dei mercati, rispetto alle quali appariva necessario un adeguamento dell'impianto normativo del codice civile, per renderlo più efficiente allo sviluppo equilibrato dei valori fondamentali dell'ordinamento democratico.

Tale orientamento, dapprima minoritario e non accolto nella giurisprudenza dominante per il timore di una nuova ed inversa tendenza ideologizzante del diritto, in materia contrattuale indusse ad una rilettura dell'art. 1374 c. c. - nel senso di una determinazione equiordinata delle fonti convergenti nella definizione del regolamento negoziale, riconoscendo il potere giudiziale di eterointegrazione sulla base della clausola di equità o di buona fede⁴⁵¹ -, in tempi più recenti riquilibrata anche come fondamento dell'obbligo di rinegoziazione nei rapporti di durata per sopravvenienze che ne alterino significativamente la base originaria⁴⁵² -, quale presupposto per la tutela dell'equilibrio economico della pattuizione, in coerenza coi principi di solidarietà sociale⁴⁵³.

Ispirate alla solidarietà sociale erano anche le clausole di correttezza e diligenza, intese come criteri regolatori del rapporto obbligatorio, caratterizzato da doveri cooperativi volti ad imporre alle parti la salvaguardia delle reciproche posizioni giuridiche coinvolte nella relazione negoziale.

In questo clima culturale innovativo si sono sviluppate le prime elaborazioni inerenti all'abuso del diritto e all'"*exceptio doli*", la cui parziale applicabilità alle fattispecie concrete è stata solo di recente riconosciuta a livello giurisprudenziale.

La tecnica applicativa delle clausole generali, nella molteplicità delle fattispecie di tipologia contrattuale, è logicamente coerente con la protezione dei valori riconosciuti nel vigente ordinamento, informato alla legalità costituzionale e comunitaria, in quanto contemporanea, in modo equilibrato e compatibile, gli interessi particolari sottesi alle attività giuridiche, anche nei riflessi personalistici, con le finalità sociali del generale ed equo sviluppo del sistema economico⁴⁵⁴.

450 v. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, p. 39 ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 131 ss., il quale rileva come "Venuto meno il riferimento alla solidarietà corporativa (cioè il principio storicamente prevalente all'atto di entrata in vigore del nuovo codice civile), non per questo è caduta la possibilità di caratterizzare la correttezza sulla base dei nuovi principi che reggono il nostro ordinamento, e la necessità di valutare i rapporti interprivati secondo criteri che consentano un loro corretto inserimento nel contesto sociale".

451 v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *Introduzione*, p. VIII, il quale sottolinea "la necessità di guardare al contenuto contrattuale come il risultato di un concorso di fonti diverse dalla sola volontà delle parti, per la tutela di interessi certo immediatamente riferibili ad una di esse, ma in cui si riflettono manifestamente anche finalità d'ordine generale, non riducibili esclusivamente alla tutela del corretto funzionamento del mercato"; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, cit., p. 10 ss.; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 86 ss.; BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 68 ss.

452 v. MACARIO, Voce "*Revisione e rinegoziazione del contratto*", in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, p. 1054 ss.; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 147 ss.; SICCHIERO, Voce "*Rinegoziazione*", in *Dig. it.-sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 1210.

453 v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 49 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 1 ss.; ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., p. 35 ss.

454 v. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, cit., p. 433, il quale afferma che "Le clausole generali sono una risposta al politeismo dei valori, al contingente, alla frantumazione disarticolata, perché è loro tramite che si costruisce il filtro dei grandi principi attraverso il quale il giudice legge la società. Perché è loro tramite che il giudice governa la società costruendo gli strumenti operativi che sono conseguenti ai principi"; in termini simili v. ROSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 671, il quale rileva come "Attraverso la mediazione dei giudici le clausole generali possono [...] servire da veicolo

Al riguardo, un'attenta dottrina ha posto l'accento sulla necessità che l'impiego delle norme "valvola" rappresenti uno strumento di "selezione" e "composizione" di una molteplicità di interessi, espressivo di una "una scelta di valore" da parte del legislatore, sicché sarebbe deprecabile la tendenza di quest'ultimo ad astenersi da una siffatta presa di posizione attraverso l'introduzione di "clausole generali" di enorme astrattezza e totale distacco dalla concretezza dei rapporti, le quali sostanzialmente rimetterebbero al giudice la determinazione della regola giuridica, ledendo sia il principio di separazione dei poteri che quello della certezza del diritto⁴⁵⁵.

Quest'ultimo problema, spesso ricorrente in sede costituzionale, in relazione all'ipotesi di "clausola generale" non espressiva dell'intento di "adeguare" nel tempo l'ordinamento, ma comprensiva di nuove istanze sociali affidate all'autonoma selezione dell'interprete, rappresenta l'anomalo risultato di un "compromesso" ideologico tra diverse forze politiche⁴⁵⁶: per il suo contenuto vago e generico, esso rivela una neutralità legislativa ed una sostanziale inutilizzabilità pratica dell'espedito normativo, privo di valenza concreta ed assiologica.

10.2. *Clausole generali e ruolo del giudice. La certezza del diritto garantita per mezzo dell'assiologia costituzionale. La sindacabilità giurisdizionale in ordine all'applicazione delle clausole generali.*

L'ammissibilità delle clausole generali nell'ordinamento – come accennato – è stata tradizionalmente contestata dalle dottrine di ispirazione illuministica, legate agli assiomi della completezza del sistema giuridico positivo, della divisione dei poteri e della certezza del diritto, che portavano al riconoscimento in capo al giudice di una funzione meramente "dichiarativa" della legge – ossia applicativa di norme generali ed astratte preesistenti – e non già creatrice della *regula iuris*.

Ragionando aprioristicamente, secondo tale ordine di idee, si giungeva a riconoscere nelle "clausole generali" uno strumento volto a favorire l'aggiramento dello stringente principio di

del pluralismo normativo, poiché la discrezionalità giudiziale può esplicarsi anche nella decisione delle controversie attraverso norme espresse da ordinamenti extrastatali".

455 Nella sua approfondita analisi MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 35 – 36, rileva come vada "sicuramente criticato, quando, come spesso è accaduto in passato" l'introduzione di clausole generali "costituisce lo strumento con il quale un legislatore politicamente sempre più debole si astiene da scelte di valore, legittimando così un'autentica supplenza giudiziaria nella selezione delle direttrici fondamentali dell'ordinamento giuridico e dando vita ad un fenomeno inverso a quello che dovrebbe giustificare la tecnica normativa. In queste ipotesi, infatti, il ricorso alle clausole generali non è una scelta di valore, ma il mezzo per esimersi da tale scelta. Il bene giuridico direttamente leso è qui la certezza del diritto, in quanto l'applicazione concreta della clausola generale riprodurrà all'infinito quel conflitto tra divergenti direttrici di politica legislativa che il legislatore si è deliberatamente astenuto dal dirimere, o, in alternativa, si tradurrà in una delega in bianco al potere giudiziario di una funzione tipicamente assegnata, nei moderni Stati di diritto, al potere legislativo. Esso deve invece essere apprezzato quando, nell'ambito di ben definite direttrici di politica normativa e di selezione degli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico, costituisce una consapevole tecnica normativa, che consente, tramite un impiego flessibile dei principi dell'ordinamento, la composizione di una pluralità di interessi tra loro in conflitto, e di cui non è possibile determinare *a priori* i criteri di prevalenza"; v. anche RODOTÀ, *Il principio di buona fede*, cit., p. 266, il quale a proposito delle clausole generali rileva come "l'indeterminatezza al momento della produzione può essere involontaria, derivare dalla equivocità nella formulazione della norma o dalla inevitabile imprecisione dei concetti normativi dei quali, tuttavia, difficilmente può farsi a meno. Le clausole generali, invece, sono caratterizzate da una "indeterminatezza intenzionale", che le caratterizza e che caratterizza il programma del legislatore".

456 cfr. VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, p. 250, il quale, con riferimento al caso specifico della nostra legge fondamentale, sottolinea come "le dichiarazioni della costituzione italiana risentono troppo del compromesso politico dal quale sono scaturite e il contrasto fra le opposte ideologie si rileva spesso in stridenti contraddizioni o, peggio ancora, in formule vacue ed inconcludenti".

legalità e, quindi, finalizzato al riconoscimento di una funzione “legislativa” alla giurisprudenza.

Siffatto timore risulta infondato qualora si ricollegli la norma “valvola” al sistema dei valori fondamentali dell’ordinamento, costituenti il sostrato primario della legalità costituzionale e comunitaria⁴⁵⁷.

L’applicazione giudiziale della “clausola generale” al caso specifico non determina una vera e propria produzione pretoria della norma giuridica, poiché non ha la propria fonte nella scienza privata dell’interprete, ma consiste nell’attuazione in concreto dei principi generali dell’ordinamento.⁴⁵⁸

Questo rilievo consente di distinguere la definizione dell’enunciato normativo – senza dubbio rimessa al giudice – che comporta nella sostanza l’individuazione e l’interpretazione della regola giuridica da applicare al singolo caso sulla base di fattori testuali e positivi convergenti, dall’arbitrio dell’organo giudicante, che per converso implica una elaborazione radicalmente costruttiva di una norma tratta dalla personale esperienza⁴⁵⁹.

È opinione diffusa che anche il nostro sistema nazionale, benché improntato ad un modello di *civil law*, non disconosca del tutto la funzione creatrice del diritto da parte della giurisprudenza, dovendosi riconoscere nel procedimento interpretativo e applicativo, che muove da norme astratte e generali, un’attività di produzione normativa, atteso che la regola che ne deriva prende in considerazione la singola fattispecie, alla luce di interessi e valori ulteriori rispetto a quelli che sono immediatamente contemplati nel testo della disposizione di riferimento⁴⁶⁰.

457 v. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 11 ss.; cfr. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. Comm.*, 1967, I, p. 83 ss.

458 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 224-225, il quale rileva che “le clausole generali non hanno una valenza assiologica autonoma e compiuta, perché vanno riempite di valori che si rinvergono non soltanto nella realtà sociale, ma nei principi normativi di rilevanza gerarchicamente superiore, siano essi costituzionali, comunitari o internazionali. La vaghezza del riferimento contenuto nella clausola è superata con il rinvio alla coscienza o alla valutazione sociale, ma al complesso dei principi che fondano l’ordinamento giuridico, unica garanzia di pluralismo e di democraticità”; FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 1 ss.; ID., *I principi generali del diritto*, cit., p. 455 ss.

459 v. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 10, il quale rileva come “Tra gli strumenti di adattamento si pongono in posizione di preminenza gli standards valutativi. Con l’impiego di questi modelli e criteri di giudizio, la cui nota fondamentale è l’adattabilità, si ottiene il risultato, per il diritto, di adeguare l’effetto giuridico alla specificità del fatto giuridico concreto nelle norme in cui il valore giuridico è preidentificato in maniera generica”; MERUZZI, *L’exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 65 ss., il quale soffermando sulla distinzione tra interpretazione e creazione del diritto, rileva come al giudice sia assegnato “nel rispetto del vincolo di continuità tra dato normativo e soluzione concretamente adottata, lo scopo di ritrovare, nel contesto sociale in cui opera, il sistema di valori da porre esplicitamente a base delle proprie premesse. L’interprete diviene in tal modo il protagonista dell’attività di creazione del diritto ed il mezzo di collegamento tra norma positiva e valori socialmente condivisi. Ad esso è attribuita la funzione di garante dei valori del sistema e, in particolare, l’attività di contemperamento reciproco dei due principi della certezza del diritto e dell’esigenza di giustizia. Ben di rado l’interpretazione si esaurisce nel rinvenire o nello scoprire l’unico significato sistematicamente corretto della norma da applicare. Usualmente l’interprete deve scegliere, tra le opzioni ermeneutiche astrattamente compatibili con il tenore letterale della disposizione, quella più adatta a promuovere i valori da lui stesso prescelti e posti a fondamento della decisione. Così facendo egli costruisce e pone, con riferimento al caso concreto, una norma caratterizzata da un più basso livello di astrazione, suscettibile di essere applicata al caso di specie ed a tutti i casi successivi”. Sulla base di queste considerazioni, quindi, l’A. ritiene che “l’applicazione della norma e la sua interpretazione, intesa come concreta attribuzione ad essa di uno dei molteplici significati astrattamente riferibili, sono quindi due fenomeni tra loro inscindibili. Ed ogni interpretazione, in quanto caratterizzata da diversi atti di scelta non vincolati e predeterminati, dà luogo ad un fenomeno di evoluzione del diritto”.

460 v. BIGIAVI, *Appunti sul Diritto giudiziario*, Padova, 1989 rist., p. 51, il quale già negli anni ’30 affermava come “non si può metter in dubbio che anche oggi l’interpretazione abbia un’efficacia creativa, inevitabile, se non altro, a causa dell’applicazione di regole astratte a casi concreti”.

Tale conclusione è condivisibile, in quanto coerente con le attuali esigenze di regolazione delle svariate istanze socio-economiche che si manifestano nel mercato globale e rispetto alle quali si impone il ricorso a strumenti duttili di disciplina che, accanto al dato testuale, tengano in adeguato conto anche fattori legati al bilanciamento di valori personalistici e commerciali⁴⁶¹. In questo senso, il riconoscimento della funzione "creativa" della giurisprudenza, permette di realizzare risultati equilibrati e confacenti tanto al rispetto dei diritti inviolabili che all'efficienza dei mercati.

Argomentando in tal senso, si evita una sterile e confusa sovrapposizione con i sistemi di *common law* improntati al criterio dello *stare decisis*.

Infatti la differenza rispetto a questi ultimi non risiede nella natura della funzione giudiziale e nel risultato concreto dell'interpretazione – in ultima analisi volta sempre alla definizione (*rectius* creazione) di un enunciato normativo riferito al caso sottoposto a giudizio – ma nella scelta di ordine politico di attribuire al precedente giurisprudenziale efficacia vincolante – e, quindi, generale – nella regolamentazione di fattispecie similari, ossia nel suo inquadramento nell'ambito delle fonti "formali" del diritto⁴⁶².

Tale soluzione trova spazio nell'ambito dei sistemi di tradizione anglosassone, mentre, in quelli di tradizione romanistica, il precedente giurisprudenziale non ha un valore di fonte "formale" dell'ordinamento - esaurendo la sua potenzialità vincolante sul piano del maggiore o minore grado di "persuasività" nella regolazione di casi analoghi – ma ha solo efficacia di fonte sostanziale di disciplina della singola fattispecie.

In sintesi la capacità "creativa" della *regula iuris* da parte della giurisprudenza, trova applicazione pratica di maggior spessore proprio nel giudizio per "clausole generali", in quanto attuativo dei valori fondamentali dell'ordinamento⁴⁶³.

Questi valori, infatti, da un lato vengono a concretizzarsi nell'enunciato normativo elaborato dall'interprete attraverso l'impiego della "norma elastica" e, dall'altro fungono da limite

461 cfr. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 3 ss.; TONDO, *Su un progetto di riforma della disciplina delle condizioni generali di contratto*, cit., c. 282 ss.

462 v. COLESANTI, Voce "Giurisprudenza", in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1961, p. 1104 ss., il quale esamina il ruolo creativo della giurisprudenza sotto un duplice profilo, affermando che "esso può sdoppiarsi [...] in due problemi distinti (seppur connessi), a seconda che si voglia considerare la posizione della giurisprudenza nei confronti dell'ordinamento e della sua attuazione, approfondendo così l'indagine sull'attività del magistrato; o invece ci si arresti a valutare l'importanza della giurisprudenza nell'intento di vedere se la massa di decisioni giudiziarie spesso conformi possa esser confortata dalla qualifica di fonte (formale) del diritto". L'A. rileva come per tale ultimo punto la risposta sia senz'altro negativa, essendo "il nostro ordinamento, ispirato al principio di legalità, e d'altra parte non conoscendo altro vincolo per il giudice se non verso la legge, impedisce di conferire valore normativo alla giurisprudenza finanche indirettamente, attraverso una pretesa vincolatività delle varie massime di decisione. Queste infatti esauriscono la loro efficacia sul terreno dell'interpretazione e la loro sopravvivenza è condizionata alla forza persuasiva di cui sono dotate". Tuttavia, osserva lo studioso, "il problema dell'attività creativa della giurisprudenza torna [...] a presentarsi sotto un altro profilo, tradizionalmente considerato come un aspetto di quello più ampio concernente l'interpretazione o la natura del provvedimento del giudice nei suoi rapporti con diritto [...], alimentato d'altra parte dalle ricorrenti dispute sul metodo. La dottrina più moderna invece lo intende come l'interrogativo vertente sulla funzione della giurisprudenza e la sua attitudine a rendersi interprete delle esigenze affioranti nei diversi momenti storici, verso la ricerca della decisione più conforme alla coscienza sociale, per attuare dunque il diritto realizzando in pari tempo una giustizia sostanziale. Fondamento di tale tendenza appare l'asserito superamento dell'ideale positivista, che si manifesta in una rivalutazione dell'attività interpretativa, concepita come valutazione di interessi diversi e scelta tra vari possibili criteri di decisione, di guisa che essa non si esaurisce mai nell'applicazione meccanica di uno schema legale". Muovendo da questo assunto, quindi, potrebbe ben riconoscersi nella decisione giudiziale un processo di "formazione di diritto", nel senso di elaborazione della *regula iuris* da applicarsi al caso concreto. L'A., condivisibilmente, ritiene che una conferma di ciò sarebbe ricavabile proprio dalla considerazione per cui "nella pratica giurisprudenziale sono sorti di fatto nuovi istituti, o che nelle decisioni giudiziarie hanno assunto veste concreta, nella disciplina dei rapporti reali, quelle <<clausole generali>> che in sé non rappresentano se non rinvio a norme etico-sociali, e quindi, al più, direttive, sfornite di contenuto precettivo".

463 v. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10 ss.

all'esercizio di tale potere giudiziale, non lasciando un significativo margine di azione alla discrezionalità del giudice, dovendo, per contro, la sua valutazione muoversi lungo i "sicuri margini dell'assiologia costituzionale" e comunitaria⁴⁶⁴.

Si supera in tal modo la tradizionale *empasse* positivista, dal momento che si riconosce all'interprete un ruolo attivo nel garantire l'effettività dei principi inviolabili dell'ordinamento, assicurandone l'adeguamento alla mutata sensibilità sociale e giuridica ed alle rinnovate esigenze di regolazione, nel rispetto dei presupposti principi di separazione dei poteri e della legalità che è fonte della certezza del diritto.

La certezza del diritto, nell'attuale contesto ordinamentale, superando la riduttiva configurazione "formalista", concepita come meccanica applicazione della norma scritta, coerente con l'impostazione logica del relativo procedimento, si estende al sistema dei valori socio-economici, che sostanziano l'equilibrata sintesi delle istanze solidaristiche e commerciali⁴⁶⁵.

In riferimento alle "clausole generali" è ampiamente dibattuta la questione se la valutazione giuridica della loro valenza effettiva nelle specifiche fattispecie sia rimessa alla discrezionalità del giudice o sia sindacabile in sede giurisdizionale per violazione o erronea applicazione di norme di diritto.

La questione fa seguito alla disputa relativa al potete della Corte costituzionale di vagliare la legittimità di atti normativi ordinari posti in essere dal legislatore attraverso l'impiego di clausole generali.

Tale quesito, la cui risoluzione si è presentata difficoltosa per il rischio di introdurre nel giudizio di costituzionalità valutazioni di ordine ideologico-politico, ha ottenuto una risposta positiva, seppur nel riconoscimento pacifico della necessità di limiti stringenti volti a circoscrivere la discrezionalità del giudizio⁴⁶⁶, che nell'odierno ordinamento devono essere ravvisati nei principi propri di un regime politico democratico ispirato al primato della persona umana.

464 v. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, in *Diritto Privato, Studi in onore di Antonio Palazzo*, I, *Fondamenti etici e processo*, Torino, 2009, p. 118, il quale pone l'assiologia costituzionale quale criterio guida del giudizio secondo equità; in termini simili, circa l'oggettività del giudizio condotto alla stregua dell'applicazione delle clausole generali, seppur in un altro contesto politico-culturale v. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, p. 63, il quale rileva come "l'apprezzamento che il giudice deve condurre, va fatto alla stregua di criteri extragiuridici riconosciuti dalla coscienza sociale, o anche alla stregua delle regole proprie di determinate discipline, arti o professioni, cui rinviano per esplicito o per implicito le norme da applicare (es. artt 132-133 cod. pen. it.), senza che il rinvio importi (almeno di necessità) assunzione in proprio e recezione, così da trasformare il carattere, convertendole in regole e criteri giuridici. Ora esso non ha carattere di apprezzamento discrezionale in senso proprio, ma di apprezzamento che, in linea di principio, è vincolato, ancorchè i criteri in questione (aventi sempre una propria oggettività che li sottrae all'arbitrio soggettivo) possano essere di natura elastica e quindi non consentano un'applicazione assolutamente sicura e incontrovertibile".

465 v. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 92 ss.; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 215; MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 128 ss.

466 v. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 322 ss., il quale dapprima riconosce come la negazione di un siffatto sindacato alla Corte costituzionale, "muovendo dalla critica della discrezionalità e dell'eccesso di potere legislativo", finirebbe per "privare di concrete garanzie giuridiche la parte maggiore e più sensibile della costituzione". Sulla base di questo assunto addiviene alla conclusione che nelle "materie in cui la costituzione disponga in termini fluidi e sommari, ed espressamente od implicitamente rimandi alla legge ordinaria la correlativa disciplina, non è corretto negare che la carta stessa riconosca al legislatore una certa incontrollabile competenza ad optare tra varie soluzioni, del pari ammissibili; sicché la precedente affermazione, che pure in questa sede si possano dare questioni di costituzionalità, non implica minimamente che spetti alla Corte integrare o riempire siffatti spazi liberi, ma semplicemente esprime l'esigenza che s'abbia comunque controllo – per vasti od elastici che siano – sull'osservanza dei "limiti esterni ed estremi" delle clausole in esame. Ed è soprattutto in quest'ultima ragione restrittiva, che si coglie l'essenza dell'amplessima definizione data alla figura della legittimità costituzionale".

Per ciò che riguarda la sindacabilità della decisione adottata dal giudice del merito sulla base di clausole generali, la giurisprudenza tradizionale – frenata dal timore di aprire la strada ad una “strumentalizzazione” ideologica dei rapporti privatistici – era saldamente collocata su di una posizione negativa.

Tuttavia, la Suprema Corte negli ultimi anni ha gradualmente mutato indirizzo, giungendo ad esercitare il proprio sindacato, sotto il profilo della falsa applicazione di legge ai sensi del n. 3 dell'art. 360 c. p. c., in ordine al “giudizio applicativo di norme c. d. elastiche posto in essere da un giudice di merito”⁴⁶⁷.

La giurisprudenza di legittimità è pervenuta a questa conclusione, ritenendo che i giudizi di valore effettuati “ai fini della qualificazione di un comportamento ai sensi di norme “elastiche” che indichino solo parametri generali”, non siano rimessi all'arbitrio dell'interprete, ma, al contrario, presuppongano l'espletamento, da parte di quest'ultimo, di un'attività di integrazione giuridica della norma, la quale, in tal modo, venga ad assumere una specifica “concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico – sociale”⁴⁶⁸.

Il procedimento, volto alla “concretizzazione” di regole giuridiche generali, permette di mantenere la decisione elaborata dal giudice per “clausole generali” nell'ambito del diritto, in quanto costituente la “specificazione” di una norma già esistente⁴⁶⁹.

Da tale ricostruzione deriva la logica conseguenza della “censurabilità in cassazione”, ai sensi del n. 3 dell'art. 360 c. p. c., dei giudizi in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento e con gli *standard* valutativi praticati nella realtà sociale⁴⁷⁰.

467 v. Cass. civ., Sez. lavoro, 22 ottobre 1998, n. 10514, in *Foro It.*, 1999, I, 1891, in cui si afferma che “E' suscettibile di sindacato da parte della Corte di cassazione, sotto il profilo della falsa applicazione di legge di cui al n. 3 dell'art. 360 c.p.c., il giudizio applicativo di norme c.d. elastiche posto in essere da parte del giudice di merito (nella specie, diretto a verificare la rispondenza o meno di un determinato comportamento del lavoratore ai principi di correttezza e buona fede, al fine di valutare la gravità dell'inadempimento, consistito nell'aver fatto uso fraudolento di un certificato medico per giustificare l'assenza dal lavoro)”.

468 v. Cass. civ., Sez. lavoro, 13 aprile 1999, n. 3645, in *Mass. Giur. It.*, 1999, in cui si afferma che “I giudizi di valore compiuti ai fini della qualificazione di un comportamento ai sensi di norme “elastiche” che indichino solo parametri generali presuppongono da parte del giudice un'attività di integrazione giuridica della norma, a cui viene data concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico-sociale. Ne consegue la censurabilità in cassazione di tali giudizi quando gli stessi si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento (espressi dalla giurisdizione di legittimità) e quegli “standard” valutativi esistenti nella realtà sociale - riassumibili nella nozione di civiltà del lavoro, riguardo alla disciplina del lavoro subordinato - che concorrono con detti principi a comporre il diritto vivente. In tale quadro, deve ritenersi che ricorra il vizio di falsa applicazione di legge, denunciabile in cassazione, nel caso in cui il giudice di merito, nel valutare la gravità del comportamento del lavoratore licenziato, a causa di episodi limitati di uso di sostanze stupefacenti, disattenda il principio che impone la valutazione della concreta incidenza dell'inadempimento sulla funzionalità del rapporto e il diffuso standard valutativo (sorretto dal principio costituzionale sul diritto al lavoro e dalla legislazione sulle tossicodipendenze), secondo cui l'opportunità di un reinserimento nel mondo del lavoro del soggetto che abbia saputo rompere con una pregressa esperienza negativa in materia di uso di stupefacenti va adeguatamente considerata e privilegiata rispetto a generiche considerazioni negative sulla personalità di un lavoratore che abbia fatto uso di stupefacenti e sulla pubblicità sfavorevole derivante da episodi del genere per il datore di lavoro”.

469 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 225, che con riferimento alla clausola del “buon costume” rileva come anche se essa “impone di considerare la morale, cioè un insieme non giuridico di valutazioni, non viene meno il carattere giuridico delle clausole generali, che non si esauriscono in un mero rinvio alla morale, ma coinvolgono un'attività di ricostruzione delle modalità di applicazione giuridica di una norma morale compatibile con i principi giuridici coinvolti”.

470 v. Cass. civ., Sez. lavoro, 18 gennaio 1999, n. 434, in cui si afferma che “La Corte ritiene che tale giudizio di valore sia innanzi ad essa sindacabile e che abbia violato le regole della civiltà del lavoro comportando, di conseguenza, una falsa applicazione di legge. Il giudizio di valore su un comportamento (sulla maggiore o minore gravità nel caso di specie) comporta la sua sussunzione sotto una determinata norma elastica che ha solo indicato, per tale sua struttura, un parametro generale (art. 2119 c.c. e art. 3 della L. n. 604 del 1966). Nell'esprimere tale giudizio il giudice di merito compie un'attività di integrazione giuridica - e non meramente fattuale - della norma stessa (come è stato rilevato dai più classici contributi dottrinari sulla funzione della Cassazione) in quanto dà concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico sociale, non diversamente da quando un determinato comportamento viene giudicato

Il nuovo orientamento si fonda sulla connessione essenziale tra il giudizio per "clausole generali" ed i valori fondamentali, identificati non solo con riguardo alla "funzione adeguatrice" delle norme-elastiche agli *standard* valutativi comunemente adottati, ma anche attraverso la "selezione" collegata ai principi superiori contemplati in Costituzione⁴⁷¹.

conforme o meno a buona fede allorché la legge richiede tale elemento (Cass., n. 10514 del 1998). Il giudizio valutativo - e quindi di integrazione giuridica - del giudice di merito - deve però conformarsi oltre che ai principi dell'ordinamento, individuati dal giudice di legittimità, anche ad una serie di standards valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia di rapporti di lavoro la c.d. civiltà del lavoro (Cass., n. 10514 del 1998). La valutazione di conformità - agli standards di tollerabilità dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore - dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimità nell'ambito della funzione nomofilattica che l'ordinamento ad esso affida. Un approfondito contributo dottrinario su tale tematica rileva come "il giudizio di merito applicativo di norme elastiche sia soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge". Lo stesso giudice di legittimità, cui spetta quindi il giudizio sulle opzioni di valori dei giudici di merito, è, d'altra parte, anche giudice della logicità delle decisioni dello stesso (art. 360, n. 5, c. p. c.) in quanto anche essa ancorata a standards che possono definirsi sociali: per esser la stessa società il punto di riferimento parametrico del processo logico".

471 v. Cass. civ., Sez. lavoro, 3 agosto 2001, n. 10750, in cui, argomentando sul concetto di rischio elettivo, si afferma come "La sua peculiarità consiste, [...], nel ricercare i criteri individuativi della normalità - che delimita l'ambito di copertura assicurativa, oltre il quale insorge, per l'appunto, il rischio elettivo - facendo ricorso a valori guida dell'ordinamento giuridico - di rango costituzionale - idonei a risolvere il conflitto fra interesse dell'istituto assicuratore a non erogare prestazioni che esulino dalla sua funzione di copertura dei rischi propri delle attività lavorative e quello del lavoratore di veder non escluse dall'ambito di tali attività momenti peculiari della sua personalità di uomo-lavoratore in esse coinvolte. L'indicazione che si trae dall'indirizzo in esame si rileva particolarmente importante - metodologicamente - per la selezione di costumi e tendenze esistenti nella società civile tutte astrattamente idonee a concretizzare le nozioni di normalità e ragionevolezza. Queste infatti appartengono sicuramente all'ambito delle c.d. norme elastiche (ampiamente riconosciute in dottrina ed oggetto, altresì, di recenti decisioni di questa Corte, 20 novembre 1998 n. 11732/98 (S.U.), 22 ottobre 1998 n. 10514, 18 gennaio 1999 n. 434, 13 aprile 1999 n. 3645, 27 luglio 2000 n. 9837, 22 aprile 2000 n. 5299, 8 maggio 2000 n. 5822, 22 novembre 2000 n. 15004) - di carattere giurisprudenziale nel caso della nozione di rischio elettivo e costituenti, quindi, diritto vivente - che si caratterizzano per completarsi il loro precetto con riferimento alla realtà sociale, proprio in quanto il legislatore (od i giudici di legittimità nella loro funzione nomofilattica) attesa la natura degli interessi regolati hanno dovuto far riferimento a parametri non rigidi. Efficacemente, a tal proposito, una recente sentenza di questa Corte (21 novembre 2000 n. 15004) afferma che "deliberatamente limitando il proprio contenuto ed esaurendosi in un modulo generico, alcune disposizioni" (con le c.d. clausole generali) esigendo la propria specificazione, "delegano", pur non espressamente, questa specificazione ad un fattore esterno: la coscienza generale poi mediata dall'interpretazione. Dalla consolidata lettura del modulo generico emergono alcuni principi che la stessa disposizione tacitamente richiama, in tal modo conferendo loro la funzione di fonte integrativa. Finalità di questo meccanismo è l'adeguamento del modulo normativo alla realtà (per conferire differenziato rilievo a molteplici circostanze, che, nell'articolata struttura del mondo esterno caratterizzano il fatto, e che, attraverso l'interpretazione man mano emergono integrando il modulo), ed alla modificazione indotta dal tempo (e che il modulo normativo non può ipotizzare). È significativo che - nell'ambito di tale tematica - la Corte (27 luglio 2000 n. 9837) - in materia di infortunio in agricoltura - abbia cassato la sentenza del giudice di merito che a proposito dell'uso di un trattore, per vie diverse da quelle tracciate, passando attraverso i campi, aveva ommesso di far riferimento ai concreti standards del costume agricolo "che assumono connotazioni variegata a seconda dell'evoluzione sociale di determinati contesti rispetto a quella realtà, con proprie peculiarità, costituita dal mondo dell'agricoltura". In tale fattispecie la Corte ha, per il giudice di rinvio, enunciato il seguente principio di diritto: sia nell'individuazione dell'attività connessa, che ai sensi dell'art. 206 del D.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124 rientra nell'attività agricola indennizzabile per gli infortuni in agricoltura, sia in quella della esistenza di un rischio preconstituito, esclusivo dell'indennizzabilità stessa, il giudice deve far riferimento agli standards propri di un determinato contesto socio-economico secondo i quali si articola una determinata attività lavorativa agricola, essendo, in tali casi, egli chiamato a compiere un'attività integrativa di norme elastiche (Cass., n. 3654/99). Nello stesso ambito di norma elastica - con necessità di integrazione delle stesse per via giudiziaria - si pone il predetto art. 12 D.Lgs. n. 38 del 2000 che consente l'uso del mezzo privato purché necessitato. In un certo contesto socio-economico, in relazione a particolari esigenze, quali il raggiungimento dei luoghi di lavoro da quelli di abitazione, e viceversa, naturalmente, più sono, naturalmente, gli standards che tendono a radicarsi nello stesso, a seconda dei valori che in esso tendono ad affermarsi (per es. il ricorso al mezzo privato potrà essere imposto da ragioni di convenienza o di conformazione a costumi correnti o di assoluta necessità per insussistenza di qualsiasi altro collegamento). Sorge quindi la necessità di identificare quali siano i parametri selettivi degli stessi. Questi,

Il sindacato giurisdizionale per falsa applicazione della legge è limitato alla valutazione della correttezza del procedimento di specificazione della "clausola generale" e, quindi, alla sua conformità ai principi generali dell'ordinamento ed agli *standard* valutativi emergenti dalla coscienza sociale generale.

Di diversa natura è l'accertamento della inerenza al fatto dedotto di "elementi che integrano il parametro normativo" nelle "sue specificazioni": la cognizione di essi, ponendosi sul diverso piano del giudizio di fatto, è demandata al giudice del merito ed il loro riesame sotto il profilo della falsa applicazione di legge è precluso in Cassazione, potendosi semmai ammettere in riferimento al vizio di motivazione, ai sensi del n. 5 dell'art. 360 c. p. c.⁴⁷².

Dalle esposte considerazioni emerge, quindi, un quadro disciplinare nel quale il potere di adattamento della norma-elastica ai principi fondamentali, mediante la previsione di un controllo giurisdizionale in sede di legittimità, non sfocia nell'incerta area della discrezionalità libera dell'interprete, ma al contrario consente di tutelare, nell'ambito dei rapporti privatistici, quell'insieme di valori che costituiscono il vertice dell'ordinamento, garantendo la certezza del diritto nel rispetto della legalità costituzionale e comunitaria.

indubbiamente, sono costituiti dai valori guida dell'ordinamento, normalmente individuabili nella Costituzione: affinché il processo di integrazione fra realtà sociale ed ordinamento giuridico si sviluppi in maniera coerente ad essi (Cass., n. 3645/99 riguardante la tematica in questione afferma che gli standards valutativi (nella fattispecie della liceità del comportamento di un lavoratore ex tossico dipendente) devono tenersi nell'ambito dei principi-cornice, identificando nell'art. 4 della Costituzione un principio cardine per la soluzione del conflitto fra interesse del datore di lavoro a salvaguardare la immagine della sua impresa e quello del lavoratore a non esser pregiudicato da negative esperienze del passato; nonché la predetta decisione 8 novembre 2000 n. 14508 che indica come canoni selettivi dell'infortunio in itinere tutelabile gli artt. 3 e 38 della Costituzione). Ciò assicura che solo gli standards che superino l'esame di conformità a tali valori possono concorrere ad assumere la funzione di integrazione delle norme elastiche. Tale metodologia sembra esser proprio quella adottata da questa Corte nella individuazione del criterio normalità/razionalità. E infatti significativo che per individuare l'ammissibilità del ricorso al mezzo privato nelle sentenze prima ricordate si faccia riferimento ad una serie di valori costituzionali quali la libertà di fissazione della residenza, il rapporto con la comunità familiare, una più intensa tutela previdenziale meglio attagliata alle esigenze della società in cui vive il lavoratore".

472 Cass. civ., Sez. lavoro, 21 novembre 2000, n. 15004, in *Notiz. giur. lav.*, 2000; Cass. civ., Sez. lavoro, 26 luglio 2002, n. 11109, in *Mass. Giur. It.*, 2002; v. in particolare Cass. Civ., Sez. lavoro, 8 maggio 2000, n. 5822, in cui si rileva come il potere giudiziale "di adattare la previsione astratta al caso concreto è dall'ordinamento processuale affidato, solamente ed esclusivamente, al giudice del merito: in altre parole, è solo il giudice del merito, e non quello di legittimità, che deve valutare sotto il profilo disciplinare i comportamenti dei singoli, facendo ricorso - nel rispetto del principio di legalità in senso lato, la fattispecie astratta non essendo stata delineata mediante schemi rigidamente preordinati - a regole ricavabili, oltre che da specifiche previsioni di legge, anche da canoni di condotta espressi dalla collettività o da principi deontologici dettati all'interno di determinati sistemi. Pertanto, qualora il giudizio verta sulla valutazione di un comportamento che è stato denunciato come contrario a regole astratte di condotta (ricavabili dal sistema in cui operano le parti), la funzione del giudice del merito è quella di accertare se il comportamento del singolo, che dovrebbe essere sottoposto a sanzione, sia o meno conforme a quei modelli o clausole generali di cui si è sopra discusso. Trattasi, come si vede, di una vera e propria attività ermeneutica, quale esercizio del potere che ha il giudice di applicare la legge al caso concreto, dato che occorre stabilire se la condotta esaminata, e di volta in volta considerata, rientri o no nell'astratto paradigma predisposto dal legislatore. Ed è evidente come una siffatta attività possa essere sottoposta al sindacato di legittimità, come avviene ogni qualvolta venga denunciato il vizio di cui all'art. 360, primo comma n. 3, c.p.c., qualora dal ricorrente sia stata dedotta la non corretta individuazione delle clausole generali o l'assegnazione a tali clausole di un significato difforme da quello comunemente attribuitogli dalla coscienza sociale; dovendosi aggiungere che, in caso di denuncia del vizio di applicazione delle suddette clausole generali al caso concreto, la possibilità che ha il giudice di legittimità di sindacare la decisione impugnata è ancora più limitata, giacché, come è stato rilevato in dottrina, il sindacato deve essere circoscritto alla sola ipotesi che dal giudice del merito vengano enunciate valutazioni giuridiche, le quali, oltre ad essere palesemente erranee, travalichino anche il caso concreto".

11. *L'abuso del diritto, impianto ideologico e codificazione: evoluzione e definizione dell'istituto nella legislazione, nella giurisprudenza e nella legislazione europea.*

L'istituto dell'abuso del diritto – lungamente ignorato nel nostro ordinamento – ha di recente richiamato l'attenzione degli interpreti, in considerazione della crescente esigenza di assicurare la rispondenza dell'operazione negoziale a criteri di giustizia sostanziale⁴⁷³.

Tale figura, per lungo tempo bandita dalla dottrina continentale, ha assunto vigore negli ultimi decenni a seguito della conformazione dell'ordinamento giuridico all'assiologia costituzionale⁴⁷⁴.

L'atteggiamento ostico nei confronti di questo istituto era motivato dalla sua intrinseca idoneità a porre in crisi il principio di certezza del diritto, superando il tradizionale formalismo positivista per rimettere al giudice l'apprezzamento sostanziale sul legittimo esercizio della pretesa fatta valere, alla luce degli interessi coinvolti e dello scopo concreto cui essa era diretta⁴⁷⁵.

I diversi orientamenti sviluppatisi in tema di abuso del diritto hanno trovato origine dalla concezione ideologica di base assunta dagli interpreti quale fondamento dogmatico-funzionale del sistema e destinata ad incidere significativamente sulla "concezione dei diritti individuali", nonché sull'individuazione dei poteri del giudice e "della funzione dell'interpretazione"⁴⁷⁶.

L'originaria avversione alla figura in esame era legata alla cultura liberal-illuministica sottesa al principio della certezza del diritto e della completezza dell'ordinamento, nonché alla rigida separazione tra sfera pubblica e sfera privata; in particolare era motivata dal timore che il riconoscimento giuridico dell'abuso del diritto si risolvesse nella soppressione dei diritti fondamentali del cittadino, a discrezione dell'autorità giudiziaria. Siffatta possibilità si prospettava incompatibile con la nozione del diritto soggettivo come esclusivo potere decisionale del titolare, sottratto ad ingerenze esterne: il concetto di "abuso" appariva contraddittorio rispetto al normale ambito del "diritto" inteso come potere della volontà del singolo⁴⁷⁷.

473 cfr. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e <<interesse>> nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 23 ss.; MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 601 ss.

474 Rileva l'opinione di ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 116, il quale riteneva che l'istituto in commento fosse "un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, e ciò "per la contraddizione che nol consente"

475 cfr. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.; S. ROMANO, Voce "Abuso del diritto", in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 169 ss.

476 v. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 213 ss., il quale sottolinea come i diversi orientamenti dottrinali in tema di abuso del diritto "si spiegano, innanzitutto, per la diversa posizione ideologica nel valutare l'ordinamento giuridico e l'attività dell'interprete". In particolar modo, l'A. rileva come "non solamente si tratta di una diversa concezione dei diritti individuale: si tratta, prima ancora, della concezione stessa dei compiti del giudice e della funzione dell'interpretazione. Nel disconoscere il problema <<giuridico>> dell'abuso, si sottolinea la stretta connessione (negli ordinamenti positivi che contengono l'espresso divieto legislativo dell'abuso) tra la norma relativa all'abuso e la norma sui poteri del giudice. In quegli ordinamenti, la legge finisce infatti per riconoscere al giudice, al meno in via eccezionale, una funzione creativa di diritto".

477 v. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 215-216, che afferma come "la tesi negatrice del problema giuridico dell'abuso appare la più coerente con l'origine e con il regime dei codici di diritto privato che la società liberale dell'Ottocento aveva provveduto a darsi. E si spiega la connessione, che da quella parte si rivendica, tra legittimità dell'esercizio dei diritti e garanzia delle libertà individuali. In effetti, i diritti soggettivi dei codici liberali di diritto privato sono attribuiti e garantiti come poteri e pretese dell'individuo nei riguardi dello Stato. Recisi i vincoli che legavano il singolo alle varie comunità particolari, dove si radicavano gli interessi e le lealtà della persona, l'eventuale ricerca e la sanzione dell'abuso minacciano di riportare nell'ambito dell'ordinamento giuridico statale valutazioni e criteri di giudizio propri di comunità e di ordinamenti particolari. Attraverso la dottrina dell'abuso si mette in discussione la legittimità che all'esercizio del diritto sembra dovere spettare per il solo fatto di essere

L'avversione all'abuso del diritto si è attenuata con l'avvento del personalismo, che, al posto dell'individualismo borghese, ha introdotto la solidarietà sociale quale valore primario dell'ordinamento giuridico e ha dato ingresso alla figura dell'abuso da parte del titolare come causa d'illiceità dell'esercizio di un potere volitivo per finalità immeritevoli di protezione e con effetti lesivi di terzi⁴⁷⁸.

A favore di questo orientamento un'influenza notevole hanno avuto le dottrine di ispirazione cattolica, volte a fondare la legittimità delle azioni giuridicamente rilevanti sui principi morali, al di là della loro regolarità legale; conseguentemente, si è riconosciuto all'interprete, in sede giudiziale, un ampio margine di valutazione diretta a correggere gli atti di esercizio dell'autonomia privata⁴⁷⁹.

I diritti soggettivi non rappresenterebbero delle entità assolute, ma arretterebbero al rango di "funzioni", da orientare, in sede attuativa, verso il perseguimento di interessi eticamente validi⁴⁸⁰.

È evidente, come in tale prospettazione teorica, l'abuso del diritto troverebbe piena vigenza nell'ordinamento, costituendo "il correttivo della moralità, che la legalità postula"⁴⁸¹.

Non possono non rilevarsi gli inconvenienti derivanti dalla esposta concezione, atteso che il sindacato giurisdizionale andrebbe a coinvolgere anche "i motivi che sollecitano la coscienza individuale"⁴⁸², pregiudicando irreversibilmente l'effettività del sistema normativo e ledendo la certezza del diritto.

Parzialmente differente è la dottrina solidarista, ancorata su basi laiche, la quale, ferma restando la funzionalizzazione dei diritti soggettivi e la considerazione "in concreto" dei relativi atti di esercizio - con aperture all'intervento giudiziale correttivo e, quindi, anche al divieto di abuso, qualora se ne riscontrino impieghi distorti - subordina la valutazione di legittimità alla meritevolezza dell'interesse perseguito.

Sulla base di questi criteri, perdono rilevanza le rappresentazioni soggettive ed interne dell'autore dell'atto e diventa significativo il fine a cui tende il comportamento umano, che viene a connotarsi di oggettività.

Ben diversa è la questione sul significato di "meritevolezza" - che nell'ordinamento corporativo era l'utilità sociale ed in quello vigente di impronta costituzionale è il *favor personae* - dal momento che in tema di abuso del diritto sono rilevanti e sindacabili le modalità di esercizio e non i contenuti.

riconosciuto ed attribuito dalla norma statale"; v. p. 206, in cui l'A. afferma, che "Analizzata nelle parole che la compongono - abuso, diritto - la formula senza dubbio si presenta, alla prima impressione, intimamente contraddittoria. Diritto (più esattamente, il diritto soggettivo) vuol dire libertà garantita all'individuo, o a un gruppo privato, da una norma giuridica: vuol dire potere di volontà e di azione che la norma concede al soggetto, o al gruppo, nei confronti di uno, o di più, o di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento. Quando si parla di abuso, di possibilità di abuso del diritto, si viene a dire che l'esercizio di questa libertà garantita dalla norma, del potere accordato dalla legge, può dar luogo a responsabilità: onde un atto lecito - l'esercizio del diritto - diviene fonte di responsabilità. Significa sottintendere alla libertà ed al potere un limite, ed il limite, la misura sembrano vaghi e fuggenti".

478 cfr. FERRONI, *Spunti per lo studio del divieto d'abuso delle situazioni soggettive patrimoniali*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. venticinque anni della "Rassegna di diritto civile">>*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 313 ss.

479 v. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 222, il quale rileva, nell'ambito della concezione cattolica, come "La considerazione del sistema giuridico positivo dall'angolo visuale del pensiero tomista porta [...] a riconoscere in margine piuttosto ampio di libertà all'interprete: libertà che mitiga le asprezze della legge e corregge le conseguenze più gravi della meccanica applicazione del criterio della giuridicità. La misura del giudizio e della correzione del sistema sarebbe data dalla morale: criterio di valutazione, rispetto all'esercizio dei diritti, diviene il criterio dell'uso morale o immorale del diritto".

480 cfr. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993; MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004.

481 v. DABIN, *Le droit subjective*, Paris, 1952, p. 237 ss.

482 v. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 224.

In sintesi, il sindacato avente ad oggetto l'abuso del diritto, nell'ambito dei rapporti privatistici, è uno strumento di adeguamento del sistema positivo ai valori fondamentali, prescindendo da ogni astrazione e generalizzazione normativa.

Nei succitati limiti oggettivi derivanti dalla concezione solidarista, risulta evidente la funzione di riconduzione dell'ordinamento ad una dimensione etica e sociale che l'istituto in esame svolge in contrapposizione al rigido individualismo divisionista di matrice liberale⁴⁸³.

La dottrina moderna sull'abuso del diritto si è incentrata, in ambito proprietario, sul divieto di atti emulativi, non positivizzato nella prima codificazione francese (1804) ed italiana (1865), ma contemplato nel codice del 1942 all'art. 833, secondo cui "*il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*"⁴⁸⁴.

Dal testo della norma emerge che l'abuso configura una situazione in cui il diritto viene esercitato maliziosamente, al solo fine di recare pregiudizio ad altri⁴⁸⁵.

Tale formulazione ha sollevato dubbi sulla necessità o meno - perché possa ritenersi integrata la violazione del divieto *de quo* - che la condotta dell'agente sia qualificata dall'*animus nocendi*.

Gli orientamenti più recenti hanno assunto una posizione negazionista, tendente alla obiettivizzazione di siffatta figura, ritenendo che possa configurarsi l'abuso del diritto di proprietà nella ipotesi che il suo esercizio sia contrassegnato dall'assenza di utilità per il titolare e sia dannoso per i terzi, indipendentemente dall'intenzione di nuocere⁴⁸⁶.

L'abuso, pertanto, acquista una fisionomia e rilevanza propria nel momento "funzionale" dell'attuazione del diritto, e non già nella definizione strutturale della fattispecie, prospettando una concezione dinamica dell'ordinamento che assicuri la coerenza sostanziale della situazione giuridica soggettiva con la dimensione sociale e collettiva in cui essa venga a realizzarsi.

Ciò nonostante, la nozione di abuso del diritto è restata al di fuori del contesto positivo, non avendo collocazione in una norma espressa, la cui ampia portata avrebbe potuto provocare il rischio di minare la certezza del diritto, a causa dell'indeterminabilità delle situazioni a cui essa avrebbe potuto essere applicata⁴⁸⁷.

La giurisprudenza - prima francese e poi italiana - nel silenzio della legge e limitatamente a singole fattispecie, ha giudicato illecito l'esercizio di un diritto soggettivo finalizzato esclusivamente a recar danno ad altri ed ha dato corso alla tutela risarcitoria.

Proprio nel contesto del diritto vivente l'istituto in questione ha avuto origine e riconoscimento come criterio di razionalizzazione del sistema, operativo nei casi in cui "il

483 v. PATTI, Voce "*Abuso del diritto*", in *Dig. it. - sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 8, il quale afferma che "l'abuso è stato [...] lo strumento che ha consentito una progressiva erosione del principio, su cui sono stati costruiti gli ordinamenti borghesi, della assoluta discrezionalità e della immunità da ogni forma di controllo degli atti compiuti in nome della libertà e della autonomia privata. Nel corso del nostro secolo, soprattutto in Germania, esso ha consentito il passaggio da una <<morale dell'economia>> di stampo liberale ad una di tipo sociale. Istituti che rispondono alla stessa logica dell'abuso, e trovano fondamento nelle stesse norme - in primo luogo la *Verwirkung* - hanno consentito di completare o di modificare per finalità etiche la disciplina di altri istituti (es. la prescrizione) rendendola adeguata ad una economia solida e stabile".

484 v. GROPPALI, *Atto emulativo, abuso di diritto, sviamento di potere ed abuso di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, I, p. 26 ss.; MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, cit., p. 601 ss.; RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e <<interesse>> nel diritto*, cit., p. 23 ss.

485 v. CORSARO, *La minaccia di far valere un diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 459 ss.

486 v. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, p. 24, la quale afferma che "la nozione elementare dell'assenza di diritto non può supplire, per quanto sia compiacente ed estensibile, alla teoria feconda, flessibile e moralista che racchiude l'abuso dei diritti. Tra assenza di diritto ed abuso persiste una differenza irriducibile. Mentre la prima resta oggettiva, l'altra è costantemente soggettiva; l'abuso di un diritto è una nozione psicologica; lo rivela lo stato d'animo del titolare del diritto nel momento in cui agisce; è una questione di movente, di coscienza".

487 cfr. D'AMELIO, Voce "*Abuso del diritto (diritto internazionale)*", in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1964, p. 95 ss.; TEDESCHI, *L'abuso del diritto*, Torino, 1908; FLUMENE, *L'uso illecito del diritto*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1936.

concreto atto di esercizio del diritto risulti contrastante con alcuni dei principi che lo ispirano⁴⁸⁸.

Infatti, l'esigenza di assicurare che l'esercizio di un diritto soggettivo risponda ad un'utilità effettiva per il titolare è stata vagliata dal legislatore del '42⁴⁸⁹, atteso che all'art. 7 del progetto preliminare era stabilito che nessuno potesse esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo era stato attribuito dall'ordinamento.

Tuttavia, la norma così formulata non superò il vaglio finale, in quanto il suo carattere ampio aveva alimentato il timore di inserire nel sistema uno strumento sovversivo in grado rimettere alla discrezionalità dell'interprete la valutazione relativa alla legittimità sostanziale dell'esercizio di qualsiasi diritto, al di là della formale spettanza al titolare.

Diversamente è a dirsi rispetto ad altre esperienze giuridiche, come quella tedesca, laddove il legislatore ha introdotto al § 226 la disposizione secondo cui "*l'esercizio di un diritto non è permesso quando non può avere altro scopo che quello di causare danno agli altri*"⁴⁹⁰.

Nel senso della positivizzazione del divieto di abuso del diritto si sono orientati anche altri ordinamenti, come quello spagnolo e quello svizzero (art. 2 cod. civ.).

Significativo è il riconoscimento – seppur in una accezione parzialmente diversa – che l'istituto in esame ha avuto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, all'art. 17, nel quale è stabilito che nessuna delle disposizioni in essa indicate possa essere interpretata come "implicante il diritto" per uno Stato, un gruppo od un individuo di porre in essere un atto ovvero un'attività che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà" in essa riconosciuti ovvero ad imporre a questi limitazioni più incisive di quelle contemplate⁴⁹¹.

Anche la previsione di cui all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁹² – dotata di valore giuridico diretto per effetto del Trattato di Lisbona –, ha un contenuto analogo all'art. 17 Cedu: più che imporre una valutazione delle finalità concrete che sorreggono l'esercizio del diritto, si limita a sancire la necessità di un temperamento tra le diverse disposizioni del medesimo atto normativo.

11. *Abuso del diritto, clausole generali e valori costituzionali: la "normalizzazione" dell'esercizio dei diritti soggettivi e la "razionalizzazione" del sistema. L'"oggettivizzazione" dell'istituto e i rimedi alla configurazione dell'abuso.*

L'individuazione degli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, in un sistema come il nostro che non lo positivizza in una norma espressa, non poteva che essere demandato al diritto

488 v. PATTI, Voce "*Abuso del diritto*", cit., p. 1 ss.

489 Una norma di analogo tenore era contenuta nel codice italo-francese delle obbligazioni, il cui art. 74 affermava che "è tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri, eccedendo nell'esercizio del proprio diritto i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto".

490 v. ZELLER, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot*, Zurich, 1981, p. 3 ss.; RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1216 ss.

491 Articolo 17 CEDU (Divieto dell'abuso del diritto) "Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni più ampie di quelle previste in detta Convenzione".

492 Articolo 54 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Divieto dell'abuso di diritto) "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta".

vivente, il quale in diverse pronunce ne ha definito la fisionomia in modo sostanzialmente uniforme⁴⁹³.

Nel susseguirsi di decisioni sul punto, la giurisprudenza di legittimità ne ha progressivamente affinato la nozione, addivenendo ad un preciso inquadramento.

Affinché l'abuso possa prospettarsi sono necessarie la titolarità di un diritto soggettivo e la concreta possibilità che il suo esercizio da parte del titolare si verifichi attraverso molteplici modalità, ossia nell'ambito di circostanze secondo cui l'attuazione del diritto avvenga in maniera valutabile sulla base di un criterio (giuridico o extragiuridico), che, prescindendo dalla regolarità formale ed astratta, prenda in considerazione l'effetto caratterizzato da una sproporzione ingiustificata tra il vantaggio conseguito dal titolare della situazione soggettiva ed il sacrificio subito da altri⁴⁹⁴.

L'abuso, quindi, è direttamente connesso all'esercizio di un diritto spettante al suo titolare, ma attuato con modalità e finalità distorte e produttive di danni al terzo.

L'operatività dell'istituto essenzialmente è connessa a situazioni giuridiche non specificamente previste e regolate dal legislatore.

Tale impostazione è proposta dalla giurisprudenza, segnatamente in tema di diritti potestativi, il cui esercizio è rimesso alla determinazione univoca del titolare, spesso senza che il legislatore ne abbia predeterminato i criteri di attuazione, con la conseguenza che la discrezionalità in ordine alla scelta delle modalità attuative, può assumere nel caso concreto connotazioni "abusive", in quanto contrastanti con il principio di solidarietà sociale che impone a ciascuno di preservare, nella realizzazione dei propri interessi, l'altrui posizione giuridica⁴⁹⁵.

Nonostante la menzionata sede elettiva tra i diritti potestativi, l'abuso è configurabile in linea generale con riferimento a qualsiasi situazione giuridica soggettiva (potere o funzione), riconosciuta dall'ordinamento ad un privato, allorché il titolare la eserciti seguendo modalità non conformi a buona fede e correttezza, così da cagionare ad altri un pregiudizio sproporzionato ed ingiustificato, e ciò al fine di realizzare risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli normalmente sottesi al diritto in questione⁴⁹⁶.

493 v. DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, p. 1573 ss.; ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, p. 10 ss.

494 v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si afferma che "Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte"

495 v. Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 19 settembre 2005, n. 18450 in *Giur. It.*, 2006, 6, p. 1141, con nota di Restivo, in cui si afferma che "Il principio di buona fede costituisce ad un tempo criterio di valutazione e limite anche del comportamento discrezionale del contraente dalla cui volontà dipende (in parte) l'avveramento della condizione. Tale comportamento non può essere considerato privo di ogni carattere di doverosità, sia perché - se così fosse - si risolverebbe in una forma di mero arbitrio, contrario al dettato dell'art. 1355 c.c., sia perché aderendo a tale indirizzo si verrebbe ad introdurre nel precetto dell'art. 1358 c.c. una restrizione che questo non prevede, limitandolo all'elemento casuale della condizione mista, cioè ad un elemento sul quale la condotta della parte ha ridotte possibilità di incidenza, mentre la posizione giuridica dell'altro contraente resterebbe in concreto priva di ogni tutela. Invece è proprio l'elemento potestativo quello in relazione al quale il dovere di comportarsi secondo buona fede ha più ragion d'essere, perché è con riguardo a quell'elemento che la discrezionalità contrattualmente attribuita alla parte deve essere esercitata nel quadro del principio cardine di correttezza".

496 v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si afferma che "L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore".

Un caso emblematico è il recesso *ad nutum*: dallo scioglimento unilaterale del vincolo contrattuale può derivare un pregiudizio all'altra parte, sia sul piano delle conseguenze immediate, che su quello della tutela della situazione soggettiva.

In materia di abuso del diritto sono funzionali le c. d. "clausole generali" – quali la correttezza e la buona fede contemplate nel § 242 BGB ed applicate dalla giurisprudenza tedesca (malgrado l'esistenza del già menzionato § 226 che ne positivizzava la nozione) – il cui carattere indeterminato consente al giudice di valutare in concreto la legittimità del comportamento della parte, atteso che la sua rilevazione avviene a livello essenzialmente interpretativo.

Attraverso tali clausole si procede alla enucleazione di regole giuridiche concretizzanti i principi fondamentali dell'ordinamento in relazione alle fattispecie sottoposte a giudizio, addivenendo al contemperamento di interessi confliggenti⁴⁹⁷.

In particolare la clausola generale di buona fede nei rapporti obbligatori⁴⁹⁸ costituisce la principale "via di accesso" al riconoscimento del divieto di abuso del diritto nell'ambito del nostro sistema, quale strumento di adeguamento dei rapporti interoggettivi alle istanze assiologiche primarie.

497 v. in particolare per il riferimento al ruolo della buona fede, Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si afferma che "Costituiscono principii generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui la parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375 c.c.). In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 5.3.2009 n. 5348; Cass. 11.6.2008 n. 15476). Ne consegue che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.). I principii di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462). Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi"; Cass. civ. Sez. III, sentenza 31 maggio 2010, n. 13208 in *CED Cassazione*, 2010, in cui si afferma che "In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase; pertanto, l'apprezzamento della lealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento si ripercuote sulla valutazione della gravità dell'inadempimento stesso, nel caso in cui tale soggetto abusi del suo diritto potendo comunque realizzare il suo interesse senza ricorrere al mezzo estremo dell'ablazione del vincolo".

498 v. Cass. civ., 9 giugno 2002, n. 8251, laddove si afferma che "sul converso tema dell'abuso del diritto soggettivo, definito come esercizio del diritto senz'altro scopo che quello di arrecare danno o molestia ad altri e non previsto dal codice civile come particolare figura di illecito (l'art. 833 si riferisce solo all'abuso del diritto di proprietà), la giurisprudenza è oggi orientata in senso positivo sulla base dell'art. 833 cit. per i diritti reali e della clausola generale di buona fede (art. 1175 e 1375 cod. civ.) per i rapporti obbligatori. Essa afferma così che l'uso anormale del diritto può esorbitarne in modo da sconfinare nell'illecito"; nel medesimo ordine di idee, sebbene nel senso di riconoscere l'abuso del diritto quale concretizzazione della specifica della sola clausola generale di buona fede è Cass. civ., 18 ottobre 2003, n. 15482, in cui si afferma che "specifica ipotesi di violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto viene considerata proprio l'abuso del diritto, individuato nel comportamento del contraente che esercita verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati".

Il dovere di buona fede e correttezza, espressivo dei valori personalisti contemplati in Costituzione⁴⁹⁹, impedisce che l'esercizio di un diritto, benché astrattamente ineccepibile e formalmente corretto, possa condurre in concreto a risultati collidenti col senso di solidarietà sociale e di giustizia sostanziale.

Parte della dottrina, tuttavia, pur aderendo alla predetta prospettazione ritiene che il divieto di abuso del diritto non debba correlarsi alla buona fede, ma abbia un fondamento più ampio, da individuarsi nell'ambito di "un processo di revisione critica della natura e del ruolo attribuito dall'ordinamento alle posizioni giuridiche soggettive", in modo da assurgere, anche al di fuori dei rapporti obbligatori a criterio di "normalizzazione" delle relazioni giuridiche, riconducendo l'"atto di autonomia alle [...] normali condizioni di esercizio"⁵⁰⁰.

La giurisprudenza di legittimità, di recente, ha affermato che tra divieto di abuso del diritto e clausola di buona fede intercorre un rapporto di reciproca complementarietà, essendo questa un "canone generale" a cui deve adeguarsi il comportamento delle parti del rapporto giuridico, per circoscrivere l'esercizio dei poteri conferiti nei limiti della funzionalità allo scopo normativamente stabilito⁵⁰¹.

499 Cass. civ., Sez. I, sentenza 14 novembre 1997, n. 11271, in *Mass. Giur. It.*, 1997, in cui si afferma che "Deve ritenersi contrario a buona fede, e quindi inammissibile, siccome illegittimo per abuso del diritto, il comportamento del creditore il quale, potendo chiedere l'adempimento coattivo dell'intera obbligazione, frazioni, senza alcuna ragione evidente, la richiesta di adempimento in tutta una pluralità di giudizi di cognizione davanti a giudici competenti per le singole parti. Né vale ad escludere questo giudizio di sfavore il fatto che nessun vantaggio economico si profili, in tal modo, per il creditore. Ciò che, infatti, unicamente rileva, ai fini di una corretta impostazione del problema entro i canoni ermeneutici del principio di buona fede, è l'esistenza di un qualsivoglia pregiudizio per il debitore, non giustificato da un corrispondente vantaggio - meritevole di tutela - per il creditore"; Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 2 maggio 2000, n. 5467, in *Corriere Giur.*, 2000, 8, p. 1029, con nota di Di Ciommo, in cui si afferma che "Il potere di variazione territoriale, attribuito per contratto al preponente, non può essere esercitato al di là dei doveri di lealtà e buona fede, costituendo altrimenti tale esercizio un abuso di potere atto a consentire il recesso per giusta causa da parte dell'agente"; Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 8 novembre 2002, n. 15749, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 268, in cui si afferma che "La nozione di "giustificata" del licenziamento, in considerazione della specialità della posizione del dirigente nell'ambito dell'organizzazione aziendale, si distingue da quella di giustificato motivo ex l. 15 luglio 1966 n. 604, e consiste nell'assenza di arbitrarietà, o, per converso, nella ragionevolezza del provvedimento che lo dispone, da correlare alla presenza di valide ragioni di cessazione del rapporto, come tali apprezzabili sotto il profilo della correttezza e della buona fede".

500 v. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 356 ss., il quale rileva come "il divieto di abuso del diritto è principio la cui vigenza è desumibile dall'intero sistema del diritto privato, che non consente che l'esercizio di una facoltà discrezionale sia volto al perseguimento di interessi diversi da quelli per cui tale facoltà è stata dall'ordinamento attribuita. il divieto di abuso costituisce quindi il frutto di un processo di revisione critica della natura e del ruolo attribuito dall'ordinamento alle posizioni giuridiche soggettive. Processo che, iniziato dalla giurisprudenza già prima della codificazione del 1942 e con essa proseguito, si è ulteriormente accentuato con l'opera di costituzionalizzazione dei principi fondamentali dell'ordinamento, rispetto ai quali tale figura si pone, se non come strumento essenziale di attuazione, sicuramente come mezzo del tutto compatibile e funzionale alla promozione dei valori ad essi sottostanti. Oltre che coerente con i valori costituzionali, l'abuso del diritto è istituto del tutto solidale con alcuni principi caratterizzanti il sistema del diritto codificato, primo tra tutti il principio causalistico, rispetto al quale si pone, al pari della buona fede, come criterio di valutazione in concreto della meritevolezza dell'interesse perseguito, consentendo un sindacato giudiziale dell'atto di autonomia nella fase di attuazione del rapporto obbligatorio del tutto analogo a quello compiuto al momento della sua costituzione (art. 1322 cpv c. c.). Sotto tale profilo, un sicuro fondamento costituzionale del divieto di abuso va rinvenuto nel principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), che impone di garantire parità di trattamento alle ipotesi di abuso codificate e quelle che, pur socialmente tipizzate, non hanno ancora ricevuto l'avallo del legislatore". L'A., quindi, ritiene che benché afferente alla clausola di buona fede e correttezza, il divieto di abuso del diritto operi "in un ambito sistematico più vasto" e non possa sovrapporsi pienamente anche "in quanto la funzione selettiva ad esso affidata si attua, anche nello specifico settore dei rapporti obbligatori, tramite clausole generali e norme elastiche diverse dalla buona fede", quali ad esempio la "giusta causa", i "gravi motivi", etc.

501 v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si afferma che, tra l'altro, che l'abuso "E' ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenze di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi,

Per verificare se l'esercizio del diritto sia o meno abusivo, non occorre indagare sulla motivazione psicologica dell'agente, non essendo essenziale al concetto di abuso l'intenzione di ledere un altro soggetto. Qualora così fosse, risulterebbe quasi impossibile dimostrare l'"abusività" della condotta di chi attui un diritto a lui spettante, atteso che potrebbe comunque argomentarsi l'esistenza di un suo generico interesse in tal senso o, comunque, di una marginale utilità.

È, invece, sufficiente "oggettivizzare" l'abuso, accertando che l'atto di esercizio non corrisponda al perseguimento di un interesse meritevole di tutela ed arrechi danno ad altri, senza alcuna utilità lecita per il titolare del diritto⁵⁰².

In particolare, il giudizio di meritevolezza implica il bilanciamento degli interessi contrapposti delle parti coinvolte nella relazione giuridica, in applicazione dei criteri valutativi dell'assiologia costituzionale, negando ogni tutela a "quelle forme di esercizio del diritto soggettivo che non realizzino un interesse apprezzabile e proporzionato ai sacrifici imposti"⁵⁰³.

In tal modo sarà possibile, sottrarre l'accertamento alla discrezionalità pura dell'interprete, ancorandone la rilevazione su parametri obiettivi e conseguentemente ampliando l'ambito di tutela.

Al riguardo la Suprema Corte ha precisato come la ricorrenza della figura in esame è riscontrabile nell'ipotesi in cui il collegamento tra il potere di autonomia attribuito dall'ordinamento ed il concreto esercizio del diritto, risulti alterato in modo da eliderne il bilanciamento⁵⁰⁴.

Il concetto di "abuso" così delineato è l'effetto di un approccio metodologico fondato sulla centralità dei valori personalisti nell'ambito del sistema, individuati quali presupposto e fine dell'agire giuridicamente rilevante.

Alla configurazione dell'abuso con riferimento al criterio valutativo enucleato dai principi fondamentali dell'ordinamento consegue logicamente che la sua disciplina ha una valenza generale nel nostro sistema, non essendo ristretta a singole e limitate fattispecie, fungendo da "correttivo generale" volto ad assicurare che l'esercizio del diritto sia equo e sostanzialmente giusto⁵⁰⁵.

Il divieto di abuso, infatti, ha un fondamento implicito ed imprescindibile nell'ordinamento quale criterio di razionalizzazione dei rapporti, da applicare nell'esercizio dei diritti soggettivi in funzione di una giustizia che non sia in contrasto coi valori sociali.

esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva".

502 cfr. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della <<proprietà>>*, Milano, 1970, p. 199 ss.

503 v. PATTI, Voce "Abuso del diritto", cit., p. 6.

504 v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106

505 tra le norme in cui è fatto riferimento alla nozione di abuso v. art. 330, comma primo. (*Decadenza dalla potestà sui figli*). "Il giudice può pronunciare la decadenza dalla potestà quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio"; art. 384, comma primo. (*Rimozione e sospensione del tutore*). "Il giudice tutelare può rimuovere dall'ufficio il tutore che si sia reso colpevole di negligenza o abbia abusato dei suoi poteri, o si sia dimostrato inetto nell'adempimento di essi, o sia divenuto immeritevole dell'ufficio per atti anche estranei alla tutela, ovvero sia divenuto insolvente"; art. 833 (*Atti d'emulazione*). "Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri"; art. 1438. (*Minaccia di far valere un diritto*). "La minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti"; v. in dottrina PATTI, Voce "Abuso del diritto", cit., p. 7, il quale in considerazione del diritto giurisprudenziale sviluppatosi negli ultimi decenni, afferma che "anche nel nostro ordinamento si avverte l'esigenza di uno strumento adeguato a garantire un esercizio <<normale>> del diritto soggettivo, e tale strumento viene ravvisato nel principio dell'abuso, la cui esistenza appare dimostrabile in base ai principi generali ed ai valori sociali dell'ordinamento. Pervenendosi alla soluzione positiva – alla luce soprattutto del principio costituzionale di solidarietà (art. 2) – appare quindi possibile considerare alla stregua di semplici casi specifici di applicazione del principio dell'abuso le diverse norme, tra cui quella sugli atti emulativi, sparse nel codice".

La stessa giurisprudenza di legittimità ha sottolineato come tale divieto acceda alla configurazione "dinamica" del diritto soggettivo, "fondata sulla precisa identificazione delle sostanziali funzioni" che la norma attributiva della singola situazione giuridica soggettiva sottende al diritto e delle conseguenze che derivano sul "rapporto giuridico per effetto della deviazioni da tali funzioni".

Questo rilievo, in considerazione della primazia che i valori costituzionali rivestono nel vigente ordinamento, porta, a ritenere che l'esercizio di un diritto soggettivo non costituisca più – come nella visione liberale ottocentesca – l'esplicazione di "un potere assoluto e imprescindibile", essendo volto anche alla realizzazione di interessi metaindividuali meritevoli di tutela⁵⁰⁶.

Conseguentemente, se ne può ricavare che "il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento"⁵⁰⁷.

La nozione di abuso, intrinsecamente legata all'impianto ideologico di base, ha comunque una essenza elastica, potendo modificarsi o mutare col variare dei parametri valutativi adottati dall'interprete e dagli obiettivi dell'ordinamento, in relazione ai quali, però, il divieto deve sempre conservare il requisito della ragionevolezza.

11.2. *L'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: casistica.*

Il riconoscimento del divieto dell'abuso del diritto, quale istituto generale operante nel sistema giuridico italiano, al di là delle elaborazioni dottrinali, è da ascrivere al diritto vivente.

La giurisprudenza, soprattutto di legittimità, ha utilizzato la nozione, sia pure talvolta in forma velata, nella soluzione di casi controversi in cui il comportamento di una parte, sotto lo schermo formale del diritto, era contrassegnato nella sostanza da modalità diverse da quelle previste dal legislatore ovvero era preordinato alla realizzazione di "obiettivi ulteriori" e differenti da quelli collegati tipicamente alla situazione giuridica soggettiva "in concreto" azionata.

Questo lento processo di adeguamento dell'astratto formalismo positivo alla sostanza dei rapporti ha ottenuto un decisivo impulso dall'assiologia costituzionale, alla quale di recente si è adeguata anche la disciplina dei rapporti intersoggettivi.

La Suprema Corte ha fatto ricorso al divieto di abuso del diritto in svariate ipotesi, ripercorse nella nota sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, che ha definito un quadro compiuto dell'istituto.

Nel settore del diritto societario, i sistemi giuridici anglo-americani hanno frequentemente utilizzato il divieto di abuso al fine di attuare il c. d. "*piercing the corporate veil*" o superamento della personalità giuridica, nei casi in cui lo "schermo" societario era stato usato per fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consueti, cioè per avvalersi in modo distorto

506 v. Cass. civ. Sez. lavoro, 16 giugno 2008, n. 16207, in cui si afferma che "si deve ritenere in generale che quante volte esista un diritto soggettivo si configura necessariamente una corrispondenza oggettiva fra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di quel potere, secondo un legame che è ben evidente nella c.d. autonomia funzionale i cui poteri sono positivamente esercitati in funzione della cura di interessi determinati, come avviene normalmente nell'autonomia pubblica ma come avviene anche, sempre più diffusamente, nell'autonomia privata, ove l'esercizio del diritto soggettivo non si ricollega più alla attuazione di un potere assoluto e imprescindibile ma presuppone un'autonomia, libera, comunque collegata alla cura di interessi, soprattutto ove si tratti - come nella specie - di interessi familiari tutelati nel contempo nell'ambito del rapporto privato e nell'ambito del rapporto con l'ente pubblico di previdenza, sì che il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento".

507 v. Cass. civ. Sez. lavoro, 16 giugno 2008, n. 16207

dell'autonomia patrimoniale, soluzione questa successivamente accolta, seppur parzialmente, dal diritto vivente italiano⁵⁰⁸.

Solo in seguito i principi elaborati in tema di abuso sono stati applicati al diritto comune delle obbligazioni, in vista dei risvolti personalistici connessi all'istituto in esame.

In quest'ordine di idee deve essere ricondotto l'orientamento in sede di legittimità, secondo cui la deliberazione assembleare in una società di capitali è viziata da eccesso di potere, quando risulti essere stata adottata dalla maggioranza dei soci a proprio vantaggio esclusivo ed a danno di quelli di minoranza, in applicazione dell'art. 1375 c. c., che prescrive la buona fede nella esecuzione del contratto⁵⁰⁹.

L'obbligo di eseguire il contratto sociale secondo buona fede – il cui contenuto non è predeterminato, adattandosi, in relazione alle circostanze concrete, all'esigenza di un bilanciamento delle contrapposte posizioni⁵¹⁰ - si riflette anche sull'esercizio del diritto di voto, sicché deve ritenersi che la “regola di maggioranza consenta al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno”.

Pertanto, ove si registri un abuso di tale diritto - per cui la delibera adottata risulti in contrasto con l'interesse della società e funzionale agli obiettivi esclusivi e personali dei soci di maggioranza ovvero sia intenzionalmente volta a ledere la posizione dei soci di minoranza – la relativa deliberazione sarà annullabile⁵¹¹.

508 Anche nell'ordinamento italiano vi sono pronunce in materia. V. al riguardo Cass. civ., Sez. I, sentenza 25 gennaio 2000, n. 804, in *Giur. It.*, 2000, p. 1663, in cui si afferma che “Gli istituti dell'autonomia patrimoniale e della distinta personalità giuridica della società di capitali (nella specie, società per azioni) rispetto ai soci comportano la esclusione della riferibilità a costoro del patrimonio, (ivi compresi i titoli azionari di altre società), intestato alla prima, anche nella ipotesi in cui uno dei soci, possa essere considerato (eventualmente attraverso un'Anstalt a lui facente capo la quale risulti intestataria della quasi totalità del capitale della società) il socio di larga maggioranza. Tali conclusioni si impongono ancora a più forte ragione quando manchi la dimostrazione della sussistenza di comportamenti suscettibili di essere qualificati come abuso della personalità giuridica (configurabile con riguardo alla natura fittizia o fraudolenta delle partecipazioni di minoranza, e ravvisabile allorchè alla forma societaria corrisponda una gestione individuale, che rende ipotizzabili la responsabilità illimitata del socio "tiranno" con il proprio patrimonio, nonché forme di responsabilità civile e penale), manifestandosi in tale ipotesi la esigenza di tutela delle partecipazioni di minoranza non fittizie o fraudolente”.

509 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 11 giugno 2003, n. 9353, in *Guida al Diritto*, 2003, 32, p. 65, in cui si afferma che “Sussiste il vizio della deliberazione assembleare costituito dal cosiddetto eccesso di potere qualora la delibera sia stata adottata a proprio esclusivo vantaggio dai soci di maggioranza di una società di capitali in danno di quelli di minoranza, essendo applicabile in materia l'articolo 1375 del c.c., in base al quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, atteso che le determinazioni dei soci durante lo svolgimento del rapporto associativo devono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale”.

510 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 19 dicembre 2008, n. 29776, in *CED Cassazione*, 2008, in cui si afferma che “L'assunzione della qualità di socio e l'obbligo di buona fede nell'adempimento delle obbligazioni, che discendono dal contratto di società, non comportano la preventiva rinuncia del socio ad avvalersi dei suoi diritti e facoltà, anche derivanti da rapporti estranei al contratto sociale, ogni qual volta essi possano in ipotesi rivelarsi lesivi dell'interesse della società; pertanto, l'esercizio di tali facoltà e diritti, ove non sia allegato l'abuso del diritto, non può fondare l'azione di esclusione del socio stesso dalla società. (Nella specie, la S.C. ha affermato il principio, con riguardo ad un socio di s.n.c., locatore di un bene utilizzato dalla società, il quale aveva intimato ad essa lo sfratto per morosità, nonché mancato di approvare il bilancio sociale, richiesto la restituzione di somme mutate alla stessa, esercitato le azioni di messa in liquidazione della società e di revoca dell'amministratore)”.

511 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 12 dicembre 2005, n. 27387, in *CED Cassazione*, 2005, in cui si afferma che “In applicazione del principio di buona fede in senso oggettivo al quale deve essere improntata l'esecuzione del contratto di società, la cosiddetta regola di maggioranza consente al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno. L'abuso della regola di maggioranza (altrimenti detto abuso o eccesso di potere) è, quindi, causa di annullamento delle deliberazioni assembleari allorchè la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società - per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale - oppure sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai

Dell'istituto la Suprema Corte ha fatto applicazione anche con riguardo al contratto di *sale and lease back*, affermando che la relativa operazione negoziale, posta in essere fra due società rientranti nel medesimo gruppo, integrerebbe una "fattispecie elusiva" idonea a configurare un abuso di diritto "per effetto della detrazione dei canoni della locazione finanziaria e della duplicazione della procedura di ammortamento"⁵¹².

Si segnalano pronunce anche con riferimento al settore tributario, nelle quali la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto nel divieto di abuso "un principio generale antielusivo", volto a precludere al contribuente "il conseguimento di vantaggi fiscali" realizzati attraverso "l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta"⁵¹³.

11.3. *Abuso del diritto e recesso ad nutum.*

La teoria sull'abuso del diritto, elaborata su di un'ampia casistica giurisprudenziale, ha trovato il proprio ambito elettivo di definizione dogmatico-operativa nell'istituto del recesso *ad nutum*, esercitato da una parte al fine di sciogliere unilateralmente un vincolo contrattuale⁵¹⁴.

È una figura eccezionale⁵¹⁵, in quanto derogatoria al principio di cui all'art. 1372 c. c., secondo cui il contratto può sciogliersi solo nei casi previsti dalla legge ovvero per mutuo consenso.

soci di minoranza "uti singuli". L'onere di provare che il socio di maggioranza abbia abusato del proprio diritto di voto grava sul socio di minoranza che assume l'illegittimità della deliberazione; nel concreto suo atteggiarsi, detta prova non deve ritenersi limitata ai "sintomi" dell'abuso della regola di maggioranza manifestatisi prima dell'adozione della delibera impugnata, potendo, viceversa, farsi leva su comportamenti o indizi cronologicamente successivi, in grado di rivelarne ex post la sussistenza".

512 v. Cass. civ. Sez. V, sentenza 8 aprile 2009, n. 8481, in *CED Cassazione*, 2009, in cui si afferma che "In tema di accertamento delle imposte sui redditi, l'appartenenza di due società al medesimo gruppo d'impresе, pur non escludendo sul piano civilistico la liceità di un contratto di "sale and lease back" posto in essere tra le stesse, ed avente ad oggetto beni strumentali già ammortizzati dalla società venditrice, consente di ravvisare in tale operazione un comportamento elusivo, configurabile come abuso del diritto, potendosi escludere, proprio in virtù della rilevanza unitaria conferita dal legislatore al gruppo d'impresе, che tale contratto realizzi l'effetto economico proprio della locazione finanziaria, consistente nell'assicurare al locatore una maggiore disponibilità di denaro, e dovendo pertanto concludersi che esso è volto esclusivamente a realizzare un vantaggio fiscale, costituito per la società utilizzatrice dalla possibilità di portare in detrazione i canoni di locazione, e per la società locatrice di effettuare nuovamente l'ammortamento dei medesimi beni".

513 v. Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 23 dicembre 2008, n. 30055, in *CED Cassazione*, 2008, in cui si afferma che "In materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici: tale principio trova fondamento, in tema di tributi non armonizzati (nella specie, imposte sui redditi), nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, e non contrasta con il principio della riserva di legge, non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali. Esso comporta l'inopponibilità del negozio all'Amministrazione finanziaria, per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, anche diverso da quelli tipici eventualmente presi in considerazione da specifiche norme antielusive entrate in vigore in epoca successiva al compimento dell'operazione".

514 v. per un'ampia disamina sul punto, PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

515 v. Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 12 febbraio 1990, n. 987, in cui si afferma che "il recesso unilaterale, lungi dal costituire una facoltà normale delle parti contraenti, presuppone invece - a norma dell'art. 1373 c.c.- l'"attribuzione" di essa. È necessario cioè che di essa sussista la specifica fonte attributiva per legge o per clausola convenzionale".

Anche nella ipotesi di espressa attribuzione ad una delle parti della facoltà di recesso, questa, ai sensi dell'art. 1373 c. c., non può essere esercitata, se il contratto abbia avuto un principio di esecuzione.

Tale situazione è più frequente nell'ambito dei rapporti di durata, atteso che la protrazione nel tempo della relazione negoziale può comportare la sopravvenienza di eventi che mutino le posizioni originariamente assunte a base dell'operazione negoziale, sia sul piano della convenienza che su quello della reciproca fiducia tra i contraenti.

Diversa è la fattispecie del c. d. *jus poenitendi* o diritto di ripensamento, riconosciuto in via generale dal Codice del consumo, il cui esercizio risponde a finalità ulteriori, legate al riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti.

Le problematiche connesse al tema dell'abuso del diritto emergono con riferimento particolare al c. d. recesso *ad nutum*, in quanto tale istituto consente ad una parte di sciogliersi unilateralmente da un contratto, in qualsiasi momento indipendentemente da circostanze legittimanti o da giustificazioni in ordine alla decisione di esercitarlo.

Pertanto, il recesso costituisce il risultato dell'esercizio di un diritto potestativo, per legge o per convenzione riconosciuto ad una delle parti, la cui attuazione è rimessa all'esclusiva volontà del suo titolare, ed è idonea a produrre unilateralmente effetti nella sfera giuridica di un altro soggetto, il quale deve subirli.

Mentre il recesso in generale deve essere supportato da una "giusta causa" che lo legittimi, il recesso *ad nutum* è attuabile senza dover fornire alcuna giustificazione.

Tale situazione rende evidente la potenzialità pregiudizievole dell'istituto, che, in astratto, potrebbe essere attuato maliziosamente ed abusivamente per recar danno all'altra parte, senza che vi corrisponda un'oggettiva utilità per il recedente, in palese violazione del dovere di buona fede.

A questo punto si pone il problema di stabilire se, anche nel caso di previsione pattizia della facoltà di recedere *ad nutum*, debba valutarsi la sua legittimità onde riscontrare l'eventuale "abuso" delle facoltà negoziali.

In passato la giurisprudenza di legittimità aveva affrontato la questione con riferimento al contratto di apertura di credito, affermando che in virtù del principio di buona fede, che governa l'esecuzione del contratto, non può escludersi a priori la possibilità che il recesso di una banca da un contratto di apertura di credito, quand'anche convenzionalmente ammissibile in difetto di giusta causa, debba ritenersi illegittimo in una fattispecie in cui abbia assunto "connotati del tutto impreveduti ed arbitrari"⁵¹⁶.

L'incidenza dei valori solidaristi posti al vertice dell'ordinamento induce a condividere tale cauto orientamento, essendo iniquo e immeritevole di protezione il fatto che, sotto lo schermo della regolarità formale dell'esercizio di un diritto, si celino interessi riprovevoli o si perseguano finalità "sostanzialmente" lesive del dovere di correttezza imposto per la salvaguardia della posizione altrui.

La Suprema Corte in una recente pronuncia relativa ad un rapporto di concessione di vendita ha esaminato la figura del recesso *ad nutum* nel quadro dell'abuso del diritto, definendo dei rilevanti criteri guida in materia.

516 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro It.*, 1997, I, in cui si afferma che "Alla stregua del principio secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 c.c.), non può escludersi che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, benché pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, sia da considerarsi illegittimo ove i concreto assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari. Tali connotati devono, cioè, contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta".

Il Collegio ha affermato che il giudice del merito dovrà sempre valutare l'atto di autonomia privata, tenendo conto delle posizioni delle parti, al fine di accertare se la supremazia o la dipendenza di una di esse abbia determinato dei comportamenti abusivi, ed eventualmente all'ulteriore scopo di contemperare i contrapposti interessi, riconducendoli ad equità.

Tale apprezzamento giudiziale è fondato sui principi di buona fede e correttezza, espressivi del valore costituzionale della solidarietà sociale che deve informare la formazione, interpretazione ed esecuzione dei contratti, in modo da equilibrare gli interessi coinvolti nel rapporto, indipendentemente "dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge"⁵¹⁷.

Alla luce di questo orientamento, appare evidente che la titolarità di un diritto "non è condizione sufficiente" per legittimare l'esercizio, dovendosi "in concreto" evitare che esso sia esplicato per il perseguimento di interessi diversi od ulteriori rispetto a quelli previsti nell'ordinamento ed essendo imprescindibile che l'attuazione del diritto sia conforme a correttezza e buona fede, in modo da non sconfinare nell'arbitrio.

Tale presupposto, secondo la Corte, non implica il riconoscimento di un sindacato giurisdizionale in ordine alle scelte assunte dal privato nell'esercizio della sua attività giuridica-negoziale, ma semplicemente la possibilità di un controllo a che questa sia posta in essere nel rispetto di "determinati canoni generali"- quali la buona fede oggettiva e la correttezza - in virtù dei quali devono essere interpretati gli atti di autonomia privata⁵¹⁸.

Conclusivamente, il giudice, anche in presenza di un contratto che attribuisce ad una delle parti il diritto di recesso *ad nutum* dal rapporto giuridico, non può esimersi dal verificare se questa facoltà sia stata esercitata nel rispetto delle regole generali di correttezza e buona fede, tenendo presente che l'autonomia privata non coincide con l'assoluta libertà, ma deve svolgersi entro i menzionati limiti di valenza sociale.

In sostanza, il giudice è chiamato a verificare nella singola fattispecie sottoposta al suo esame, "se il recesso *ad nutum* previsto dalle condizioni contrattuali" sia stato esercitato secondo "modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori" rispetto a quelli previsti dall'ordinamento, procedendo al bilanciamento degli interessi contrapposti onde riscontrare la proporzionalità tra sacrificio imposto ed utilità conseguita, e ciò sul piano oggettivo, prescindendo cioè dalla sussistenza di una "specificata intenzione di nuocere"⁵¹⁹.

517 v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si afferma che "L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462). Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi".

518 v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si afferma che "Il controllo del giudice sul carattere abusivo degli atti di autonomia privata è stato pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte di legittimità, cui si è fatto cenno. La conseguenza è l'irrilevanza, sotto questo aspetto, delle considerazioni svolte in tema di libertà economica e di libero mercato. Nessun dubbio che le scelte decisionali in materia economica non siano oggetto di sindacato giurisdizionale, rientrando nelle prerogative dell'imprenditore operante nel mercato, che si assume il rischio economico delle scelte effettuate. Ma, in questo contesto, l'esercizio del potere contrattuale riconosciutogli dall'autonomia privata, deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali - quali quello appunto della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e delle correttezza - alla luce dei quali debbono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale. Ed il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio".

519 v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si afferma che "la Corte di appello non poteva esimersi da un tale controllo condotto, secondo le linee guida esposte, anche, quindi, sotto il profilo

La decisione esaminata, sebbene abbia sollevato vivaci critiche in dottrina sia in ordine alla genericità ed alla approssimazione dei parametri decisionali utilizzati, sia con riguardo alla tecnica redazionale⁵²⁰, presenta l'indiscutibile merito di riconoscere il divieto di abuso del diritto come istituto generale dell'ordinamento giuridico, che legittima un controllo sostanziale dell'esercizio dei diritti soggettivi sulla base dei valori costituzionali.

11.4. Le conseguenze derivanti dall'accertamento della violazione del divieto di abuso del diritto sul contratto e sulla posizione giuridica delle parti.

Il prevalente indirizzo giurisprudenziale configura l'abuso del diritto come illecito.

È tuttora dibattuta la questione sulla natura contrattuale o extracontrattuale dell'abuso, ma in entrambi all'esercizio abusivo del diritto è ricollegata l'obbligazione risarcitoria a carico del titolare della situazione giuridica attiva ed a favore della parte che ha subito un pregiudizio.

Sembra preferibile non determinare preventivamente ed in termini generali l'inquadramento della responsabilità in senso contrattuale o extracontrattuale, bensì diversificarlo in relazione alla tipologia del rapporto giuridico in cui l'abuso è riscontrato: se l'abuso di riferisce ad un diritto assoluto, la responsabilità risarcitoria conseguenziale sarà di tipologia extracontrattuale; se l'esercizio abusivo è inerente ad un diritto relativo di derivazione negoziale, la responsabilità avrà carattere contrattuale.

dell'eventuale abuso del diritto di recesso, come operato. In concreto, avrebbe dovuto valutare - e tale esame spetta ora al giudice del rinvio - se il recesso ad nutum previsto dalle condizioni contrattuali, era stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti. Ed in questo esame si sarebbe dovuta avvalere del materiale probatorio acquisito, esaminato e valutato alla luce dei principi oggi indicati, al fine di valutare - anche sotto il profilo del suo abuso - l'esercizio del diritto riconosciuto. In ipotesi, poi, di eventuale, provata disparità di forze fra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa, e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica".

520 v. MAUGERI, *Condizione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di Pagliantini, cit., p. 85 ss., la quale critica la decisione della Suprema Corte, affermando che "bisogna francamente ammettere che le indicazioni che la Cassazione offre al giudice del rinvio sono a dir poco generiche. C'è, infatti, da chiedersi: proporzionalità da valutare in relazione a cosa? all'interesse dedotto in contratto? all'entità dell'investimento di controparte? alla dimensione dell'impresa che recede? alla dimensione dell'impresa che subisce il recesso? al rapporto fra entità dell'investimento e dimensione di una delle due imprese? ai tipi di soggetti coinvolti (giovani, donne)? al luogo in cui le imprese operano (sud, nord)? a quanto ha ottenuto chi pone in essere l'atto in seguito all'investimento? Credo risulti evidente che a secondo dal parametro di riferimento selezionato la proporzione non possa che cambiare. Se si sceglie l'investimento come parametro si deve poi dire che se un soggetto ha investito molto va tutelato anche se di grandi dimensioni e anche se controparte è debole e, viceversa, se ha investito poco non va tutelato, anche se è debole e controparte è forte. Le variabili sono molteplici. Un ottimista potrebbe anche pensare di valutare tutto, se non fosse che nella stima degli elementi di valutazione giocano le convinzioni <<politiche>> personali. E così un interprete convinto che anche le imprese di grandi dimensioni siano sottoposte alla concorrenza internazionale, e siano le uniche che possano <<spuntarla>>, riterrà che le stesse non vadano ostacolate, pena la chiusura e la perdita di posti di lavoro, e, viceversa, un interprete che creda nella capacità delle piccole imprese, o nel potenziale di democrazia sociale a queste collegato, tenderà a penalizzare le grandi imprese. Tutti vogliono che il mondo vada meglio ma non tutti sono d'accordo sul modo per raggiungere questo obiettivo, neanche i giudici. L'auspicio di potere avere <<una costruzione consapevole>> da parte degli interpreti che, rompendo con l'unicità di valori presente nel codice, riesca a <<dar voce ad un pluralismo di valori, atteggiamenti, culture presenti contemporaneamente in una organizzazione sociale>> (NDR. citazione di RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 718) (auspicio che spiega bene la ragione per cui anche la migliore dottrina ha guardato con favore all'affermarsi delle clausole generali) sembra irrealizzabile. Oggi, come è stato efficacemente detto, ciò che si propone è un <<moralismo senza principi>> (ndr. citazione di DENOZZA) la cui concretizzazione è affidata all'arbitrio dei giudici. Non solo, dunque, si esclude che i contraenti allochino i rischi dell'accordo come meglio ritengono ma si affida l'allocazione di questi ad un terzo senza offrire alcun verificabile parametro di controllo. Ciò è assolutamente inaccettabile".

Il dovere della buona fede, per la sua portata generale, è operativo sia nell'ambito dei rapporti negoziali nei quali il diritto è sorto, sia in tema di esercizio dei rapporti nei quali il diritto è sorto, sia in tema di esercizio di diritti "*erga omnes*"⁵²¹.

La funzione di "normalizzazione" dell'esercizio del diritto attribuita alla disciplina dell'abuso ha indotto la giurisprudenza a riconoscere, in aggiunta alla tutela risarcitoria⁵²², altri rimedi volti a garantire il soggetto danneggiato dal comportamento scorretto, modellati sulla base degli interessi concretamente coinvolti nella situazione ingiusta, secondo uno schema notevolmente duttile.

Tra questi rimedi è compreso il riconoscimento dell'annullabilità dell'atto, compiuto nell'esercizio abusivo del diritto, come la deliberazione assembleare adottata dai soci di maggioranza nel perseguimento di un interesse personale antitetico a quello sociale o comunque finalizzata soltanto a ledere i diritti degli altri soci minoritari⁵²³.

La Suprema Corte pronunciandosi in materia di lavoro, con riferimento all'illegittimo esercizio del congedo parentale del padre-lavoratore, di cui al d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 32, comma primo, lett b) – configurato come "un diritto potestativo costituito dal comportamento con cui il titolare realizza da solo l'interesse tutelato e a cui fa riscontro,

521 v. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 366, il quale afferma come "l'unica questione a tutt'oggi aperta consiste nello stabilire se la fattispecie rientri tra le ipotesi di responsabilità *ex delicto*, secondo le indicazioni offerte dal modello francese, o sia inquadrabile tra gli illeciti contrattuali. Quest'ultima alternativa è nettamente preferibile con riguardo alle condotte abusive poste in essere nel campo dei rapporti obbligatori. Qui la natura contrattuale della responsabilità deriva, in ultima istanza, dal sostanziale riassorbimento dell'abuso del diritto nel dovere di buona fede e di correttezza, e dal suo conseguente operare come una specificazione di esso e delle altre clausole generali presenti nel diritto delle obbligazioni. Ad opposta soluzione si dovrà invece pervenire qualora la condotta abusiva sia posta in essere al di fuori di un rapporto obbligatorio, in violazione del generico dovere di astensione *ex art. 2043 c. c.*"

522 v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si enuncia la regola secondo cui innanzi ad un recesso non qualificato, il giudice di merito non può esimersi "dal valutare le circostanze allegare dai destinatari delloatto di recesso, quail impeditive del suo esercizio, o quail fondanti un diritto al risarcimento del per il suo abusive esercizio"; v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Resp. civ.*, 2005, p. 881, in cui si afferma che "La violazione del dovere di comportamento imposto dal principio di buona fede (art. 1375 c.c.) è già di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno cagionato a causa della violazione medesima. Esso opera, quindi, come un criterio di reciprocità che, nel nuovo quadro di valori introdotto dalla Carta costituzionale, costituisce specificazione degli «inderogabili doveri di solidarietà sociale» tutelati dall'art. 2 Cost.: la sua rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge; la buona fede, quindi, si pone come governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto, nel senso che essa opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di ragionevolezza".

523 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 12 dicembre 2005, n. 27387, in *CED Cassazione*, 2005, in cui si afferma che "In applicazione del principio di buona fede in senso oggettivo al quale deve essere improntata l'esecuzione del contratto di società, la cosiddetta regola di maggioranza consente al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno. L'abuso della regola di maggioranza (altrimenti detto abuso o eccesso di potere) è, quindi, causa di annullamento delle deliberazioni assembleari allorquando la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società - per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale - oppure sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza "uti singuli". L'onere di provare che il socio di maggioranza abbia abusato del proprio diritto di voto grava sul socio di minoranza che assume l'illegittimità della deliberazione; nel concreto suo atteggiarsi, detta prova non deve ritenersi limitata ai "sintomi" dell'abuso della regola di maggioranza manifestatisi prima dell'adozione della delibera impugnata, potendo, viceversa, farsi leva su comportamenti o indizi cronologicamente successivi, in grado di rivelarne *ex post* la sussistenza".

nell'altra parte, una mera soggezione alle conseguenze della dichiarazione di volontà⁵²⁴ – ha affermato che esso integra “un abuso per sviamento dalla funzione propria del diritto”, suscettibile di valutazione ai fini della ricorrenza di una giusta causa di licenziamento.

Da questa decisione deriva il principio secondo cui, nell'ambito dei rapporti di durata, caratterizzati dalle qualità personali delle parti, l'abuso del diritto, oltre al risarcimento dei danni, può legittimare la pronuncia di scioglimento del contratto⁵²⁵.

In materia tributaria – come accennato in precedenza – l'abuso del diritto può dar luogo al rimedio antielusivo della preclusione, a carico del contribuente, di vantaggi fiscali, a causa di una utilizzazione distorta, ancorché formalmente ineccepibile, di “strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta”.

Da queste premesse la Suprema Corte ha statuito la inopponibilità alla parte pregiudicata (nel caso di specie l'Amministrazione finanziaria) dall'esercizio scorretto del diritto, del negozio attraverso cui l'abuso è stato perpetrato⁵²⁶.

La giurisprudenza di legittimità, inoltre, ha riconosciuto il potere del giudice, a fronte dell'esercizio abusivo del diritto ed in forza del dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art.

524 v. Cass. civ. Sez. lavoro, 16 giugno 2008, n. 16207, in cui si afferma che “la configurazione di tale diritto non esclude la verifica delle modalità del suo esercizio, per mezzo di accertamenti probatori consentiti dall'ordinamento, ai fini della qualificazione del comportamento del lavoratore negli ambiti suddetti (quello del rapporto negoziale e quello del rapporto assistenziale). Tale verifica [...] trova giustificazione, sul piano sistematico, nella considerazione che - precipuamente nella materia in esame - anche la titolarità di un diritto potestativo non determina mera discrezionalità e arbitrio nell'esercizio di esso e non esclude la sindacabilità e il controllo degli atti - mediante i quali la prerogativa viene esercitata - da parte del giudice, il cui accertamento può condurre alla declaratoria di illegittimità dell'atto e alla responsabilità civile dell'autore, con incidenza anche sul rapporto contrattuale”.

525 v. Cass. civ. Sez. lavoro, 16 giugno 2008, n. 16207, in cui si afferma che “L'abuso del diritto, così inteso, può dunque avvenire sotto forme diverse, a seconda del rapporto cui esso inerisce, sicché, con riferimento al caso di specie, rileva la condotta contraria alla buona fede, o comunque lesiva della buona fede altrui, nei confronti del datore di lavoro, che in presenza di un abuso del diritto di congedo si vede privato ingiustamente della prestazione lavorativa del dipendente e sopporta comunque una lesione (la cui gravità va valutata in concreto) dell'affidamento da lui riposto nel medesimo, mentre rileva l'indebita percezione dell'indennità e lo sviamento dell'intervento assistenziale nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico”. Tali considerazioni hanno quindi, indotto la Suprema Corte ad affermare che “Il D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 32, comma 1, lett. b), nel prevedere - in attuazione della Legge-delega 8 marzo 2000, n. 53 - che il lavoratore possa astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del figlio, percependo dall'ente previdenziale un'indennità commisurata ad una parte della retribuzione, configura un diritto potestativo che il padre-lavoratore può esercitare nei confronti del datore di lavoro, nonché dell'ente tenuto all'erogazione dell'indennità, onde garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia; pertanto, ove si accerti che il periodo di congedo viene invece utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento dalla funzione propria del diritto, idoneo ad essere valutato dal giudice ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che lo svolgimento di tale attività [...] contribuisca ad una migliore organizzazione della famiglia”.

526 v. Cass. civ. Sez. V, sentenza 26 febbraio 2010, n. 4737, in cui si afferma che “Di recente le Sezioni Unite di queste Corti hanno affermato che il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici: tale principio trova fondamento, in tema di tributi non armonizzati (nella specie, imposte sui redditi), nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, e non contrasta con il principio della riserva di legge, non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali. Esso comporta l'inopponibilità del negozio all'Amministrazione finanziaria, per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, anche diverso da quelli tipici eventualmente presi in considerazione da specifiche norme antielusive entrate in vigore in epoca successiva al compimento dell'operazione” (Cass., 23 dicembre 2008, n. 30055; successivamente richiamata da Cass., Sez. Un., 26 giugno 2009, n. 1502”).

2 Cost., e del principio di buona fede, non solo di applicare i rimedi risarcitori o invalidanti, ma anche di esercitare un sindacato in senso modificativo o integrativo, dello statuto negoziale.

Questa seconda statuizione legittima l'intervento giudiziario volto all'eterointegrazione del contratto per ricondurlo ad equità⁵²⁷.

In sintesi, il quadro normativo riguardante l'abuso del diritto è caratterizzato dalla poliedricità e dalla pluralità degli strumenti di tutela riconosciuti alla parte danneggiata, i quali sono giustificati dall'esigenza di garantirle un livello di protezione adeguato alla specificità dell'interesse sotteso al rapporto giuridico concreto.

11.5. La nozione di abuso del diritto nell'ordinamento comunitario. Il divieto di abuso quale criterio di esercizio dei diritti riconosciuti dal sistema comunitario nel rapporto con le legislazioni nazionali.

L'esercizio abusivo del diritto nel sistema comunitario – il cui divieto è contemplato nella Carta dei diritti fondamentali - assume risvolti particolari, a volte differenti da quelli che lo caratterizzano nelle esperienze giuridiche dell'Europa continentale.

L'istituto è preso in considerazione dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia al fine di impedire che il diritto comunitario venga fraudolentemente utilizzato per eludere obblighi e vincoli derivanti dalla legislazione nazionale⁵²⁸.

Si vuole evitare, che i diritti riconosciuti dalla normativa europea siano prospettati al solo scopo di aggirare una disciplina interna più restrittiva, pregiudicando il processo di adeguamento dei sistemi nazionali a quello comunitario.

Sul punto la Corte di Giustizia si è pronunciata in diverse occasioni, affermando, che in mancanza di una disciplina comunitaria che regolamenti l'istituto dell'abuso del diritto, spetterà al giudice nazionale, in base del sistema giuridico interno nel quale è chiamato ad operare, verificare se vi sia stato un esercizio abusivo di un diritto riconosciuto dalla normativa

527 v. Cass. civ. Sez. III, sentenza 31 maggio 2010, n. 13208, in cui si afferma che "Valga al riguardo considerare che, per consolidato insegnamento giurisprudenziale, il principio della buona fede oggettiva, intesa come reciproca lealtà di condotta delle parti, deve accompagnare il contratto in tutte le sue fasi, da quella della formazione a quelle della interpretazione e della esecuzione (confr. Cass. civ. 11 giugno 2008, n. 15476; Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106), comportando, quale ineludibile corollario, il divieto, per ciascun contraente, di esercitare verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati (confr. Cass. civ. 16 ottobre 2003, n. 15482) nonché, il dovere di agire, anche nella fase della patologia del rapporto, in modo da preservare, per quanto possibile, gli interessi della controparte, e quindi, primo tra tutti, l'interesse alla conservazione del vincolo. Peraltro, l'assenza nel nostro codice di una norma che sanziona, in via generale l'abuso del diritto - che costituisce il vero punto critico delle risposte giudiziarie di volta in volta sollecitate sul punto - non ha impedito, a una giurisprudenza attenta alle posizioni soggettive in sofferenza, di sanzionare con l'illegittimità la cosiddetta interruzione brutale del credito, e cioè il recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito tutte le volte in cui, benché pattiziamente consentito, esso assuma connotati di arbitrarità (confr. Cass. civ. 21 febbraio 2003, n. 2642; Cass. civ. 16 ottobre 2003, n. 15482 cit.); ovvero di colpire con l'invalidità la delibera assembleare affetta da eccesso di potere della maggioranza, in quanto adottata ad esclusivo beneficio della stessa e in danno dei soci di minoranza (confr. Cass. civ. 11 giugno 2003, n. 27387), spingendosi al punto da prefigurare, in ambito contrattuale, in nome del dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., un sindacato - anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale (confr. Cass. civ. sez. un. 15 novembre 2007, n. 23726; Cass. civ. 20 aprile 1994, n. 3775; Cass. civ. 24 settembre 1999, n. 10511; Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128) nonché un controllo di ragionevolezza di singole clausole, in funzione di temperamento degli opposti interessi dei paciscenti (confr. Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106)".

528 v. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2003, p. 300 ss.

europea, da valutare alla stregua delle finalità perseguite nel caso concreto sottoposto al suo esame⁵²⁹.

Resta, però, ferma la competenza della Corte – qualora siano “in gioco diritti vantati dal singolo in forza di norme comunitarie”, di accertare che il livello di tutela giurisdizionale garantito dai singoli ordinamenti interni risulti adeguato in relazione agli standard europei⁵³⁰.

In considerazione di ciò, deve ritenersi, la piena vigenza del divieto di abuso del diritto nell'ordinamento comunitario, nel quale, peraltro, esso ha una notevole importanza anche a seguito del suo riconoscimento nelle raccolte normative dei principi fondamentali, costituendo il parametro principale da seguire nell'attuazione concreta dei vari diritti e libertà; conseguenzialmente, risulta favorito il processo di reciproca integrazione dei sistemi nazionali con quello comunitario in un unico ordinamento, secondo criteri di ragionevolezza.

12. *L'Exceptio doli nel pensiero giuridico e nella dinamica delle relazioni intersoggettive. I rapporti tra l'eccezione generale di dolo e l'abuso del diritto nella dottrina e nella giurisprudenza. Casistica.*

L'istituto della eccezione generale di dolo – che affonda le radici storiche nella *exceptio doli generalis* elaborata nel diritto romano – solleva problemi analoghi a quelli già esaminati in tema abuso del diritto, al quale spesso è sovrapposta⁵³¹.

Infatti, oltre alla preliminare questione della sua ammissibilità nel nostro ordinamento, uno degli aspetti maggiormente dibattuti si riferisce alla individuazione del suo fondamento e degli eventuali tratti distintivi rispetto a nozioni analoghe, quali, appunto, l'abuso del diritto e la buona fede oggettiva⁵³².

529 v. Corte giustizia comunità europee, sentenza 12 maggio 1998, n. 367, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, p. 220, in cui si afferma che “Il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali applichino una disposizione di diritto nazionale per valutare se un diritto derivante da una norma comunitaria sia esercitato abusivamente. Tuttavia, nel compiere tale valutazione, non si può far carico un azionista che si avvalga dell'art. 25 n. 1, della seconda direttiva del consiglio 13 dicembre 1976, 77/91/Cee, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri alle società di cui all'art. 58 comma 2, del trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa, di abusare del proprio diritto derivante dalla detta norma per il solo fatto che l'aumento di capitale controverso abbia posto riparo al dissesto finanziario che metteva a rischio la società considerata e che gli abbia fatto conseguire evidenti vantaggi economici, o di non essersi avvalso del suo diritto di opzione, di cui all'art. 29 n. 1 della seconda direttiva, sulle nuove azioni emesse in occasione dell'aumento di capitale controverso”; in termini analoghi v. Corte giustizia comunità europee, sentenza 23 marzo 2000, n. 373.

530 v. Corte giustizia comunità europee, sentenza 12 marzo 1996, n. 441, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1997, p. 761, con nota di Nizzo, in cui si afferma che “Nell'assenza di una disciplina comunitaria dell'istituto dell'abuso di diritto, è in base al proprio ordinamento giuridico che il giudice nazionale può valutare la sussistenza di un esercizio abusivo di un diritto di origine comunitaria. Tuttavia, spetta alla Corte di giustizia, quando sono in gioco diritti vantati dal singolo in forza di norme comunitarie, verificare il livello di adeguatezza della tutela giurisdizionale predisposta dagli ordinamenti giuridici nazionali”.

531 v. PELLIZZI, Voce “*Exceptio doli (diritto civile)*”, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1960, p. 1075 ss.; CARRARO, *Valore attuale della massima <<fraus omnia corrumpit>>*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 782 ss.; RANIERI, *Exceptio temporis e replicatio doli nel diritto dell'Europa continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 11 ss.; VENOSTA, *Note sull'exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 525 ss.; NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 197 ss.; MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit., p. 43 ss.

532 cfr. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c. c.*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1965, p. 149 ss.; CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 613 ss.; PATTI, *Profili di tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1961, p. 157 ss.

Tali problemi sono accresciuti da un'applicazione giurisprudenziale dell'*exceptio doli* spesso approssimativa o sostanzialmente coincidente con altre fattispecie.

Occorre iniziare l'indagine dalla definizione dell'istituto, il quale ha una chiara base equitativa, evidenziata dall'attribuzione al giudice di un potere correttivo del rapporto giuridico azionato.

L'eccezione generale di dolo consiste nell'esercizio del potere, riconosciuto ad una parte, di "paralizzare" la pretesa fatta valere da un altro soggetto, ogniqualvolta questa appaia abusiva, in quanto contraria alla basilare regola di correttezza sottesa ad ogni relazione giuridica, e sia, quindi, volta al perseguimento di interessi non meritevoli di protezione.

In questo modo si consente di evitare che l'esercizio di un diritto da parte del suo legittimo titolare conduca alla realizzazione di un risultato iniquo, addivenendo alla sostanziale "disapplicazione delle norme positive" su cui si è fondata la relativa pretesa o eccezione⁵³³.

L'istituto, costituisce l'esplicazione pratica del divieto di *venire contra factum proprium*, in funzione di rimedio posto a tutela dell'affidamento che una parte ha ingenerato in un altro soggetto con il proprio comportamento⁵³⁴.

Le applicazioni più frequenti della figura in esame, su cui si è costruita la relativa teoria, riguardano il tema della prescrizione e della annullabilità, che può considerarsi la matrice dell'*exceptio doli*.

Data la connessione con la buona fede oggettiva, per il concreto utilizzo dell'eccezione non è necessario dimostrare un intento pregiudizievole in capo al soggetto nei cui confronti è proposta, essendo l'eccezione medesima fondata sull'altrui comportamento obiettivamente ed ingiustamente lesivo della sfera giuridica dell'eccipiente.

È opportuno accennare al ruolo che l'*exceptio doli* ha svolto nelle moderne codificazioni delle leggi civili e soprattutto nel diritto vivente, per chiarirne la struttura e la portata funzionale, soprattutto a seguito del recente riconoscimento della diretta incidenza dei valori costituzionali nell'ambito dei rapporti intersoggettivi.

Nelle legislazioni illuministiche dell'Ottocento, improntate al principio della certezza del diritto, della completezza dell'ordinamento positivo, e della funzione dichiarativa del giudice, l'*exceptio doli* non era contemplata, in quanto antitetica ai citati presupposti ideologici⁵³⁵.

In tale contesto si registrava una sostanziale repulsione per gli strumenti di ordine equitativo, come la buona fede oggettiva, poiché questi non avevano uno specifico riscontro normativo idoneo a legittimare interventi giudiziali integrativi e di adeguamento della convenzione negoziale per ricondurla nei parametri di una astratta equità⁵³⁶.

Inoltre, l'eccezione generale di dolo presentava il rischio di scardinare l'assetto legislativo, rimettendone l'interpretazione alla libera discrezionalità del giudice (o dell'operatore), con pregiudizio irreparabile per la certezza del diritto⁵³⁷.

Tuttavia, a fronte della esclusione formale dell'istituto dal rango legislativo, il diritto vivente individuò soluzioni atte a realizzare risultati sostanzialmente equilibrati e giusti, facendo leva sulla necessità, insita in tutti i rapporti giuridici, di tutelare l'affidamento di una parte rispetto a comportamenti contraddittori posti in essere dall'altra.

Diversa fu l'esperienza tedesca dove, nonostante l'avversione dei pandettisti esplicitata nel silenzio del BGB sul punto, l'*exceptio doli* continuò ad ottenere un apprezzabile

533 v. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 430

534 v. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 639.

535 cfr. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, p. 11 ss.; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droits comparè*, Thèse, Lyon, 1936.

536 v. RANIERI, Voce "Eccezione di dolo generale", in *Dig. It. - sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 314 ss.

537 cfr. PELLIZZI, Voce "Exceptio doli (diritto civile)", cit., p. 1075 ss.; BIGIARI, *L'exceptio doli nel diritto cambiario*, in *Foro it.*, 1938, c. 177 ss.; TORRENTE, Voce "Eccezione di dolo", in *Enc. dir.*, Milano, 1965, p. 218 ss.

riconoscimento in sede giurisprudenziale, seguendo varianti applicative di nuova elaborazione rispetto a quelle d'origine romanistica⁵³⁸.

In base a questa metodica innovativa, si sviluppò la concezione della *Verwirkung* corrispondente alla eccezione generale di dolo, della quale venne definita la fisionomia essenziale⁵³⁹.

Tale processo venne inizialmente fondato sul § 826 del BGB secondo cui è tenuto a risarcire il danno colui che abbia intenzionalmente cagionato ad un altro soggetto un pregiudizio in modo contrario ai buoni costumi. In forza di questa disposizione si addivenne a ritenere che a chi ritarda l'esercizio di un suo diritto, ingenerando nell'altra parte il convincimento che non ne pretenderà più l'attuazione, ne sarà precluso in futuro l'esercizio, nonostante non sia decorso il termine prescrizione⁵⁴⁰.

Solo successivamente il riferimento normativo venne individuato nel § 242 del BGB, concernente la clausola generale di buona fede, sostanzialmente corrispondente a quella attuale e convergente nella nozione di abuso del diritto⁵⁴¹.

Venne, così, riconosciuta nella buona fede una regola a contenuto aperto, che consente l'intervento giudiziale correttivo per ricondurre il rapporto giuridico verso soluzioni di ordine equitativo, discostandosi dalle originarie concezioni liberali orientate nel senso della rigida applicazione delle disposizioni positive, allora considerate come l'unica garanzia di giustizia⁵⁴².

L'esperienza italiana fu impostata sul modello francese, disconoscendo l'istituto dell'*exceptio doli*, ritenuto uno strumento pericoloso per la tenuta del sistema positivo⁵⁴³.

In particolar modo, si auspicava che i rimedi predisposti dal legislatore contro ipotesi di esercizio malizioso di un diritto, non fossero suscettibili di estensione analogica, dovendo avere applicazione nelle sole fattispecie espressamente previste. Con criterio restrittivo venivano interpretate diverse disposizioni codicistiche, tra cui l'art. 1260, comma secondo, c. c., secondo cui "*le parti possono escludere la cedibilità del credito, ma il patto non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione*"; l'art. 1359 c. c., che dispone: "*la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa*"; l'art. 2941, n. 8, c. c., secondo cui "*la prescrizione rimane sospesa...tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto*", etc.

Un'inversione di tendenza si è registrata in tempi recenti, a seguito del riconoscimento della valenza generale del principio di buona fede e correttezza, finalizzato a realizzare la razionalizzazione del sistema, ossia del suo operare quale parametro di esercizio di ogni diritto soggettivo.

538 v. COING, *Form und Billigkeit im modernen Privatrecht*, in *Deutscher Notartag*, Munchen, 1965; SIEBERT, *Verwirkung un Unzulässigkeit der Rechtssausubung*, Marburg, 1934; RANIERI, Voce "*Eccezione di dolo generale*", cit., p. 316.

539 cfr. BURGI, *Ursprung und Bedeutung der Begriffe <<Treu und Glauben>> und <<Billigkeit>> im Scheweizeirischen Zivilrecht*, Bern, 1939.

540 Per un esposizione compiuta della su esposta evoluzione di orientamento nella giurisprudenza tedesca v. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, cit., p. 152 ss.

541 v. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Prazisierung des § 242 BGB (Recht un Staat 193/194)*, Tubingen, 1956.

542 v. RANIERI, Voce "*Eccezione di dolo generale*", cit., p. 318, il quale in ordine all'esperienze germanica osserva come "un'analisi attenta mostra come sotto la formula della violazione dei buoni costumi, del divieto dell'abuso del diritto o di un'interpretazione teleologicamente riduttrice di una norma codicistica, si sia mantenuta vitale ed operante nel diritto applicato tedesco l'idea della funzione creatrice e correttiva della bona fides e quindi, se non formalmente certo nella sostanza della ratio decidendi implicita, la figura giuridica dell'*exceptio doli*, testimonianza dell'opera largamente creativa, che la prassi giudiziale svolge pure in un diritto codificato".

543 v. PELLIZZI, Voce "*Exceptio doli (diritto civile)*", cit., p. 1075 ss.; TORRENTE, Voce "*Eccezione di dolo*", cit., p. 218 ss.

Tale principio ermeneutico è stato favorito dalla penetrazione dei valori costituzionali in ambito privatistico, dandosi corpo alla clausola di buona fede, valida come regola generale di solidarietà sociale, secondo cui tutti i diritti devono essere esercitati entro i limiti del rispetto della sfera giuridica altrui⁵⁴⁴.

Nell'ambito del delineato quadro teorico, è necessario chiarire il rapporto tra l'eccezione generale di dolo e l'abuso del diritto, che implica la valutazione delle dimensioni operative dei due istituti, più che della loro ricostruzione dogmatica.

A fronte dell'orientamento maggioritario che tende ad identificare – sulla scorta dell'esperienza tedesca della *Verwirkung* - l'*exceptio doli* con l'abuso del diritto, individuandone il fondamento comune nel principio di buona fede⁵⁴⁵, appare necessario distinguere le due figure con riguardo al piano applicativo nel quale esse svolgono in concreto la propria funzione.

Sotto questo profilo è condivisibile l'opinione secondo cui, l'abuso del diritto opera prima e "al di là dell'esercizio giudiziale della pretesa", mentre l'*exceptio doli* può intervenire solo in fase processuale, come mezzo difensivo volto alla "reiezione della pretesa" avversa, in quanto contraria a buona fede⁵⁴⁶.

Tuttavia, entrambi gli istituti sono caratterizzati alla direzione dalla tutela dei valori solidaristi emergenti in Costituzione ed inerenti alle modalità di esercizio dei diritti soggettivi.

L'*exceptio doli* è suscettibile di innumerevoli applicazioni, essendo utilizzabile in una grande varietà di fattispecie, anche al di là dei rapporti obbligatori.

La casistica giurisprudenziale si è soffermata prevalentemente su alcune figure negoziali, che hanno formato la base per l'evoluzione dell'istituto.

Va anzitutto segnalata la c. d. fideiussione *omnibus*, ossia il contratto attraverso il quale un soggetto si obbliga a garantire tutte le obbligazioni che il debitore dovrà adempiere in favore di un istituto di credito al termine di un rapporto bancario, anche se queste sono successive alla stipulazione della fideiussione.

Al fine di far fronte ad eventuali abusi nei confronti del fideiussore, il diritto vivente ha fatto applicazione della eccezione generale di dolo, escludendo l'operatività della garanzia, ai sensi dell'art. 1956 c. c., quando il creditore conceda un finanziamento "con la consapevolezza

544 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 902 ss.

545 v. Cass. civ., sentenza 11 dicembre 2000, n. 15592 in cui si rileva come "La dottrina ha individuato la c.d. "exceptio doli generalis" in una duplice direzione: quella dell'asserito divieto di "venire contra factum proprium" e quella della negazione di tutela giuridica al soggetto che intenda trarre vantaggio da un suo precedente comportamento scorretto: per molti profili (ed Autori), quindi, tale "exceptio" ha finito per coincidere, sul piano delle possibili applicazioni pratiche, oltre che su quello propriamente dogmatico, con l'abuso del diritto o, comunque, per ricomprenderlo"; *contra* MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 460, il quale afferma che "il fondamento dell'istituto non è [...] né la buona fede né il divieto di abuso, ma quella regola implicita del sistema del diritto privato, a sua volta posta a fondamento sia del criterio di buona fede, sia del divieto di abuso, che attribuisce al giudice un potere di sindacato sul concreto esercizio dei diritti soggettivi, diretto a verificarne la congruità da un lato con i valori fondamentali espressi dall'ordinamento, dall'altro con le finalità insite nel loro normale esercizio. Anche l'*exceptio doli*, come l'abuso del diritto, è quindi, una clausola generale di origine giurisprudenziale che, al pari della buona fede oggettiva, consente la più efficace esplicazione, nell'intero ordinamento giuridico, della funzione selettiva degli interessi perseguiti tramite l'esercizio dei diritti soggettivi. Ove opera la buona fede, essa ne legittima l'uso in funzione correttiva dello *ius strictum*".

546 v. RANIERI, Voce "Eccezione di dolo generale", cit., p. 326, nota 91, il quale illustra magistralmente tale tesi, affermando come "un altro problema è il rapporto del nostro istituto colla figura del divieto dell'abuso del diritto, con cui viene dai nostri interpreti spesso unificato [...]. Senza indugiare in problemi terminologici e costruttivi relativamente fini a se stessi, si ricordi che l'eccezione di dolo generale nei moderni diritti codificati paralizza la pretesa già sul piano del diritto obbiettivo ma si realizza come mezzo di difesa processuale [...], mentre il divieto di abuso del diritto opera anche al di là dell'esercizio giudiziale della pretesa [...]. La *exceptio doli* è destinata quindi ad operare quando il diritto è esercitato giudizialmente ed il suo esito consiste esclusivamente nella reiezione della pretesa".

dell'impossibilità del debitore di adempiere", in questo modo pregiudicando scientemente il fideiussore⁵⁴⁷, in palese violazione dei doveri di correttezza e buona fede che presidiano ogni rapporto negoziale⁵⁴⁸.

Decisamente più ampia è, però, la produzione giurisprudenziale in tema di contratto autonomo di garanzia, che si distingue dalla fideiussione per l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, in quanto in esso "viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale", ossia quelle concernenti la validità, l'efficacia e le altre vicende relative al rapporto di base, derogando conseguentemente alla regola di cui all'art. 1945 c. c. (relativo alla fideiussione)⁵⁴⁹.

547 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 20 agosto 1992, n. 9719, in *Giur. It.*, 1993, I, p. 1256 in cui si afferma che "Nella fideiussione bancaria c.d. omnibus l'efficacia del patto in deroga all'art. 1956 c.c. va subordinata alla sua riferibilità alle operazioni correlate a una determinata attività esercitata dal sovenuto, nonché all'esistenza di un interesse del fideiussore all'erogazione, e va comunque esclusa quando il creditore conceda un finanziamento con la consapevolezza dell'impossibilità del debitore di adempiere agendo così coscientemente a danno del fideiussore, ferma la valutazione di tale atteggiamento alla luce delle circostanze del caso concreto e della qualità del creditore".

548 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 18 luglio 1989, n. 3362, in *Giur. It.*, 1990, I,1, p. 1137, in cui si afferma che "La garanzia personale, prestata in favore di un istituto di credito per tutte le obbligazioni derivanti da future operazioni bancarie con un terzo (cosiddetta fideiussione omnibus), al pari della clausola del relativo contratto, con cui il garante dispensi l'istituto medesimo dall'onere di conseguire specifica autorizzazione per nuove concessioni di credito in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore principale (art. 1956 c. c.), devono ritenersi valide ed efficaci, in considerazione della determinabilità per relationem dell'oggetto della fideiussione, sulla base di atti di normale esercizio dell'attività creditizia, sottratti al mero arbitrio della banca, nonché in considerazione della disponibilità dei diritti del fideiussore, in ordine alla valutazione dell'opportunità dei finanziamenti in presenza di mutate situazioni economiche del debitore principale; peraltro, la banca beneficiaria di detta garanzia non si sottrae ai principi generali di correttezza e buona fede, che devono inderogabilmente presiedere al comportamento delle parti anche nella fase di esecuzione del rapporto (art. 1375 c. c.), sicché l'operatività di quella garanzia fideiussoria, o di quella clausola di dispensa, va esclusa non solo quando la banca abbia agito con il proposito di recare pregiudizio, ma anche quando non abbia osservato canoni di diligenza, schiettezza e solidarietà, violando l'obbligo tassativo di ciascun contraente di salvaguardare gli interessi degli altri, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico"; v. anche Cass. civ., Sez. I, sentenza 20 luglio 1989, n. 3385, in *Giur. It.*, 1990, I,1, p. 1137, in cui si afferma che "In tema di fideiussione per obbligazioni future, l'art. 1956 c. c., facendo applicazione specifica ai principi di correttezza e di buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c. c., prende in considerazione l'ipotesi nella quale, successivamente alla prestazione della garanzia sopravvenga un notevole aumento delle difficoltà di soddisfacimento, per mutamento della condizione patrimoniale del debitore, e sanziona, con la liberazione del fideiussore, il comportamento del creditore che conceda finanziamento nonostante la conoscenza di tale situazione ed in difetto di autorizzazione del fideiussore medesimo (autorizzazione speciale, cioè espressamente indirizzata all'assunzione del nuovo credito), fermo però restando il verificarsi di detta liberazione, indipendentemente dall'eventuale autorizzazione del fideiussore, nel caso di sopravvenuto stato di insolvenza (e non di mera difficoltà all'adempimento); alla stregua del contenuto e della finalità della citata norma, si deve valutare la possibilità di una deroga convenzionale della norma medesima, come quando il fideiussore si impegni a tenersi direttamente al corrente delle condizioni del debitore, dispensando il creditore da ogni onere al riguardo, con la conseguenza che l'efficacia di tale patto in deroga va subordinata alla sua riferibilità alle operazioni correlate ad una determinata attività esercitata dal sovenuto, nonché all'esistenza di un interesse del fideiussore all'erogazione, giustificativo dell'accollo dei rischi inerenti al controllo di quelle condizioni del debitore (ad esempio, trattandosi di amministratore o socio sovrano di società), e va comunque esclusa quando il creditore conceda il finanziamento con la consapevolezza dell'impossibilità del debitore ad adempiere, agendo così coscientemente a danno del fideiussore (atteggiamento da valutarsi alla luce delle circostanze del caso concreto e delle qualità del creditore, nella specie, una banca)".

549 v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. Notar.*, 1999, in cui si afferma che "Ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia, oppure di un contratto di fideiussione non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o a "prima richiesta del creditore", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Infatti la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c. (Fattispecie relativa a polizza "fideiussoria" cauzionale; il giudice di merito, con la sentenza impugnata, confermata dalla S.C., aveva ritenuto il carattere autonomo della garanzia prestata, valorizzando la clausola

In ordine a tale negozio il diritto vivente, dando seguito ad un orientamento già avviato⁵⁵⁰, ha espressamente riconosciuto la possibilità per il garante di proporre l'*exceptio doli* qualora l'escussione di una garanzia bancaria "a prima richiesta" si presenti pretestuosa e sussistano "prove sicure della malafede del beneficiario"⁵⁵¹.

secondo cui la società garante avrebbe dovuto pagare entro un breve termine dalla richiesta del creditore, dopo semplice avviso al debitore principale, di cui non era richiesto il consenso e che nulla avrebbe potuto eccepire in merito al pagamento, anche in sede di rivalsa del garante); Cass. civ., Sez. I, sentenza 6 ottobre 1989, n. 4006 in *Mass. Giur. It.*, 1989, in cui si afferma che "Nel contratto di garanzia cosiddetta autonoma (<performance bond>), in cui il garante, normalmente un istituto di credito od una compagnia di assicurazione, si obbliga ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia a prima domanda, in seguito alla semplice dichiarazione del creditore-beneficiario circa il verificarsi dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento dell'obbligazione principale, e senza alcuna possibilità di proporre eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia ed alle vicende del rapporto di base, la prestazione del garante stesso resta pur sempre circoscritta alla perdita subita dal creditore per detto inadempimento od inesatto adempimento; pertanto, in presenza di una pretesa del garantito, che sia rivolta a richiedere somme eccedenti rispetto a quelle effettivamente dovute e pagate dal debitore principale (nella specie, ammontare della ritenuta d'acconto legittimamente effettuata del debitore principale ai sensi dell'art. 26 d. p. r. 29 settembre 1973, n. 600), deve riconoscersi al garante la facoltà di rifiutare il versamento delle somme medesime, ove risulti *prima facie*, in modo certo ed incontestabile, la suddetta eccedenza, spettandogli, ove abbia egualmente effettuato tale versamento, la facoltà di agire con la actio indebiti, ai sensi dell'art. 2033 c. c."

550 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 24 aprile 1991, n. 4519, in *Arch. Civ.*, 1991, p. 798, in cui si afferma che "I così detti contratti autonomi di garanzia, definiti anche come garanzie personali atipiche, con i quali il garante si obbliga ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia, senza potere opporre eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia e, in genere alle vicende del negozio di base, nonostante le eventuali opposizioni al pagamento formulate dal debitore principale o l'esistenza di contestazioni, sono validi nonostante che consentano al creditore - contrariamente ai principi che disciplinano la fideiussione - di esigere il pagamento immediato dal garante senza che in quella fase possano essergli opposte dette eccezioni (e salva soltanto l'*exceptio doli*, per il caso che risulti evidente prima facie il comportamento fraudolento o abusivo del richiedente), ma non impediscono che, una volta avvenuto il pagamento, eventualmente ingiusto, possa conseguirsi il riequilibrio della situazione giuridica tra le parti, attraverso azioni di rivalsa o di indebito; ad identiche condizioni, siffatti negozi di garanzia sono validi anche se stipulati per l'adempimento di obbligazioni tributarie (nella specie, quella di restituzione delle somme rimborsate a titolo di eccedente iva, ai sensi degli art. 30 e 38 bis, d. p. r. n. 633 del 1972), dovendosi, peraltro, con riguardo a tale ipotesi, considerare, che, qualora al garante sia consentito opporre l'eccezione di pagamento, tale clausola è utilizzabile per far valere la parziale estinzione della garanzia, fino a concorrenza dell'importo che il garantito abbia versato per essere ammesso al beneficio del condono di cui al d. l. n. 429 del 1982, i cui art. 26 e 32 comportano che tale versamento, pur non determinando l'estinzione della controversia tributaria e l'automatica applicabilità del condono stesso, vale, comunque, a diminuire in misura corrispondente il debito di imposta"; v. anche Cass. civ., Sez. III, sentenza 25 febbraio 1994, n. 1933, in *Banca Borsa*, 1995, II, p. 422, in cui si afferma che "E' ammissibile nel nostro ordinamento giuridico il contratto di garanzia autonoma, con cui il garante si obbliga ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia a semplice richiesta del creditore garantito, senza opporre eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia e alle vicende del rapporto principale, salvo l'"*exceptio doli*". In tal modo si realizza l'automatismo della soddisfazione del credito del beneficiario, automatismo necessario per rendere il meccanismo negoziale messo in funzione dalla polizza fideiussoria (contenente un contratto di fideiussione) equivalente al deposito cauzionale".

551 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 1 ottobre 1999, n. 10864 in *Contr.*, 2000, I, p. 67, in cui si afferma che "La *exceptio doli generalis seu presentis* ha fondamento nella circostanza che l'attore, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, si renda colpevole di frode, in quanto sottace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valer ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto stesso; ne consegue che, in materia di contratto autonomo di garanzia, il garante ha l'obbligo di proporre l'*exceptio doli* - nell'ambito del dovere di protezione del garantito da possibili abusi del beneficiario e pena la perdita del diritto di rivalsa - solo in presenza di una pretestuosa escussione di una garanzia bancaria "a prima richiesta" e che l'eccezione è legittima solo in quanto sussistano prove sicure della malafede del beneficiario".

13. *Rilievi comparatistici: l'istituto dell'estoppel quale strumento di tutela dell'affidamento nel sistema di common law.*

Nel sistema giuridico anglosassone il principale criterio attraverso cui si garantisce il corretto esercizio di un diritto è costituito dall'*estoppel*, elaborato in ambito giurisprudenziale ed utilizzato già nell'Ottocento⁵⁵².

Si tratta di un rimedio utilizzabile in sede processuale, come eccezione avverso la pretesa della controparte, che, seppur formalmente corretta, in concreto si presenti abusiva, in quanto lesiva dell'affidamento ingenerato nel soggetto convenuto mediante un precedente comportamento dell'attore.

Le diverse figure particolari dell'istituto in esame (*e. by deed; e. by conduct*) sono, in via di approssimazione, riconducibili al divieto di *venire contra factum proprium* – che viene in considerazione soprattutto nell'*equitable estoppel* che vincola un soggetto all'adempimento di quanto promesso all'altra parte, a condizione che la condotta dovuta porti ad una soluzione giusta⁵⁵³ - salva la ricorrenza eccezionale dell'*estoppel by record*, tendente ad evitare che la controversia già decisa sia nuovamente azionata tra le medesime parti, e come tale, inquadrabile nell'ambito dei rimedi volti a garantire l'autorità del giudicato e l'efficienza del sistema giudiziario⁵⁵⁴.

Tali figure sono convergenti rispetto allo strumento continentale dell'*exceptio doli*, fondandosi sulla equità e tendendo ad evitare che sotto lo "schermo formale" della spettanza del diritto si addivenga a risultati "sostanzialmente" ingiusti.

552 v. TAYLOR, *Law of Evidence*, London, 1931; PHIPSON, *On Evidence*, London, 1970; EVEREST-STRODE, *Law relating Estoppel*, London, 1923.

553 v. LANGAN, *Civil procedure and Evidence*, London, 1970; CARTER, *Cases and Statutes on Evidence*, London, 1990.

554 Per le trattazioni in italiano, una compiuta analisi dell'istituto è rinvenibile in CARENA, Voce "*Estoppel*", in *Dig. It. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 144 ss., il quale in ordine alla c. d. *Estoppel by record* ne rinviene il fondamento teorico nei brocardi latini dell'“<<interest rei publicae ut sit finis litium>>” e del “<<nemo debet bis vexari pro eadem causa>>”.

CAPITOLO TERZO

EQUILIBRIO CONTRATTUALE ED ETEROINTEGRAZIONE DEL REGOLAMENTO NEGOZIALE TRA TEORIA E PRASSI.

SOMMARIO: 1. Premessa: il concetto di equilibrio contrattuale.- 2. Equilibrio contrattuale e sistema ideologico di base. Contratti a prestazione corrispettive e contratti aleatori: verso il nuovo diritto dei contratti. La teoria della proporzionalità invertita nei contratti aleatori e nei negozi collegati (tesi di V. Ferrari). - 2.1. La prospettiva liberal-volontarista: la corretta formazione del consenso quale presupposto della giustizia dell'accordo. L'irrelevanza del contenuto economico del contratto. - 3. Il ruolo della rescissione del contratto quale rimedio ad una menomazione volitiva della parte, nella prospettazione del codice civile. - 3.1. L'annullabilità del contratto per incapacità naturale. - 3.2. La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.. La revisione del prezzo nell'appalto. - 3.3. L'originaria configurazione del delitto di usura prima della riforma del 1996 ed il suo coordinamento con la normativa civilistica (art. 1815, comma secondo, c. c. ed art. 1448 c. c.). Il nuovo assetto disciplinare risultante dalla riforma del 1996. - 4. La disciplina delle condizioni generali di contratto e la tutela dell'equilibrio normativo. - 5. L'incidenza dei principi costituzionali sulla disciplina del regolamento negoziale: verso la ricerca dell'equilibrio economico nelle operazioni negoziali. - 6. L'inserzione automatica di clausole e l'integrazione del regolamento negoziale. Il ruolo dell'art. 1339 c. c. nella problematica dell'equilibrio contrattuale. Premesse alla reinterpretazione in chiave assiologica dell'art. 1374 c. c. - 7. Il criterio di equità come fonte di diritto oggettivo e criterio applicativo di norme giuridiche. - 7.1. L'equità come fonte di integrazione del contratto nella rilettura assiologica. I poteri del giudice di intervento correttivo del regolamento contrattuale secondo equità. - 8. La clausola generale di buona fede quale strumento volto a garantire l'equilibrio economico del regolamento negoziale. - 8.1. La clausola di buona fede e l'obbligo di rinegoziazione. - 9. L'istituto della presupposizione e le sopravvenienze contrattuali. Dall'impostazione "soggettivistica" a quella "oggettivistica". Il rapporto tra presupposizione e buona fede nel quadro della tutela dell'equilibrio economico del negozio giuridico. - 10. Il controllo dell'equilibrio economico del contratto per mezzo del principio di proporzionalità, enucleato dal sistema italo-comunitario delle fonti. La riducibilità di ufficio della clausola penale. - 11. La teoria della "causa concreta" come strumento di controllo dell'equilibrio economico del contratto. Critica. - 12. La tutela dell'equilibrio contrattuale ed il ruolo dell'equità e della buona fede nei principi internazionali in materia contrattuale. Introduzione alla normativa italo-comunitaria ed i "Principles of Existing EC Contract Law – Acquis Principles". I Principi *Unidroit* ed il Codice della Commissione Lando.

1. Premessa: il concetto di equilibrio contrattuale.

L'incidenza dei diritti fondamentali della persona nell'ambito delle relazioni intersoggettive determina significativi effetti anche sulla stabilità dell'assetto di interessi realizzato nel regolamento negoziale convenuto dalle parti private.

In particolar modo, si pone l'esigenza che il negozio giuridico, oltre ad essere preordinato al perseguimento di finalità meritevoli, sia equilibrato sul piano strutturale e sostanziale, ossia realizzi un contemperamento tra gli opposti interessi, in grado di assicurare la "giustizia" dell'accordo⁵⁵⁵.

Il concetto di equilibrio contrattuale, dalla fisionomia controversa, è stato influenzato dall'impostazione ideologica sottesa all'ordinamento giuridico ed è attualmente caratterizzato dalla centralità dei principi costituzionali di stampo solidaristico e personalistico⁵⁵⁶.

555 v. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 257; BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 11 ss. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2000, p. 32 ss.

556 cfr. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto e le sue tutele*, Milano, 2000, p. 1 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit.*

Sotto il profilo oggettivo, concernente, cioè, gli assetti contrattuali interni, è dato distinguere tra equilibrio normativo ed equilibrio economico: il primo si riferisce alla distribuzione tra le parti dei diritti e degli obblighi emergenti dal regolamento negoziale, con un criterio di razionale valutazione qualitativa; il secondo attiene all'aspetto quantitativo, ossia alla proporzione economica intercorrente tra le prestazioni rispettivamente assunte dalle parti⁵⁵⁷.

Dal punto di vista soggettivo, muovendo dall'indirizzo normativo di matrice comunitaria che ha introdotto una disciplina differenziata per i contratti stipulati tra "professionisti" e "consumatori", è fondamentale la distinzione tra contraente "forte" – in quanto dotato di una posizione di preminenza economica che gli consente di avere un maggior peso contrattuale nella definizione del regolamento di interessi – e contraente "debole", il quale è di fatto nell'impossibilità di partecipare alla formazione del contenuto del negozio mediante la sua libera e diretta manifestazione di volontà, potendo esclusivamente aderire al regolamento predisposto dall'altra parte o rifiutare⁵⁵⁸.

È evidente che siffatto equilibrio, collegato al profilo economico del contratto, astrattamente risultante dalle dichiarazioni negoziali, può essere apparente, se non sia supportato dal reale equilibrio tra gli interessi concretamente coinvolti nel rapporto e non esplicitati in sede di stipulazione, a motivo dell'originario squilibrio tra la posizione del contraente forte e quella del soggetto debole⁵⁵⁹.

Sulla esigenza di regolarizzare tale possibile anomalia si fonda la disciplina differenziata di provenienza comunitaria in tema di contratti tra "professionisti" e "consumatori".

2. *Equilibrio contrattuale e sistema ideologico di base. Contratti a prestazione corrispettive e contratti aleatori: verso il nuovo diritto dei contratti. La teoria della proporzionalità invertita nei contratti aleatori e nei negozi collegati (tesi di V. Ferrari).*

Le problematiche attinenti all'equilibrio contrattuale ed alla sua incidenza nella dinamica dei rapporti negoziali sono direttamente influenzate dalla matrice ideologica che sottende al complessivo impianto normativo su cui si regge l'ordinamento politico ed economico.

Tale considerazione rende evidente la variabile intensità del concetto in questione nei diversi contesti istituzionali colti nel loro divenire storico.

In particolar modo, il riconoscimento della rilevanza del contenuto economico dell'accordo sul complessivo assetto contrattuale incontra un ostacolo significativo nelle istanze commerciali preordinate a garantire la stabilità dei traffici nel contesto del mercato globale, che sarebbe pregiudicata dalla previsione di un controllo sostanziale sui rapporti di proporzione oggettiva tra le prestazioni⁵⁶⁰.

cred., 1997, p. 1 ss. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss; VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 12 ss.

557 Il tema è approfondito da DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, in *Incontro di studio del C.S.M. (Roma 22-24 aprile 2002)*, p. 1-2, il quale rileva come "L'equilibrio può riferirsi all'aspetto normativo del contratto, inteso come sintesi delle posizioni normative del contraenti, così come all'aspetto economico, nel qual caso si avrà riguardo più propriamente al valore economico delle prestazioni oggetto di scambio, naturalmente considerate non in se stesse ma nel complesso della operazione economica alla quale il contratto dà veste giuridica".

558 cfr. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XXVI, Torino, 2000, p. 704 ss.; v. Chinè, Voce "Consumatore (contratti del)", in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 400 ss.

559 v. BENEDETTI, *L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di Ferroni, Napoli, 2002, p. 39.

560 cfr. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 9 ss.; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 309 ss.; D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

Non si può, tuttavia, negare la recente emersione di orientamenti ispirati ai principi solidaristi che, per contro, individuano nell'equilibrio economico uno dei principali strumenti volti a determinare l'adeguamento del sistema contrattuale al valore della persona e della sua dignità.

Si tratta di una tendenza innovativa rispetto alla tradizionale impostazione volontaristica – funzionale alla celerità ed alla efficienza degli scambi su base soprattutto globale – secondo cui la “giustizia” dell'accordo sarebbe determinata dalla sua rispondenza alla volontà delle parti, purché formatasi correttamente, senza l'intervento di fattori perturbatori⁵⁶¹.

In questo quadro, gli eventuali rimedi allo squilibrio patrimoniale assolvono un ruolo marginale, non rispondente ad una funzione reale di tutela della dimensione soggettiva della parte contraente, essendo idonei soltanto a garantire la stabilità del sistema economico generale, il quale, però, potrebbe essere pregiudicato dalla diffusione di scambi fondati sull'approfittamento di una parte a discapito dell'altra.

Tale anomala funzionalità è l'effetto delle concezioni giuridiche finalizzate allo sviluppo del sistema imprenditoriale, le quali, pur riconoscendo al contratto un ruolo centrale a tutela dell'impresa, sono improntate alla tendenziale “impermeabilità” rispetto agli obiettivi di giustizia sostanziale⁵⁶².

I termini della questione, tuttavia, sono mutati a seguito dell'interazione tra regole privatistiche ed principi costituzionali, volta a determinare una rilettura dell'intero ordinamento su base assiologica.

In tale contesto teorico, infatti, la rilevanza del contenuto economico del contratto ottiene un riconoscimento indiscusso, poiché il rapporto di proporzionalità oggettiva intercorrente tra le prestazioni convenute si riflette sul piano della compatibilità dell'operazione negoziale con i valori solidaristi posti a presidio della dignità personale.⁵⁶³

Esso assume una maggiore valenza nei contratti a prestazioni corrispettive, in cui il sacrificio economico di una parte altera, a vantaggio dell'altra, l'equilibrio del rapporto sinallagmatico e rende necessario un più incisivo intervento correttivo idoneo ad assicurare la proporzione tra le prestazioni dei contraenti, riferita in particolare alla giusta distribuzione degli utili e dei sacrifici⁵⁶⁴.

L'equilibrio contrattuale presenta difficoltà di inserimento nei contratti aleatori, rispetto ai quali sono irrilevanti le vicende incidenti sul contenuto economico, in virtù del disposto di cui all'art. 1469 c. c., che esclude l'applicazione delle norme relative all'eccessiva onerosità sopravvenuta ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti⁵⁶⁵.

È, pertanto, necessario un maggiore approfondimento, seguendo le linee guida autorevolmente tracciate da una dottrina sensibile ai risvolti sociali e solidaristi connessi

561 v. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 9, la quale sottolinea come nell'ambito del sistema liberale si prospettasse “la necessità di sopprimere, nella disciplina giuridica dei contratti, ogni riferimento al giusto prezzo o comunque a criteri di valutazione delle prestazioni, oggettivi ed esterni rispetto a quanto deciso dalle parti, regolando invece premesse e requisiti del giusto comportamento sul mercato, cioè condizioni e garanzie che l'accordo fra le parti sia autentica espressione di libere scelte”.

562 cfr. SCHELINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231 ss.; BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, cit., p. 11.; SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 263 ss.

563 v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* a cura di Ferroni, cit., p. 49; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 1 ss.

564 cfr. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 454 ss.; DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 48 ss.; v. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 309, ss.; ID., *Il problema dell'equivalenza fra le prestazioni*, in *Studi Parmensi*, 1983.

565 v. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2010, p. 505 ss.; cfr. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, Napoli, 1962.

all'autonomia privata, tanto nella sua configurazione dogmatica che nella dimensione funzionale e dinamica.

La riflessione deve necessariamente partire dalla constatazione dell'assenza nell'ordinamento di una definizione precisa di contratto aleatorio, nonostante il legislatore faccia espresso richiamo a questa figura in diverse disposizioni, dando l'impressione dell'impossibilità di inquadrare la nozione in un rigido contesto dogmatico. La diversificazione particolare delle varie tipologie di contratto aleatorio demanda, conseguentemente, all'interprete il compito di individuare l'oggetto intorno al quale "la categoria può essere logicamente costruita"⁵⁶⁶.

Secondo lo schema delineato in base all'art. 1469 c. c., è aleatorio qualsiasi contratto concluso "in contemplazione di un evento futuro ed incerto, dal quale potrà dipendere un vantaggio o una perdita per l'uno o per l'altro contraente", indipendentemente dalla circostanza che il rischio sia lo scopo essenziale dell'accordo⁵⁶⁷.

Il vantaggio o la perdita possono essere di natura giuridica o economica, con diversa incidenza quantitativa in quanto l'incertezza giuridica non sempre è alea, mentre quella economica è largamente ritenuta sussistente nella giurisprudenza⁵⁶⁸.

Poiché l'indagine sul profilo aleatorio attiene al merito delle singole fattispecie, appare condivisibile l'opinione dottrina che considera "l'alea contrattuale come fatto"⁵⁶⁹.

Oltre ai contratti aleatori per volontà delle parti, nei quali l'alea deriva dall'autonomia privata, sono previsti nel vigente ordinamento contratti in cui l'alea è insita nello schema legale del tipo, come la rendita vitalizia, l'assicurazione, il gioco, la scommessa, etc.: caratteristica comune alle due categorie è l'accettazione delle conseguenze dell'alea, senza che possano avere rilevanza gli effetti lesivi o l'eccessiva onerosità sopravvenuta⁵⁷⁰.

Il requisito dell'equilibrio economico dei rapporti contrattuali, costituente un autentico valore tutelato dall'ordinamento italo-comunitario, con effetto limitativo dell'autonomia privata, si configura come proporzionalità tra le prestazioni corrispettive e non come oggettiva equivalenza economica; poiché in esso convergono anche interessi non patrimoniali⁵⁷¹.

In relazione a tale nozione dell'equilibrio si pone la questione della compatibilità di questo requisito con i contratti aleatori, caratterizzati da un effettivo squilibrio funzionale: maggiore è l'alea, minore è l'equilibrio del risultato, rapportato ai contrapposti interessi delle parti, al

566 v. FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001, p. 88-90, il quale sottolinea come "L'assenza di una nozione legislativa di contratto aleatorio, a fronte del richiamo che comunque il legislatore effettua a "contratto aleatori per loro natura o per volontà delle parti", sembra suggellare l'impossibilità di pervenire ad una definizione che costituisca la risultante univoca di una costruzione dogmatica". In considerazione di ciò, quindi, l'A. ritiene che l'omessa definizione normativa "non significhi soltanto remissione all'interprete. Ma che la libertà di concettualizzazione si debba esercitare attorno ad un nucleo che nel linguaggio del codice può essere così interpretato: non esiste il contratto aleatorio, bensì esistono i contratti aleatori, ognuno con caratteristiche e peculiarità proprie, la cui diversificazione non ne consente una definizione unitaria".

567 Per quanto concerne la disamina delle diverse teorie relative al ruolo del rischio dell'ambito del contratto aleatorio v. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, cit, p. 519 ss.

568 v. Cass. civ., sentenza 17 luglio 1947, n. 1306.

569 Per questa teoria di rinvia a FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, cit., p. 90, il quale, peraltro, sottolinea come la considerazione dell'alea come "fatto" faccia sì che su di esso possa essere "concettualizzata la categoria dell'aleatorietà come vicenda dell'equilibrio economico nei rapporti contrattuali".

570 v. DI GIANDOMENICO-RICCIO, *I contratti aleatori*, in *Tratt. dir. privato*, diretto da Bessone, Torino, 2005; ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 619 ss.; GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934; BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale nel contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 769; PASCALINO, *Contratti aleatori tipici ed alea convenzionale*, in *Riv. dir. navig.*, 1949, II, p. 127 ss.

571 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 454-455, il quale precisa che "Per quanto attiene al rapporto tra diritti ed obblighi, il principio di proporzionalità vige nel senso non di imporre una equivalenza delle prestazioni, ma di vietare una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste". L'A., infatti, evidenzia con in alcune "fattispecie [...] l'equilibrio tra le prestazioni deve essere individuato prescindendo dalle valutazioni di mercato relative ad un bene, tenendo invece nel debito conto eventuali interessi non patrimoniali, esigenze sentimentali ed affettive, i quali possono determinare un diverso valore del bene stesso"; v. anche CASUCCI, *Il sistema giuridico <<proporzionale>> nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 13 ss.

punto che l’esito non è desumibile dal “tipo” normativo, ma dipende dalle circostanze fattuali sopravvenute nella fase di svolgimento del rapporto.

Questa particolare dinamica, qualificata come “proporzionalità invertita”, da una recente dottrina, pone in evidenza che l’alea del contratto aleatorio è essenzialmente inerente al profilo causale nel senso che funziona come criterio di distribuzione del rischio, previsto in sede di conclusione del negozio, e crea, *ab initio*, negli stipulanti una aspettativa di risultato positivo e un timore di esito dannoso, in dipendenza di un evento futuro ed incerto di origine esterna⁵⁷².

La differenza fra le due categorie in esame consiste, quindi, nella diversa localizzazione e valenza del rischio, che nei contratti in generale è un fattore di turbamento o di impedimento della normale funzione del rapporto, contrastante con la volontà manifestata dalle parti e legittimante interventi riparatori o risarcitori consequenziali; nei contratti aleatori, invece, l’alea ha una valenza giuridica, in quanto voluta dalle parti e coerente con la funzione negoziale, avendo origine nella stipulazione, sicché è irrilevante l’eccessiva onerosità della prestazione⁵⁷³.

Attesa la diversità strutturale e funzionale tra la categoria generale dei contratti e la tipologia di quelli aleatori, non è configurabile nessuna antinomia tra le entità in raffronto e nessuna incompatibilità tra i contratti aleatori ed il principio dell’equilibrio economico.

Ad ulteriore chiarimento va precisato che il rischio in senso stretto è distinto dall’alea: il primo si concretizza nel pericolo, insito in ogni operazione economica, di un anomalo ed impreveduto pregiudizio connesso allo svolgimento della relazione negoziale; la seconda, attinente al profilo causale del contratto, funziona come criterio di distribuzione dei rischi inserito nello schema del negozio.

Si tratta di una distinzione importante al fine di stabilire le conseguenze giuridicamente rilevanti delle sopravvenienze fattuali, potendo o meno incidere, in ragione del *discrimen* qualitativo⁵⁷⁴, sull’equilibrio contrattuale e sul mantenimento del vincolo negoziale.

Nei contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti sono le stesse parti a ricorrere ad una fattispecie negoziale strutturalmente insensibile all’equilibrio economico delle prestazioni, ponendosi l’alea quale proiezione dell’autonomia privata; questa, tuttavia, nell’odierno sistema non ha una valenza superiore ed assoluta, ma deve essere contemperata con i valori costituzionali quali strumenti di integrazione del regolamento negoziale⁵⁷⁵.

572 v. FERRARI, *Il problema dell’alea contrattuale*, cit., p. 99-100, il quale afferma che “si può affermare che l’equilibrio contrattuale è il valore al quale va rapportato il problema dell’aleatorietà. Quanto maggiore e più intenso è lo spazio che l’ordinamento riconosce a tale valore corrispondentemente più compresso sarà l’ambito dell’aleatorietà e viceversa, in una sorta di proporzionalità inversa che consente di qualificare il rapporto in termini di conflitto. L’alea contrattuale è il fatto cui l’ordinamento consente effettività giuridica nella misura in cui delimita l’operare del valore dell’equilibrio nel singolo negozio”.

573 v. SCALFI, Voce “Alea”, in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 259-260, il quale rileva come “La rilevanza della natura aleatoria del contratto (tale per sua natura o per volontà delle parti) riposa nel fatto che i contraenti, consentendo l’alea, non possono pretendere il rimedio o della rescissione (art. 1448, 4° co., c. c.) oppure della risoluzione per eccessiva onerosità e della riduzione ad equità della prestazione (art. 1419 c. c.). Quanto alla rescissione il problema non si pone per l’ipotesi di contratto concluso a condizioni inique: l’aleatorietà escluderebbe l’iniquità. Quanto alla eccessiva onerosità, rispetto ai contratti con obbligazioni di una sola parte non applicabile è la riduzione ad equità (art. 1468 c. c.), mentre rispetto ai contratti a prestazioni corrispettive (si intende con esecuzione differita o continuata) non è applicabile la risoluzione (art. 1467 c. c.)”.

574 sul punto rileva FERRARI, *Il problema dell’alea contrattuale*, cit., p. 100 ss., che se l’inadempimento rientra nei rischi insiti in un’operazione commerciale è evidente che esso non possa ritenersi rilevante ai fini dell’equilibrio negoziale. Diversamente è a dirsi della “vincita” o della “perdita” nel gioco.

575 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 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. arbitrato*, 1999, p. 71 ss.; per una visione generale dell’integrazione del contratto mediante il concorso di molteplici fonti v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 1 ss.

Sono queste le considerazioni – attente alle circostanze concrete nelle quali viene a svolgersi l'operazione negoziale - che hanno indotto la dottrina a sostenere non già la persistenza, tra aleatorietà ed equilibrio contrattuale, di un rapporto di presenza/assenza, quanto, invece, di "proporzionalità invertita", nel senso che lo spazio dell'una riduce – ma non esclude – quello dell'altra.

Questa impostazione del fenomeno è valida anche al di là delle fattispecie contrattuali semplici, ossia nell'ambito dei negozi collegati, i quali, pur conservando una posizione di autonomia in ordine agli elementi strutturali, sono finalizzati alla realizzazione di "un risultato economico unitario e complesso"⁵⁷⁶.

Può, quindi, verificarsi che il collegamento di più contratti aleatori a parti invertite, neutralizzi l'alea, realizzando un risultato economicamente equilibrato⁵⁷⁷, così come "il collegamento fra contratti non aleatori potrebbe rivelarsi aleatorio"⁵⁷⁸.

È evidente come, nella ipotesi per ultimo prospettata, la valutazione dell'equilibrio contrattuale, ed in specie di quello economico, non possa essere individualizzata e riferita a ciascun singolo negozio, dovendo essere considerata globalmente sulla base dei rapporti proporzionali emergenti dall'intera operazione economica⁵⁷⁹.

Tali rilievi dimostrano la valenza dell'accennata teoria della "proporzionalità invertita" anche per i negozi collegati, poiché pur in presenza di un contratto di per sé aleatorio, l'incidenza dell'alea sull'equilibrio contrattuale deve essere valutata alla luce dell'assetto economico finale ed unitario a cui l'operazione tende, limitandosi proporzionalmente l'estensione dell'una per la presenza dell'altro.

2.1. La prospettiva liberal-volontarista: la corretta formazione del consenso quale presupposto della giustizia dell'accordo. L'irrelevanza del contenuto economico del contratto.

L'ideologia liberale, sottesa al sistema normativo emergente dalle principali codificazioni delle leggi civili, si è tradotta, nel contesto giuridico-economico, nel pieno riconoscimento

576 v. Ferrari, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001, p. 100 ss.

577 v. Cass. civ., Sez. II, sentenza 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Giur. It.*, 1999, p. 2264, in cui si afferma che "Costituisce contratto di mantenimento, contratto atipico ed aleatorio, l'accordo in forza del quale una parte si obbliga, in corrispettivo del trasferimento della proprietà di un bene, a prestare al cedente mantenimento ed assistenza morale e materiale per tutta la durata della vita di costui. E' nullo per mancanza di causa l'accordo, successivo ad un primo contratto di mantenimento, con cui le stesse parti pongono a carico del cedente una prestazione ulteriore, mantenendo invariato il corrispettivo, consistente nella prestazione assistenziale già dovuta in seguito al primo contratto di mantenimento".

578 v. sul punto FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, cit., p. 115-117, il quale rileva come "ogni qual volta è potenzialmente ravvisabile un collegamento negoziale, il giudice non può limitarsi ad esaminare il singolo contratto impugnato, ma deve verificare se l'equilibrio economico complessivo sia stato garantito attraverso più negozi teleologicamente collegato. Il collegamento negoziale, dunque, è caratterizzato da un proprio equilibrio che prescinde da quello interno ai singoli contratti. È un equilibrio che pertiene alla fattispecie contrattuale complessa e quindi al rapporto fra i soggetti che hanno voluto regolare i loro interessi e darvi un assetto attraverso più contratti collegati. Vale per esso il riconoscimento di valore tutelabile che si è constatato sussistere per l'equilibrio contrattuale del singolo negozio e pertanto, senza conclusioni apodittiche, può essere assunto come banco di prova e verifica del teorema dell'alea". L'A. sottolinea, quindi, come se "il collegamento negoziale fra contratti aleatori può escludere l'aleatorietà, ciò non di meno un contratto aleatorio inserito nel collegamento negoziale può addirittura fungere da riequilibratore garantendo la causa di scambio e non aleatoria della fattispecie complessa. Ciò significa che funzione e struttura del collegamento negoziale sono indipendenti da funzione e struttura dei singoli negozi collegati e viceversa".

579 cfr. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista.*, Napoli, 2001; GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, cit., p. 424 ss.; DELL'AQUILA, *L'adeguatezza tra i vantaggi nei contratti onerosi*, in *Studi senesi*, XCI, 1979.

dell'autonomia privata come fattore creativo delle operazioni negoziali ed, al tempo stesso, quale criterio di disciplina del mercato⁵⁸⁰.

Coerentemente con tale orientamento, lo Stato si limita a porre, nel settore dei rapporti intersoggettivi, regole strumentali al corretto esercizio della libertà contrattuale, senza incidere sull'assetto sostanziale degli interessi, come convenuto dalle parti private.

Siffatto impianto ideologico trova riscontro nell'art. 1322 c. c., che definisce il concetto sostanziale di autonomia contrattuale, riconoscendo ai privati la libertà di determinare il contenuto del contratto nel rispetto dei limiti stabiliti dalla legge⁵⁸¹.

Un temperamento di tale principio si riscontra nel comma secondo della norma in esame – che subisce l'influenza del pensiero corporativista –, la quale ammette la conclusione di contratti "atipici", sottoposti ad una disciplina particolare, purché volti al perseguimento di interessi meritevoli⁵⁸².

Secondo tale impostazione, la regolazione del mercato è demandata ai processi concorrenziali che si instaurano tra i soggetti che in esso operano – mediante il reciproco e spontaneo contemperamento degli opposti interessi patrimoniali –, che dovrebbero condurre al raggiungimento di un assetto equilibrato, rispondente a canoni di giustizia, almeno dal punto di vista formale⁵⁸³.

L'intervento autoritativo dello Stato nel contesto dei rapporti socio-economici è, quindi, ridotto al minimo e circoscritto ad un ruolo di definizione esterna dei limiti entro i quali può liberamente estrinsecarsi l'autonomia privata.

Al riguardo è stato sottolineato come una siffatta ricostruzione si concretizzi nella tesi secondo cui "la piena libertà di ognuno di agire in vista del massimo utile ed in competizione con tutti e, contemporaneamente, l'*uguaglianza* di tutti gli operatori economici sul mercato" costituirebbero la "premessa" e la "garanzia" primaria "della congruità e adeguatezza sia dei prezzi negoziali [...] sia dei prezzi di mercato"⁵⁸⁴.

580 v. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 1 ss.; DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 56 ss.; ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 54 ss.

581 v. DISTASO, *I principi giuridici fondamentali del sistema contrattuale. La libertà contrattuale e i suoi limiti*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1980, p. 39 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 9 ss.; PUGLIATTI, Voce "Autonomia privata", in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 368 ss.

582 v. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 423 ss.; GUARNERI, Voce "Meritevolezza dell'interesse", cit., 326; GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 1979, p. 52 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 199 ss.; CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sulla autonomia privata*, cit., p. 178 ss.; FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 324 ss.

583 cfr. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XXVI, Torino, 2000, p. 704 ss.; GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. com.*, 1999, p. 10 ss.

584 v. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 8-9, la quale rileva come "il sistema di principi elaborato dagli economisti classici si caratterizza non solo e non tanto per le sue scelte non interventiste in materia di economia e di prezzi, quanto per aver collegato tali scelte al rispetto di valori e di regole di comportamento (libertà e uguaglianza), destinate a far sì che i contratti, ed il sistema economico complessivo, si assestassero secondo principi di equilibrio e di giustizia, garantendo contemporaneamente ad ognuno l'opportunità di promuovere i suoi talenti e di migliorare le sue condizioni. Secondo tali principi, "la piena libertà di ognuno di agire in vista del massimo utile ed in competizione con tutti e, contemporaneamente, l'*uguaglianza* di tutti gli operatori economici sul mercato, sono premessa e garanzia della congruità e adeguatezza sia dei prezzi negoziali (o *soggettivi*, cioè convenuti nel singolo contratto) sia dei prezzi di mercato (od *oggettivi*)". Quanto ai primi, è noto il c. d. paradosso dello scambio, per cui – in ragione della libera scelta – ognuna delle parti in tanto si risolve a scambiare, in quanto la prestazione che riceve rivesta, dal suo punto di vista, un valore non uguale, ma superiore a quello della prestazione a cui rinuncia. Condizione imprescindibile dello scambio – osservano gli economisti – è che, per ognuna delle parti, l'utilità marginale di ciò che riceve sia non uguale, ma superiore all'utilità marginale a cui rinuncia. Ed anzi, lo scambio è tanto più agevole quanto maggiore è il divario fra le rispettive utilità marginali. Ne consegue che i prezzi liberamente contrattati ed accettati non possano risultare lesivi per alcuno, ché anzi

Da ciò ne deriva l’intangibilità del regolamento negoziale convenuto dalle parti, in quanto risultato dell’incontro delle loro volontà, e conseguentemente rispondente all’utilità soggettiva a cui le stesse tendono attraverso l’operazione contrattuale conclusa.

Questo principio riproduce la nota formula “*qui dit contractuel, dit juste*”⁵⁸⁵, in virtù della quale il corretto esercizio dell’autonomia privata non può che realizzare un risultato corrispondente a giustizia.

È il corretto esercizio dell’autonomia privata a garantire l’equità del contratto⁵⁸⁶, risultando superfluo ogni riferimento ai rapporti di proporzione economica tra le prestazioni convenute⁵⁸⁷.

Il contesto delle disposizioni dei codici illuministi riconosce, quindi, il valore dell’autonomia privata, quale espressione del supremo principio di libertà dell’individuo, prevalente nella sua essenza nei confronti degli interessi dello Stato. È evidente che, in quest’ordine di idee, l’atto di autonomia è sostanzialmente “privato” e lo Stato può soltanto definire criteri di controllo esterni, volti a garantire che il “negozio” sia corrispondente alla reale autoregolamentazione di interessi voluta dai privati - da ciò deriva, quindi, l’“intangibilità” del contenuto del contratto che “ha forza di legge” tra le parti – determinandone per contro la caducazione nell’ipotesi in cui lo stesso sia il risultato di un procedimento formativo viziato dall’intervento di fattori perturbatori della genuinità del consenso⁵⁸⁸.

In questo senso trova una compiuta giustificazione di sistema la disciplina dei vizi della volontà (errore, violenza e dolo), dell’incapacità di agire e dell’approfittamento dello stato di bisogno di una parte al fine di conseguire un vantaggio sproporzionato dalla negoziazione (rescissione per lesione e usura), in quanto istituti volti essenzialmente a tutelare l’uguaglianza dei soggetti del mercato e la piena libertà decisionale degli stessi nell’ambito delle contrattazioni, ritenuti i presupposti indefettibili per assicurare la giustizia dell’operazione economica⁵⁸⁹.

ognuna delle parti <<guadagna>> dallo scambio, in quanto ottiene qualcosa che – dal suo punto di vista – vale più di quanto valga ciò di cui si priva. L’uguaglianza di trattamento fra i contraenti consente poi di escludere ogni forma di abuso o di prevaricazione, poiché l’aspirazione al profitto dell’uno trova un limite nell’eguale aspirazione dell’altro e nella necessità del consenso di tutti, per attuare lo scambio”.

585 v. FOUILLÉ, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1884, p. 410; GHESTIN, *Le contrat*, in *Traité de droit civil*, II, *Les obligations*, II, Paris, 1988, p. 20

586 v. ROPPO, Voce “Contratto”, in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2006 rist., p. 135-136, il quale afferma che “nessuna delle regole concernenti il controllo di funzionalità del contratto è diretta a controllare istituzionalmente l’adeguatezza del rapporto tra le prestazioni, a valutare se ciò che una parte ha dato o promesso è adeguatamente remunerato da ciò che dall’altra parte a lei si è dato o promesso: a garantire insomma l’equità dello scambio, il rispetto dei principi di giustizia commutativa. Le parti sono libere, in linea di principio, di fissare come credono le ragioni di scambio dei loro contratti: ciascuna parte è libera di dare 10 in cambio di 1, l’ordinamento giuridico non interviene a correggere questa <<iniqua>> proporzione, ma rispetta le autonome scelte degli operatori – nella stessa misura in cui rispetta la libertà delle decisioni di mercato. L’ordinamento giuridico interviene solo a controllare il quadro esterno delle circostanze entro cui quelle scelte e quelle decisioni – quali che siano – sono state assunte e devono essere portate ad esecuzione; e reagisce solo nell’ipotesi che quelle scelte e decisioni siano state prese sulla base di elementi tali da perturbare gravemente le valutazioni di convenienza dell’operatore, ovvero debbano essere portate ad esecuzione in presenza di circostanze sopravvenute, che incidono su di esse in modo così profondo, da privarle di senso e di ragione economica”; CIRSCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 272 ss.

587 cfr. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, Napoli, 2009, p. 9 ss; VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit. 1 ss.; LANZILLO – RICCIO, *Della rescissione del contratto (artt. 1447-1452)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2005, p. 1; BENEDETTI, *La rescissione nell’orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in *Riv. trim.*, 2007, p. 15 ss.

588 v. BARBERO, *Rilevanza della volontà del negozio*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940; v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 54 ss.; v. anche STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. IX.

589 cfr. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Commentario al Codice civile* diretto da Schelinger, Milano, 2000; SESTA, *La rescissione del contratto*, in *I contratti in generale*, IV, *Giur. sist. civ. comm.* diretta da Bigiavi, Torino, 1990, p. 809 ss.; CARRESI, Voce “Rescissione” (*diritto civile*), in *Enc. giur. Trec.*, XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.; MIRABELLI, Voce “Rescissione” (*diritto civile*), in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 579 ss.

2. *Il ruolo della rescissione del contratto quale rimedio ad una menomazione volitiva della parte, nella prospettazione del codice civile.*

La giustizia dello scambio corrispettivo disposto col contratto, nell'originaria prospettiva codicistica, è connessa alla genuina formazione del consenso in ordine alla stipulazione del negozio ed al corretto assetto degli interessi tutelati.

I mezzi giuridici per il conseguimento di queste finalità sono le azioni poste a garanzia della libertà e autenticità del consenso, nonché l'azione di rescissione *ex artt.* 1447-1448 c. c., riconducibile nell'ambito degli strumenti volti a garantire la rispondenza del regolamento negoziale all'"effettiva" volontà delle parti contraenti.

Tale impostazione trova un diretto riscontro nel processo di codificazione ottocentesco, in cui l'adozione della prospettiva liberal-individualista - improntata al dogma dell'autonomia privata ed alla conseguente intangibilità esterna (cioè da parte dei pubblici poteri) del regolamento negoziale, funzionale alla certezza del diritto ed alla stabilità dei traffici commerciali - aveva condotto a negare ogni rilevanza al contenuto economico del contratto⁵⁹⁰.

Il rapporto di proporzionalità tra le prestazioni era rimesso alla libera scelta delle parti e, successivamente alla stipula del negozio era ricondotto alla rigida osservanza della regola del *pacta sunt servanda*.

Il *Code civil* francese aderiva a questa impostazione ideologica di base, negando una rilevanza autonoma, con riferimento alla validità del contratto, al contenuto economico dell'accordo, di per sé indifferente in ordine alle sorti del rapporto⁵⁹¹.

La prova concreta di ciò era ravvisabile nella disciplina dell'azione di rescissione, in cui l'elemento della lesione, ossia dello squilibrio tra la consistenza quantitativa delle prestazioni dedotte dalle parti, non era di per sé sufficiente a determinare l'esperimento del rimedio giuridico, richiedendosi a tal fine il ricorso del requisito soggettivo dell'approffittamento dell'altrui stato di bisogno⁵⁹².

In questo senso, quindi, si trattava di uno strumento predisposto alla tutela della genuinità del procedimento formativo del consenso dei contraenti, atteso che la situazione di "bisogno economico" avrebbe potuto incidere sulla libertà di autodeterminazione della parte di

590 cfr. DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, cit., p. 48 ss.; GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, cit., p. 454 ss.; con riferimento a tale orientamento rileva CIRSCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 273, che "L'economia di mercato [...] avrebbe preteso che la distribuzione dei rischi non avvenisse in modo diverso da quello convenuto; avrebbe chiesto certezza e stabilità di rapporti; avrebbe dovuto comportare il libero gioco della corrispettività, corrispettività che non potrebbe essere alterata – se non in presenza di circostanze eccezionali ed abnormi – dall'intervento del giudice".

591 v. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 64, la quale rileva come "Il legislatore francese ha poi dettagliatamente disciplinato i requisiti per la valida espressione dell'accordo fra le parti e le impugnative per i vizi della volontà: impugnative che rappresentano i soli istituti di applicazione generale, che indirettamente si prestano ad offrire un rimedio contro i contratti sperequati. Vi si prestano solo indirettamente, in quanto il loro scopo immediato è quello di garantire la libertà di scegliere se concludere o non concludere: non l'interesse a concludere a condizioni eque. Ed infatti, le azioni di annullamento non presuppongono l'esistenza o la prova della lesione".

592 v. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 45, il quale, sempre con riferimento alla legislazione francese, afferma che "Nella codificazione napoleonica emerge [...] una concezione che – seppure aperta alla teoria della causa quale elemento essenziale del contratto (art. 1108 Code civ.) attraverso il quale "misurare" la liceità dello scambio per mezzo di parametri derivanti dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume – non consente l'estensione di tale controllo rispetto all'aspetto causale dell'equivalenza tra le prestazioni dei contraenti, che, piuttosto, sono concepite come argomento di indagine relativo allo stato soggettivo della parte, cioè alla libertà del consenso manifestato: nonostante il mancato riferimento al consenso viziato ed all'abuso, <<si può tranquillamente affermare che l'esperienza francese resti legata alla concezione della lesione come *dolus in re ipsa*>>, inteso come menomazione volitiva, in perfetta armonia con l'originaria ispirazione giustiniana".

addivenire alla stipulazione del contratto, dando luogo nella sostanza ad una situazione di minorità volitiva⁵⁹³.

Un simile atteggiamento di indifferenza in ordine al ruolo dell'equilibrio economico del contratto è rinvenibile nel codice civile italiano del 1865, la cui stretta aderenza al modello francese ed alla sua impostazione ideologica di base, ha condotto a negare che i rapporti di proporzione oggettiva tra le prestazioni negoziali potessero avere una rilevanza diretta sulla validità e stabilità dell'accordo, come desumibile dalla disciplina dell'azione di rescissione, non avente carattere generale – in quanto limitata alla sola vendita immobiliare – e subordinata al ricorso di elementi ulteriori – quale l'approfittamento dello stato di bisogno dell'altra parte – rispetto al solo squilibrio quantitativo tra le prestazioni⁵⁹⁴.

Tale assetto regolamentare rappresenta il risultato positivo del sostrato ideologico liberale su cui sono stati costruiti i codici ottocenteschi, secondo cui la definizione del regolamento negoziale era riservata all'autonomia privata, non potendosi conseguentemente sindacare le scelte che le parti avevano realizzato in ordine al profilo economico del contratto, purché questo fosse genuina espressione della loro volontà effettiva⁵⁹⁵.

Un parziale mutamento del sistema appena descritto si è avuto con la promulgazione del codice civile del 1942, che ha elevato l'azione di rescissione a rimedio generale, per far fronte ai casi in cui una parte avesse realizzato un profitto eccessivo approfittando dello stato di minorazione volitiva dell'altra, dovuto ad una situazione di pericolo ovvero di difficoltà economica⁵⁹⁶.

Le ragioni di tale innovazione – che comunque è coerente con la precedente impostazione, richiedendo comunque il ricorso di un elemento soggettivo capace di incidere sulla libertà di autodeterminazione di uno dei contraenti – sono da ascrivere all'influenza che l'ideologia social-corporativista ha avuto sul nuovo testo normativo, in quanto, subordinando l'interesse privato all'utilità sociale, non poteva non attribuire una certa rilevanza ai rapporti di proporzionalità intercorrenti tra le prestazioni dedotte nel contratto, poiché la diffusione di scambi oggettivamente sperequati avrebbe potuto pregiudicare l'interesse generale allo

593 La giurisprudenza di legittimità ancora in tempi recenti riconnette l'azione di rescissione ad una menomazione volitiva, come si evince da Cass. civ., Sez. II, sentenza 27 gennaio 1990, n. 531, in *Giur. it.*, nella quale si afferma che "Ad integrare il requisito dello stato di bisogno richiesto dall'art. 1448 c. c. per la rescissione del contratto, è necessario che le difficoltà economiche oltre che obiettive, siano tali da agire, con rapporto di causa ad effetto, sulla libertà di contrattazione del soggetto e da indurlo a vendere il bene a prezzo non adeguato al suo valore, non essendo possibile desumere automaticamente detto requisito dalla situazione di difficoltà economica propria di chi stipula un contratto di cessione di bene ai creditori"; in dottrina v. RIZZO, *Sulla nozione di "stato di bisogno" nella rescissione per lesione*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 166 ss.; MINERVINI, *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 764 ss.; SCHIAVONE, *Approfittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004, p. 1 ss.; MAZZA, *L'azione generale di rescissione per lesione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 969 ss.

594 La norma di riferimento era l'art. 1529 c. c. del 1865, il quale stabiliva che "Il venditore che è stato leso oltre la metà del giusto prezzo di un immobile, ha il diritto di chiedere la rescissione della vendita, ancorché nel contratto avesse rinunciato espressamente alla facoltà di domandare una tale rescissione, ed avesse dichiarato di donare il di più del valore"; nella dottrina dell'epoca critico sulla razionalità della norma alla luce dei principi generali dell'ordinamento era PRECERUTTI, *La rescissione della vendita per causa di lesione*, in *Arch. giur.*, 1869, p. 236; cfr. anche GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, cit., p. 442, il quale rileva come "affermare il principio dell'equivalenza oggettiva fra le prestazioni significherebbe sacrificare l'autonomia privata, mentre è proprio a tutela dell'autonomia privata che sono stati introdotti gli istituti rescissorio e risolutorio".

595 cfr. CARRESI, *La fattispecie dell'azione di rescissione*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, Padova, 1965, p. 115 ss.; ORRÙ, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997, p. 1 ss.

596 Al riguardo insiste sul collegamento tra effettiva volontà e lesione, a discapito della rilevanza del solo squilibrio oggettivo, MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, cit., p. 274, il quale sottolinea come "il legislatore del '42 ha rinunciato a qualunque principio di equivalenza che non sia puramente soggettiva, lasciando dunque alla libera determinazione delle parti la valutazione del rapporto tra le prestazioni, ciò che conta è che le parti siano d'accordo nel considerare una prestazione come corrispettiva dell'altra".

sviluppo equilibrato dell'economia nazionale⁵⁹⁷, affidato alla intensificazione dei traffici commerciali ed alla "centralità" del contratto nelle dinamiche giuridiche.

Deve, quindi, negarsi che l'innovazione rispondesse ad un principio solidaristico, riflesso nell'ideale di giustizia sostanziale nelle relazioni intersoggettive, atteso l'indirizzo politico-giuridico di natura "sociale" e "corporativa" seguito dal governo del Paese, improntato su una dimensione "collettiva" – nella quale veniva fondato anche il giudizio di meritevolezza sulle singole operazioni negoziali – e non già "personalistica", come è, invece, accaduto con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

Del resto questo assunto sembra emergere anche nella Relazione n. 656 del Guardasigilli al codice civile, nella quale si afferma che, pur dovendosi riconoscere 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 [...] una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'equità o la proporzione delle prestazioni in esso dedotte, sarebbe stata, non soltanto esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni; tanto più 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".

Le condizioni prescritte per l'esercizio dell'azione di rescissione hanno notevolmente ristretto le prospettive applicative dell'equilibrio patrimoniale delle prestazioni, con la conseguenza di renderlo, "sostanzialmente" irrilevante⁵⁹⁸.

Nel contesto positivo, emerge piuttosto la preoccupazione del legislatore di addivenire ad un apparente equilibrio normativo, favorendo la realizzazione di un'equa o quantomeno consapevole ripartizione degli obblighi tra le parti.

In dottrina si è a lungo dibattuto in ordine alla natura dell'azione di rescissione, sviluppandosi orientamenti divergenti sul punto.

Si sono, infatti, avvicinate le tesi tendenti a ritenere che l'azione in esame costituisca un rimedio apprestato al fine di far fronte ad uno squilibrio parziale della causa. Al riguardo si è sostenuto che il legame sinallagmatico esistente nei contratti a prestazioni corrispettive, richiederebbe che il sacrificio patrimoniale di una delle parti trovasse la propria giustificazione causale in quello dell'altra secondo un criterio di adeguatezza, idoneo a realizzare una

597 v. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 73 ss; SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 68 ss.; VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, cit. 12 ss.

598 v. D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, p. 22-23, il quale rileva che "possa notarsi come l'art. 1448 faccia riferimento esplicito ad uno squilibrio originario fra le prestazioni. Dal che potrebbe inferirsi l'esistenza di un principio d'equità cioè di equilibrio sinallagmatico di tipo oggettivo la cui violazione sarebbe punto sanzionata con la rescissione, salva beninteso la realizzazione dell'equità tramite la *reductio*. Anzi proprio la possibilità di evitare la rescissione attraverso la *reductio* sarebbe la riprova della *ratio* dell'istituto ravvisata dunque nel principio di adeguatezza o di equilibrio caratterizzante i contratti con prestazioni corrispettive". Tuttavia, l'A. sottolinea come "L'attenta lettura del disposto normativo ci allontana [...] da tale impostazione. La sproporzione *ultra dimidium* non è che l'elemento di una fattispecie complessa inidonea come tale (*ex se*) ad azionare il meccanismo normativo. Non è sufficiente, a norma dell'art. 1448, uno squilibrio economico del contratto ma occorre la ricorrenza di uno stato di bisogno del quale la controparte abbia approfittato per trarne vantaggio. Tra detti elementi non v'è rapporto di alternatività, né di subordinazione, proprietà o precedenza"; in termini coincidenti si è pronunciata anche la giurisprudenza: v. sul punto Cass. civ., Sez. II, sentenza 5 settembre 1991, n. 9374, in *Giur. it.*, 1992, I, c. 861, in cui si afferma che "L'azione generale di rescissione per lesione prevista dall'art. 1448 c. c., richiede la simultanea ricorrenza di tre requisiti e cioè l'eccedenza di oltre la metà della prestazione rispetto alla controprestazione, l'esistenza di uno stato di bisogno, inteso non come assoluta indigenza ma come una situazione di difficoltà economica che incide sulla libera determinazione a contrattare e funzioni cioè come motivo della accettazione della sproporzione fra le prestazioni da parte del contraente danneggiato ed, infine, l'aver il contraente avvantaggiato tratto profitto dall'altrui stato di bisogno del quale era consapevole. Fra i tre elementi predetti non intercede alcun rapporto di subordinazione od alcun ordine di priorità o precedenza, per cui riscontrata la mancanza o la mancata dimostrazione dell'esistenza di uno dei tre elementi, diviene superflua l'indagine circa la sussistenza degli altri due e l'azione di rescissione deve essere senz'altro respinta".

situazione di equilibrio tra le due posizioni patrimoniali. Conseguentemente, la lesione – seppur integrata dall'elemento soggettivo – vizierebbe geneticamente la causa del negozio⁵⁹⁹. Tuttavia, tale prospettazione incontrerebbe il limite sanzionatorio della nullità, incompatibile col disposto normativo che riconosce l'ammissibilità della *reductio ad equitatem*, salvando, a condizioni differenti, l'operazione originariamente viziata sul piano causale.

Un altro orientamento ha, invece, collocato la rescissione nell'area dei rimedi predisposti dall'ordinamento al fine di far fronte ad un illecito, integrato dall'approfittamento dello stato di minorazione volitiva⁶⁰⁰ (determinato dalla situazione di pericolo o di bisogno) di una parte, come tale lesivo dei doveri di buona fede e correttezza contrattuale, eventualmente riletti in chiave solidaristica e costituzionale. Siffatto inquadramento, le cui conseguenze logiche condurrebbero alla nullità del negozio per illiceità, non sembra rispecchiare le reali intenzioni del legislatore del 1942, atteso che la disciplina codicistica, prevedendo la riconduzione ad equità del contratto rescindibile e, quindi, la sua conservazione, ne esclude implicitamente l'illiceità⁶⁰¹. Infatti, a questa deve necessariamente far fronte, ai sensi dell'art. 1418 c. c., la sanzione della nullità, che non ammette sanatorie. Inoltre, mentre la nullità è imprescrittibile, l'azione di rescissione incontra il termine annuale di prescrizione decorrente dalla conclusione del contratto (art. 1449 c. c.).

Sembra, invece, pertinente alla concezione ideologica sottesa al codice civile l'inquadramento dell'istituto in esame nel contesto dei rimedi predisposti a tutela della genuinità del consenso espresso dalle parti nel contratto⁶⁰². A tale conclusione tendono i rilievi secondo cui l'azione *de qua* non è esercitabile in assenza del requisito soggettivo dello stato di pericolo ovvero dell'approfittamento dello stato di bisogno ed è del resto, compatibile con il complessivo sistema normativo che non attribuisce rilevanza diretta alla sola sproporzione tra le prestazioni.

599 v. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002 rist., p. 184, il quale rileva come "Può darsi che la causa manchi solo in parte, cioè sia viziata dall'origine o successivamente. Il vizio originario consiste in una sproporzione degli interessi sacrificati dalle parti col contratto. La legge reprime questa sproporzione, non riscontrabile nei contratti aleatori, quando una delle parti abbia approfittato, in mala fede, dello stato di pericolo o di bisogno dell'altra. il vizio causale originario della sproporzione, rispetto al quale operano come presupposto le altre circostanze, dà luogo nei casi e modi indicati dalla legge, alla rescissione del contratto (art. 1447 ss.)"; per una visione istituzionale v. Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, p. 208, secondo cui "A rigore perché la causa debba ritenersi in parte mancante basterebbe che le due prestazioni non siano equivalenti: ma, per la sicurezza delle contrattazioni, la legge attribuisce rilevanza al difetto di causa solo se lo squilibrio tra la prestazione di una parte e il corrispettivo assuma proporzioni inique (contratto concluso in istato di pericolo, art. 1447 cod. civ.) o notevoli (oltre la metà: azione generale di rescissione per lesione, art. 1448 cod. civ.).

600 cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 683, il quale rileva come "può dirsi che l'istituto della rescissione sanziona l'abusivo approfittamento di chi si trova in una situazione di anomala e pregiudizievole alterazione della libertà negoziale. La rescindibilità esprime sul piano giuridico una valutazione socialmente negativa in ordine a tale approfittamento"; v. anche COMPORTI, *Fondamento e natura della rescissione*, in *Studi senesi*, 1956-1957, p. 7; SCHERILLO, *Contratti in genere*, Milano, 1966, p. 59.

601 Per i lineamenti generali dell'istituto in esame v. anche CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1960, p. 227 ss.; SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano, 1960, p. 67 ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, p. 67.

602 v. MIRABELLI, Voce "Rescissione (diritto civile)", in *Noviss. Dig.*, 1968, p. 583, il quale afferma che "l'istituto previsto nell'art. 1447 C. Civ. si pone come un'altra delle ipotesi di rilevanza dello stato di necessità nel diritto privato", così da integrare "una nuova figura di vizio del consenso, la cui rilevanza è limitata all'esistenza di un obiettivo pregiudizio"; ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p. 44 ss.; MONTEL, *Della rescissione del contratto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di D'Amelio e Finzi, I, Firenze, 1948, p. 758 ss.

3.1. *L'annullabilità del contratto per incapacità naturale*

L'irrelevanza giuridica del solo squilibrio economico del negozio giuridico emerge anche dall'analisi della disciplina riferita agli atti e ai contratti conclusi da persona in stato di incapacità naturale.

L'art. 428 c. c. – a cui rinvia l'art. 1425 c. c. –, stabilisce che l'atto compiuto da un soggetto che si trovi nella menzionata condizione, possa essere annullato "se ne risulta un grave pregiudizio" per lo stesso e sempre che vi sia la malafede dell'altro contraente⁶⁰³.

Tale disposizione rende evidente che l'eventuale pregiudizio economico non rileva di per sé, ma solo ed in quanto sia subito da un soggetto la cui volontà risulti menomata e sia stato determinato dal comportamento malizioso della controparte⁶⁰⁴.

Qualora, invece, al rapporto di proporzione quantitativa tra le prestazioni delle parti fosse riconosciuta valenza di requisito strutturale, è evidente che avrebbe una rilevanza immediata ed autonoma, estensibile in via generale a tutti i contratti a prestazioni corrispettive, indipendentemente dal ricorso di condizioni soggettive, atte a menomare la genuinità del processo volitivo della parte.

Anche in questo caso, quindi, la tutela dell'equilibrio contrattuale viene riportata alla necessità di preservare l'uguaglianza e le pari opportunità dei soggetti contraenti al momento della conclusione del contratto⁶⁰⁵.

3.2. *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta. La revisione del prezzo nell'appalto.*

Nel delineato quadro secondo cui la sproporzione economica tra le prestazioni è irrilevante se oggetto della libera volizione delle parti, si pongono altri istituti privatistici contemplati nel codice civile, i quali si limitano a tutelare l'equilibrio contrattuale in quanto espressione del consenso originariamente manifestato sull'assetto di interessi convenuto al momento della stipula del negozio⁶⁰⁶.

Al riguardo sono rilevanti la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 e segg. c. c.)⁶⁰⁷ e la revisione dei prezzi nel contratto di appalto (art. 1664 c. c.)⁶⁰⁸.

603 v. GALLO, *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010, p. 1781-1782, il quale in considerazione del fatto che "in materia di incapacità naturale, ai fini dell'annullamento degli atti non è sufficiente la presenza di un vizio del consenso, ma si richiede altresì la presenza di un grave pregiudizio (art. 428, 1° co., c. c.)", ritiene che "si tratta [...] di un residuo storico del vecchio modello, tipico del diritto intermedio, in base al quale il vizio del consenso non rileva di per sé, ma solo in quanto dà adito ad un pregiudizio che in particolare come precisa l'art. 428, 1°, c. c. deve essere grave"; cfr. PIETROBON, *Gli atti ed i contratti dell'incapace naturale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 759 ss.

604 v. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 432, il quale facendo riferimento alla disciplina della incapacità naturale, precisa che onde poter addivenire ad una pronuncia di annullamento del negozio, è necessario che oltre allo squilibrio oggettivo tra le prestazioni, ricorra "una patologia del consenso, tale da porre su un piano di non parità volitiva gli stipulanti".

605 v. GIORGIANNI, *La cosiddetta incapacità naturale nel primo libro del nuovo cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 408 ss.

606 v. D. Russo, *Sull'equità dei contratti*, cit., p. 39, che sottolinea come "E' estranea al sistema del codice l'idea della "giustizia sostanziale" delle pattuizioni private, di un intervento paternalistico volto a stabilire un equilibrio contrattuale, poiché è rimesso alle parti, (formalmente) libere ed eguali, l'onere di tutelare i propri interessi".

607 v. OSILIA, *Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, p. 15 ss.; PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952; FISSOTI, *Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ed inadempimento della obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, p. 102 ss.; GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1998.

608 v. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979; TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983.

La risoluzione del contratto, come noto, attiene alla fase dinamica, ossia relativa al funzionamento del sinallagma negoziale nei rapporti a prestazioni corrispettive, laddove si verifichi un'alterazione rispetto alla regola della corrispettività, a differenza della rescissione, in cui i profili patologici sono riscontrabili nella fase genetica del rapporto⁶⁰⁹.

Tuttavia, mentre nel caso della risoluzione per inadempimento la corrispettività viene meno a seguito del comportamento illecito di una parte e nel caso dell'impossibilità sopravvenuta per l'inattuabilità naturalistica della stessa, nella ipotesi di risoluzione per eccessiva onerosità lo scioglimento del vincolo contrattuale - riferito ai soli contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita - è connesso alla circostanza che la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa a seguito del verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili (art. 1467, comma primo, c. c.), ed a condizione che la sopravvenuta onerosità non rientri nell'alea normale del contratto (art. 1467, comma secondo, c. c.)⁶¹⁰.

Dal testo normativo emerge chiaramente l'irrelevanza oggettiva dello squilibrio delle prestazioni, quale principio generale sotteso all'impianto codicistico, dal momento che l'utilizzabilità dell'istituto in esame - circoscritto ai contratti destinati ad esplicare i propri effetti nel tempo - è condizionata alla sopravvenienza di "avvenimenti straordinari e imprevedibili", come tali idonei a variare l'assetto di interessi originariamente convenuto dalle parti⁶¹¹.

Tale strumento mira esclusivamente a garantire il rapporto proporzionale inizialmente stabilito dai soggetti del rapporto, rispetto a fattori sopravvenuti che non potevano essere ragionevolmente previsti in sede di stipula del contratto, come si evince anche dal secondo comma del citato art. 1467 c. c., che esclude l'esperibilità dell'azione *de qua* qualora l'onerosità sopravvenuta rientri "nell'alea normale del contratto"⁶¹².

609 v. TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 515 e p. 518, secondo cui mentre la rescissione del contratto ricorre "per anomalie genetiche, cioè coeve alla conclusione del contratto: a) perché è stato concluso in istato di pericolo; b) per lesione", la risoluzione si configura per "anomalie nel funzionamento del sinallagma, quindi, per cause che si verificano dopo la conclusione: a) per inadempimento; b) per impossibilità sopravvenuta; c) per eccessiva onerosità".

610 Per i requisiti della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta v. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, cit., p. 179 ss., il quale a proposito degli eventi straordinari e imprevedibili afferma che "I due criteri [...] di regola non coincidono: la imprevedibilità è qualcosa di più della straordinarietà, nel senso che si tratterebbe di categoria più ampia in grado di ricomprendere, nelle fattispecie concrete, la straordinarietà ma non di esserne, a sua volta, ricompresa". L'A. precisa, infatti, che "Il criterio della straordinarietà è sicuramente di natura obbiettiva, rilevabile in base ad analisi quantitative di natura statistica, relative alla frequenza, alle dimensioni, all'intensità. Il criterio dell'imprevedibilità ha invece un carattere soggettivo, in quanto attiene alla fenomenologia della conoscenza, ma deve essere valutato secondo criteri obbiettivi, riferiti ad una normale capacità e diligenza media, avuto riguardo alle circostanze concrete del caso sussistenti al momento della conclusione del contratto, non essendo sufficiente l'astratta possibilità dell'accadimento". In merito al secondo comma della norma in commento, l'A. rileva (p. 165) come "Il requisito dell'alea normale del contratto è [...] un requisito autonomo seppure complementare alla straordinarietà ed imprevedibilità dell'evento, nel senso che l'imprevedibilità di un evento va commisurata all'alea che caratterizza quel dato tipo contrattuale".

611 v. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da Schelinger, Milano, 1995, p. 232, che sottolinea come "il conflitto tra dovere di adempimento e rilievo della sopravvenienza è solo apparente: i rimedi della onerosità sopravvenuta (risoluzione, riconduzione ad equità), rimuovendo o riequilibrando un rapporto profondamente modificatosi nel tempo, risultano pienamente funzionali all'attuazione dell'assetto di interessi consacrato nell'accordo".

612 v. Cass. civ., sentenza 13 luglio 1984, n. 4114, in *Mass. Giur. It.*, 1984, in cui si afferma che "L'eccessiva onerosità sopravvenuta che, ai sensi dell'art. 1467 c. c., giustifica la risoluzione dei contratti ad esecuzione differita, non è ravvisabile nella mera variazione del prezzo della cosa promessa in vendita, rientrando nella normale alea contrattuale, ma solo in quella che comporta una notevole alterazione del rapporto originario fra le prestazioni, determinando nel loro ambito una situazione di squilibrio dei rispettivi valori con aggravio che alteri l'iniziale rapporto di equivalenza, incidendo sul valore di una prestazione rispetto all'altra"; Cass. civ., Sez. II, sentenza 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Mass. Giur. It.*, 1989, in cui si afferma che "Agli effetti della risoluzione per eccessiva

La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità è volta, quindi, a tutelare il consenso delle parti formatosi sull'originario assetto di interessi, rispetto a fattori non prevedibili che ne alterino il rapporto di proporzionalità esistente al momento della conclusione del negozio: non sarebbe di per sé invalidante del contratto una sperequazione originaria voluta ed inserita nell'atto negoziale dalle parti⁶¹³.

A norma del terzo comma dell'art. 1467 c. c., è possibile comunque evitare lo scioglimento del contratto mediante la riduzione ad equità dello stesso, ad iniziativa della parte contro la quale è domandata la risoluzione⁶¹⁴.

La dottrina, del resto, è concorde nel ritenere che l'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta non consenta di apprezzare nel merito l'assetto di interessi originariamente convenuto dalle parti, dacché l'istituto in esame non mira a realizzare un risultato "giusto" dal punto di vista sostanziale ed economico, ma a sciogliere un vincolo non corrispondente alla iniziale volizione privata ovvero a ripristinare l'equilibrio negoziale, per mezzo della *reductio ad equitatem*, con ciò tutelando l'uguaglianza formale delle parti nelle negoziazioni⁶¹⁵.

Per quanto riguarda la revisione dei prezzi nell'appalto, l'art. 1664 c. c., dispone che "*qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera*", che abbiano determinato "*un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto*", l'appaltatore avrà diritto

onerosità di un contratto preliminare di vendita di appartamenti da costruirsi, il giudice del merito deve considerare comparativamente sia il valore degli immobili promessi in vendita (e non solo il relativo costo di costruzione) sia quello della prestazione corrispettiva, tenendo conto, a quest'ultimo riguardo, della svalutazione monetaria che - nell'arco di tempo previsto in contratto o successivamente, anche in via tacita, eventualmente prorogato dalle parti, per la stipulazione del contratto definitivo - abbia diminuito il valore intrinseco del prezzo ancora dovuto"; Cass. civ., Sez. II, sentenza 8 settembre 1998, n. 8857, in *Contr.*, 1998, 6, p. 599, in cui si afferma che "Con riguardo ai contratti con prestazioni corrispettive ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita, in cui la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa, il contenuto dell'offerta per riportare il contratto ad un giusto rapporto di scambio, a norma dell'art. 1467, comma ultimo, c.c., deve essere tale da uniformare il corrispettivo ancora dovuto ai valori di mercato del bene da trasferire, ovvero della parte del bene per il quale il corrispettivo non è stato versato. L'indagine del giudice per verificare l'idoneità dell'offerta ad eliminare lo squilibrio economico delle prestazioni deve essere condotta attenendosi a criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico e non a meri criteri equitativi"; in dottrina v. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, cit., p. 165-166 ss., il quale sottolinea come "Gli accadimenti straordinari ed imprevedibili non sempre comportano il superamento della normale alea contrattuale. Un mutamento dell'equilibrio originario dei valori tra prestazione e controprestazione, scaturito da eventi straordinari e imprevedibili, che provochi una situazione di eccessiva onerosità, può infatti risultare rientrate nell'alea normale di uno specifico tipo contrattuale". Sulla base di questa considerazione deve ritenersi che "L'alea normale [...] varia a seconda del tipo e del sottotipo contrattuale, e costituisce un problema di volontà. Non bisogna quindi prescindere dal contratto concreto, considerando anche gli elementi legislativamente atipici rispetto al tipo contrattuale".

613 v. D. Russo, *Sull'equità dei contratti*, cit., p. 40, il quale rileva come "il principio del *pacta sunt servanda* copre, allora, ciò che ha formato oggetto di previsione e ciò che era prevedibile ma non fu disciplinato; nel senso che la sopravvenienza dell'evento prevedibile non mina la doverosità della prestazione".

614 v. GALLO, Voce "*Eccessiva onerosità sopravvenuta*", in *Dig. it. - sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 241, il quale affronta la questione con riferimento al contenuto della offerta di riduzione ad equità anche in sede processuale, rilevando come sia dibattuto "se la proposta debba essere determinata, e se al giudice spetti un potere di modificarla. In giurisprudenza prevale l'opinione che la proposta deve essere determinata o determinabile e che al giudice spetta soltanto il potere di valutare se essa è oggettivamente idonea a ricondurre ad equità il regolamento contrattuale. A questi fini è però chiaro che l'offerta di riduzione ad equità deve eliminare l'onerosità eccessiva, ma non deve necessariamente essere tale da ristabilire l'equilibrio originario tra le prestazioni".

615 v. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 233, il quale, facendo riferimento all'azione di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, ne individua il fondamento funzionale espressivo della base ideologica sottesa al codice, rilevando come questo non sia diretto a realizzare il "recupero di operazioni contrattuali compromesse" ovvero ad esprimere "un potere modificativo del giudice diretto ad attuare astratti criteri di equilibrio dello scambio contrattuale, il che provocherebbe un appiattimento dell'operazione-contratto, privandola di ogni carattere di specificità e cioè del *proprium* della specifica operazione economica".

di chiedere una revisione del prezzo, che, tuttavia, potrà essere accordata “*solo per quella differenza che eccede il decimo*”⁶¹⁶.

Questa norma presenta un'identità di *ratio* – riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità⁶¹⁷ – rispetto alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, subordinando la revisione del prezzo al concorso di circostanze che non potevano essere ragionevolmente previste in sede di stipula del contratto e purché la differenza ecceda il limite stabilito dalla legge, che costituisce il confine all'interno del quale il mutamento di valore rientra nella normale alea insita in ogni operazione economica.

Anche in questa ipotesi, il legislatore vuole preservare gli equilibri economici convenuti in sede di stipula del contratto e modificatisi successivamente, indipendentemente dalla volizione della parti, senza introdurre una valutazione di merito in ordine alla loro “giusta” proporzionalità originaria⁶¹⁸.

3.3. *L'originaria configurazione del delitto di usura prima della riforma del 1996 ed il suo coordinamento con la normativa civilistica (art. 1815, comma secondo, c. c. ed art. 1448 c. c.). Il nuovo assetto disciplinare risultante dalla riforma del 1996.*

Un'ulteriore conferma dell'impianto ideologico sotteso all'intero ordinamento, derivava dalla disciplina penalistica dell'usura. Infatti, nonostante la riprovazione sociale del fenomeno,

616 v. GALLETTO, Voce “*Clausola rebus sic stantibus*”, in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 390 ss., il quale osserva come nell'ipotesi in esame “l'applicazione del rimedio tipico apprestato per correggere lo squilibrio del sinallagma contrattuale determinato dalla sopravvenienza comporterebbe risultati non soltanto più svantaggiosi per la parte onerata, ma incompatibili con il tendenziale riequilibrio dell'assetto contrattuale (da attuarsi eventualmente con il meccanismo delle restituzioni di cui all'art. 1458 c. c.) che ispira le norme in tema di sopravvenienza. È evidente allora la scelta di campo operata dal legislatore che nell'alternativa di risolvere il contratto, o tenerlo fermo, privilegia la seconda, perché l'appaltatore ha già compiuto (o sta compiendo) l'opera, peraltro, non contestata dal committente, e non vi è ragione di agevolare quest'ultimo dovendosi poi dare un nuovo assetto agli interessi in gioco (recupero del manufatto di sua parte, compimento dell'opera da parte di terzi)”; A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, cit., p. 111 ss.

617 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 5 febbraio 1987, n. 1123, in *Mass. Giur. It.*, 1987, in cui si afferma che “In tema di appalto, l'istituto della revisione dei prezzi è una particolare applicazione del più ampio istituto della eccessiva onerosità disciplinato dall'art. 1467 c. c., ai quali è comune il fondamento giuridico, rappresentato dal turbamento dell'equilibrio di valore tra le prestazioni, verificatosi in modo oggettivo e imprevedibile nel corso del rapporto contrattuale; la revisione ha, poi, la finalità particolare di ovviare alla risoluzione di un contratto come quello d'appalto, che, per la sua particolare natura, merita di essere mantenuto in vita, tanto nell'interesse particolare dei contraenti quanto in quello economico generale.”; v. anche Cass. civ., Sez. I, sentenza 3 novembre 1994, n. 9060, in *Contr.*, 1995, 2, p. 202, in cui si afferma che “L'art. 1664 c.c. costituisce la particolare applicazione al contratto di appalto del principio contenuto nell'art. 1467 c.c.; norma quest'ultima, che può ritenersi applicabile ad un contratto di appalto solo nell'ipotesi in cui l'onerosità sopravvenuta sia da attribuire a cause diverse da quelle previste nell'art. 1664, dovendo altrimenti la norma speciale prevalere sulla norma generale, in quanto disciplina specifica di un contratto commutativo con caratteristiche particolari”; si tratta di un aspetto che rileva in particolare modo dal punto di vista interpretativo: v. Cass. civ., sentenza 19 marzo 1980, n. 1818, in *Rass. Avv. Stato*, 1981, I, p. 410, in cui si afferma che “Gli istituti disciplinati dall'art. 1664 c. c., che correggono i rigori dell'alea contrattuale nell'appalto, riversando (anche) sul committente le conseguenze di determinate sopravvenienze, rivestono carattere eccezionale rispetto alla disciplina generale della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui all'art. 1467 c. c., e sono perciò insuscettibili di applicazione analogica ad eventi sopravvenuti diversi da quelli considerati dalla norma; è, peraltro, ammissibile l'interpretazione estensiva della norma che, nel 2° comma, prevede il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso per le difficoltà di esecuzione sopravvenute, derivanti da cause geologiche, idriche e <simili>, che rendano più onerosa la sua prestazione, nel senso che debbono ritenersi comprese nella previsione normativa tutte le difficoltà di esecuzione dipendenti da cause naturali, e cioè tutte quelle che presentano le stesse qualità e caratteristiche intrinseche delle precedenti, esplicitamente menzionate, ma non quelle provocate da sopravvenienze oggettive di tipo diverso che provochino effetti identici o analoghi, come il fatto del terzo e il *factum principis*, le quali possono rientrare nella disciplina generale dell'art. 1467 c. c.”

618 cfr. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 232 ss.; A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, cit., p. 111 ss.

la concezione liberale dell'autonomia privata - in cui era ammesso l'intervento dell'autorità solo a garanzia dell'uguaglianza dei contraenti e della libertà delle contrattazioni - portò alla mancata criminalizzazione del fenomeno nel codice penale del 1889, che non reprimeva le attività usuarie⁶¹⁹.

Il codice penale del 1930, all'art. 644 introdusse la figura del delitto di usura, mutando il precedente assetto disciplinare, pur senza incidere direttamente sulla piano delle conseguenze civilistiche.

Tuttavia, anche in questo caso non veniva ad essere presa in considerazione immediata la problematica della proporzionalità tra le prestazioni patrimoniali convenute dalle parti.

Infatti, la fattispecie criminosa, ai fini della sua ricorrenza, richiedeva la presenza simultanea di due elementi: uno soggettivo, rappresentato dall'approfittamento dello stato di bisogno in cui versava il soggetto passivo; uno oggettivo, costituito dalla sproporzione tra le prestazioni dedotte in contratto.

Per ciò che concerneva l'accertamento dello "stato di bisogno", l'orientamento prevalente optava per una nozione rigorosa, secondo cui questo avrebbe coinciso con una situazione di grave difficoltà economica, idonea a compromettere il soddisfacimento delle esigenze primarie della vittima, ed in quanto tale in grado di inficiarne la capacità di autodeterminazione, in ordine all'adesione ad un negozio contrassegnato da condizioni usuarie⁶²⁰.

Da tale assetto disciplinare emergeva una chiara impostazione ideologica di base che, in ossequio ai dogmi volontaristici del liberalismo borghese, non attribuiva rilevanza autonoma alla sproporzione oggettiva tra le prestazioni, ma reprimeva l'usura in quanto risultato dell'approfittamento dell'altrui stato di bisogno.

In questo senso, si deve condividere la tesi proposta in dottrina, secondo cui la fattispecie criminosa in esame, nell'intenzione del legislatore, non fosse tesa a reprimere la fissazione di interessi pecuniari ad un tasso eccessivo, ma a tutelare un soggetto, che a causa della sua condizione di debolezza volitiva dovuta ad uno stato di bisogno economico, fosse stato vittima di un abuso con finalità speculative da parte di un altro soggetto⁶²¹.

Una conferma di tale ricostruzione deriverebbe dal piano sistematico, in quanto il reato di usura è positizzato dal codice penale all'art. 644 c. p., ossia nella disposizione immediatamente successiva a quella repressiva della circonvenzione di incapace (art. 643 c. p.)⁶²².

619 cfr. CAIAZZO, *L'usura nella legislazione penale italiana*, Milano, 1935; LA PORTA, *La repressione dell'usura nel diritto penale italiano*, Milano, 1964.

620 Sul punto v. VIOLANTE, Voce "Usura" (*delitto di*), in *Noviss.Dig. it.*, Torino, 1957, p. 381 ss., il quale afferma che "Lo stato di bisogno è abitualmente inteso come condizione del soggetto passivo caratterizzata da una limitazione della sua volontà; si oscilla infatti tra la posizione di chi ritiene che sia tipico solo lo stato di bisogno che impedendo o limitando in misura notevole la libertà di scelta vizia il consenso e l'orientamento che più estensivamente interpreta l'espressione come significativa di un semplice stato di disagio che limita la libertà di scelta del soggetto passivo. Più recentemente si è sostenuto, ferma l'equazione bisogno-coercizione psichica, che costituirebbe stato di bisogno penalmente rilevante quello determinato da un male che il soggetto intende evitare. [...] La giurisprudenza segue uniformemente la linea che potrebbe definirsi volontaristica: ancora recentemente la Cassazione ha definito lo stato di bisogno come l'impellente assillo che, eliminando la volontà del soggetto, lo induca ad accettare la stipulazione del negozio usurario."

621 cfr. ALPA, *Usura: un problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 181 ss.; FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997; CARBONE, *Interessi usurari dopo la l. 108/1996*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 435 ss.; COLLURA, *La nuova legge dell'usura e l'art. 1815 c. c.*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 602 ss.; REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 771 ss.

622 v. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 488, il quale afferma che "Quando il codice penale del 1930 sanzionò l'usura, fu guidato dall'idea che soltanto la tutela del soggetto "debole" meritasse una sanzione; mentre la fissazione degli interessi, anche in misura smodata, era da considerarsi lecita, se frutto della libera determinazione delle parti. Da questa idea la collocazione del reato di usura accanto a quello di circonvenzione di incapace (art. 643 c. p.) nel capo dedicato ai delitti contro il patrimonio mediante frode, e la previsione nella fattispecie criminosa dell'estremo dell'approfittamento dello stato di bisogno. Il legislatore

All'usura civile era dedicato l'art. 1815, comma secondo, c. c. che, con riferimento al contratto di mutuo, stabiliva che qualora fossero stati pattuiti interessi ad un tasso usurario, la relativa clausola era da considerarsi nulla e gli interessi erano dovuti al tasso legale.

Tale norma, tuttavia, non definiva le modalità di accertamento del saggio usurario, rendendo necessario il rinvio all'art. 644 c. p., con la conseguenza che la fattispecie civile poteva configurarsi esclusivamente nei casi in cui il contratto integrasse gli estremi della figura criminosa.

Il fenomeno, in ambito privatistico, era regolamentato anche dall'art. 1448 c. c., concernente l'azione di rescissione per lesione, esperibile nel caso di sproporzione oggettiva tra le prestazioni, per cui l'una superasse almeno della metà il valore dell'altra, sul presupposto dell'approfittamento dell'altrui stato di bisogno⁶²³.

Al riguardo, si deve precisare che il rimedio rescissorio poteva coesistere con la previsione di cui all'art. 1815, comma secondo, c. c. relativo alla nullità parziale della clausola con la quale erano stati convenuti interessi usurari.

Infatti, il riferimento, nella fattispecie *ex art.* 1448 c. c., ad un limite-soglia indicante l'entità della sproporzione giuridicamente rilevante tra le prestazioni contrattuali e l'interpretazione dello stato di bisogno, in senso più elastico di quanto si praticava in relazione alla analoga nozione di cui all'art. 644 c. p., permettevano l'esperimento dell'azione di rescissione anche rispetto a rapporti negoziali non pecuniari, sulla base di un parametro oggettivo di quantificazione, che poteva essere anche inferiore a quello usurario, ed in casi in cui l'approfittamento era legato a semplici difficoltà finanziarie e non ad un vero e proprio "bisogno"⁶²⁴.

La validità di tale ricostruzione è stata confermata dal diritto vivente che ha ribadito la compatibilità tra la nullità della clausola usuraria di cui all'art. 1815 e l'azione di rescissione per lesione facendo leva sull'intensità dell'elemento psicologico del soggetto agente.

In particolar modo è stato affermato che nella fattispecie rescissoria il contraente avvantaggiato avrebbe "la semplice consapevolezza" di trarre dal contratto un'utilità economica sproporzionata, quale conseguenza "dello stato di bisogno della controparte"; mentre nel caso dell'usura vi sarebbe una intensità maggiore dell'intento pregiudizievole del soggetto attivo, attesa la sua determinazione a tenere "un comportamento diretto ad operare sulla determinazione della volontà del contraente bisognoso"⁶²⁵.

penale intendeva così tutelare "l'inferiorità psichica dovuta allo stato di bisogno", sanzionare solo quelle ipotesi che apparivano socialmente più dannose".

623 v. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 73 ss.; MAZZA, *L'azione generale di rescissione per lesione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 969 ss.; MINERVINI, *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 764 ss.; SCHIAVONE, *Approfittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004, p. 1 ss.; cfr. CARRESI, *La fattispecie dell'azione di rescissione*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, Padova, 1965, p. 115 ss.; ORRÙ, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997, p. 1 ss.

624 v., tuttavia, la Relazione del Guardasigilli al Codice civile, n. 658, in cui si afferma che "al codice penale quello civile si ricollega fino al punto di lasciar presumere che si sia voluto dare una precisazione dei presupposti civilistici della sanzione comminata nell'art. 644 [...]. È questa anzi la portata prevalente dell'azione generale introdotta con l'art. 1448, in quanto saranno rari i casi di permuta di immobili, contratti con reciproco scambio di prestazioni di fare) in cui l'azione stessa potrà operare al di fuori dell'ambito della norma penale".

625 v. Cass. civ., Sez. II, sentenza 22 gennaio 1997, n. 628, in *Mass. Giur. It.*, 1997, in cui si rileva che "Affinché un contratto, definitivo o anche preliminare, il quale importi il trasferimento di diritti o l'assunzione di obblighi verso un determinato corrispettivo in denaro, beni o servizi, possa essere considerato il mezzo in concreto utilizzato dall'agente per commettere il reato di cui all'art. 644, comma 1, c.p. facendosi dare o promettere, in corrispettivo di una somma di denaro o di altra cosa mobile interessi o vantaggi usurari, ed incorra quindi nella sanzione di nullità è necessario - a differenza della contigua ipotesi di rescindibilità del contratto per lesione - che il contraente avvantaggiato abbia tenuto un comportamento diretto ad incidere sulla determinazione della volontà contrattuale del soggetto passivo (ad es. provocando o sollecitando la formulazione di una proposta contrattuale particolarmente svantaggiosa per il proponente) non essendo sufficiente (diversamente dalla menzionata ipotesi di

La tutela dell'equilibrio economico del contratto e la rilevanza della sproporzione oggettiva tra le prestazioni delle parti hanno avuto un significativo, anche se parziale, riconoscimento con la riforma apportata alla disciplina dell'usura dalla Legge 7 marzo 1996, n. 108, che, sebbene ispirata prevalentemente al perseguimento di finalità criminalistiche, ha prodotto incidenze considerevoli anche nei rapporti civilistici, in quanto ha riformulato l'art. 644 del codice penale, ancorando l'accertamento dell'elemento oggettivo del reato a parametri prestabiliti e non richiedendo il requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno del soggetto passivo⁶²⁶.

Onde evitare l'aggiramento della disciplina repressiva mediante la diffusione di negoziazioni "sostanzialmente" usurarie in considerazione delle circostanze concrete, nel terzo comma della norma in esame sono definiti usurari gli interessi che, anche se inferiori al limite oggettivo dell'usura, sulla base delle modalità di realizzazione del fatto e del tasso medio praticato per operazioni similari, risultino essere comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria⁶²⁷.

Tale disposizione riveste una notevole importanza sul piano della rilevanza dell'equilibrio economico del contratto, facendo diretto ricorso, ai fini dell'accertamento dell'elemento oggettivo del reato, al principio di proporzionalità, quale criterio di razionalizzazione dell'operazione negoziale.

Inoltre, il legislatore è intervenuto anche sulla fattispecie civilistica di cui all'art. 1815, comma secondo, c. c., incrementando la risposta repressiva attraverso la riformulazione della menzionata disposizione, che attualmente stabilisce che, nell'ipotesi di convenzione usuraria, non sono più dovuti interessi⁶²⁸.

Tale soluzione ha sancito a livello positivo la tendenza a riconoscere immediata rilevanza, sul piano delle conseguenze giuridiche, al rapporto di proporzionalità oggettiva intercorrente tra le prestazioni contrattuali⁶²⁹.

3. *La disciplina delle condizioni generali di contratto e la tutela dell'equilibrio normativo.*

La disciplina che il codice civile dedica alle condizioni generali di contratto conferma l'attenzione che il legislatore ha riservato alla tutela dell'equilibrio normativo del negozio

rescindibilità) che egli, nella consapevolezza dello stato di bisogno della controparte, si sia limitato a trarne profitto".

626 In ambito penalistico v. PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium iuris*, 1996, p. 771 ss.; critico sulla tecnica normativa seguita è v. E. QUADRI, Voce "Usura", in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1975, il quale afferma che "La radicale revisione della materia è stata operata con la l. 7 marzo 1996 n. 108, elaborata e discussa nella dichiarata prospettiva della lotta alla criminalità economica organizzata ed al suo allineamento nel tessuto produttivo [...] E diffusa impressione è stata che, proprio in dipendenza di una simile ottica, alla complessità della problematica effettivamente coinvolta (costituita dal controllo globale delle manifestazioni patologiche della dinamica creditizia), con l'inevitabile carattere polifunzionale dell'intervento, non abbia corrisposto l'attivazione di un adeguatamente organico sistema di strumenti (anche, in particolare civilistici): ciò in vista di quella loro opportuna articolazione e graduazione...nel cui contesto la sanzione penale dovrebbe essere destinata a risultare strumento non ordinario, ma al quale ricorrere solo come rimedio estremo".

627 cfr. MANIACI, *La disciplina degli interessi*, in *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, diretto da Cuffaro, Bologna, 2005, p. 105 ss.

628 cfr. E. QUADRI, *Profili civilistici dell'usura*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 337 ss.; ID., *La nuova legge sull'usura ed i suoi diversi volti*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 363 ss.; ID., *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 62 ss.; ID., *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 890 ss.

629 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 383 ss.

giuridico⁶³⁰ e, per converso, l'irrilevanza del contenuto economico del contratto, lasciato alla libera volizione privata.

Siffatto criterio metodologico trova riscontro nel tenore degli artt. 1341 e 1342 c. c. e nelle interrelazioni che si evidenziano nella legislazione speciale di settore.

Il problema dell'equilibrio contrattuale è diversamente disciplinato a seconda che si tratti di contratti del consumatore ovvero di contratti intercorsi tra soggetti dotati di una medesima qualità soggettiva. Al riguardo la dottrina ha rilevato come, mentre la legislazione speciale è dedicata essenzialmente alla tutela del contraente debole, la disciplina codicistica, "in particolare, all'art. 1341, comma 2, c. c." è finalizzata a preservare l'equilibrio normativo "nella contrattazione tra eguali"⁶³¹.

Le condizioni generali di contratto, come noto, sono quelle "clausole che un soggetto, il predisponente, utilizza per regolare uniformemente i suoi rapporti contrattuali", e che, implicando una frequente attività negoziale, sono di solito utilizzate da soggetti svolgenti attività di impresa.

La dottrina ha ampiamente disquisito in ordine alla natura negoziale o meno di dette condizioni, addivenendo a soluzioni differenti correlate alle diverse prospettive di valutazione. Infatti, le conclusioni variano se ci si incentra sul potere economico dell'impresa, che si esprime nella predisposizione unilaterale della clausola, ovvero sulla natura negoziale di quest'ultima, che "ne giustifica un assoggettamento alla disciplina contrattuale", tesi, questa certamente preferibile anche in considerazione della valenza personalistica del contratto⁶³².

Il legislatore, considerando la potenziale asimmetria che le stesse sono in grado di determinare nella distribuzione dei diritti e degli obblighi contrattuali in favore del

630 v. la Relazione del Guardasigilli al Codice civile, n. 78, che evidenzia come "Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti, alle quali non potrebbero attendere se non agenti e produttori privi di legittimazione a contrarre, l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare. Un tal metodo di conclusione del contratto non può ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e dibattiti di clausole ma costringe ad accertare i patti predisposti. La realtà economica odierna si fonda anche sopra una rapida conclusione degli affari, che è condizione di acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattative, che importerebbe intralci spesso insuperabili". Emerge, quindi, il *favor* legislativo per l'attività imprenditoriale, introducendo, comunque, un principio di tutela verso la posizione del contraente debole, ma che non accede al contenuto sostanziale dell'accordo.

631 v. DALIA, *L'equilibrio normativo del contratto tra codice civile e leggi speciali*, Napoli, 2008, p. 14, la quale rileva come nell'intreccio tra disciplina codicistica e legislazione speciale, il problema della loro interrelazione, "lungi dal porsi come questione meramente teoretica, destinata a sancire la vittoria di una disciplina sull'altra decretata dal mero computo di deroghe reciproche, riguarda la nuova gerarchia delle fonti in materia di equilibrio normativo nel contratto. Quel che vuole dimostrarsi [...] è che le regole speciali della *proporzione contrattuale* trovano immediata applicazione qualora si tratti di proteggere il *contraente debole*, riservando alla parte generale degli artt. 1321 e ss. e, in particolare, all'art. 1341, comma 2, c. c. valore di disciplina destinata a garantire l'equilibrio contrattuale nella contrattazione tra eguali".

632 v. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 345-346, il quale afferma che "nell'ambito di ciascun rapporto le condizioni generali sono efficaci in quanto abbiano titolo nel contratto, e cioè in quanto accettate dall'aderente. La regola legale valevole per le condizioni generali non esclude la necessità dell'accettazione dell'aderente ma riconosce come sufficiente la generica accettazione di quanto predisposto dall'altra parte. Le clausole, in definitiva, sono efficaci non perché così vuole la legge, ma perché l'aderente ha accettato il regolamento dell'altra parte. Un'accettazione al buio delle clausole contrattuali può ammettersi anche secondo la disciplina comune del contratto. Il criterio dettato per le condizioni generali di contratto si discosta piuttosto in quanto impone al predisponente l'onere di far conoscere le clausole predisposte o quanto meno di rendere normalmente conoscibili all'aderente. L'inclusione delle condizioni generali nel contratto ne giustifica l'assoggettamento alla disciplina contrattuale. Tale disciplina trova applicazione anche per quanto attiene all'incapacità e ai vizi della volontà".

predisponente, ha definito una particolare disciplina tendente a tutelare l'equilibrio normativo tra le contrapposte posizioni soggettive⁶³³.

A tal proposito – prescindendo dai rapporti negoziali intercorrenti tra “professionisti” e “consumatori”- si può osservare come l'art. 1341, comma primo, c. c., stabilisce che le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza; che, in ogni caso, non hanno effetto, se non approvate per iscritto, quelle condizioni che stabiliscono limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria⁶³⁴.

È evidente come venga preso in considerazione il solo equilibrio normativo del contratto, affidandone la tutela alla corretta formazione del consenso del contraente non-predisponente, da realizzarsi mediante i criteri della conoscenza o conoscibilità, della trasparenza e della forma vincolata. Inoltre, sempre in tale ordine di idee si pongono i criteri definiti dall'art. 1370 c. c. – collocato nel Capo “*Dell'interpretazione del contratto*” – il quale prevede che le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti, nel dubbio, debbano interpretarsi a favore dell'altro⁶³⁵.

Alla logica accennata risponde anche la previsione di cui all'art. 1342 c. c., che con riferimento ai contratti conclusi mediante moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti - attesa la redazione del testo negoziale da parte di uno solo dei contraenti - stabilisce che le clausole aggiunte al modulo o formulario prevalgono su quelle di questi ultimi, qualora siano incompatibili con esse, quand'anche non siano state cancellate⁶³⁶.

Le menzionate disposizioni, che hanno ricevuto una notevole specificazione teorica ed operativa nel contesto della normativa consumeristica sulle clausole vessatorie, si inseriscono nel quadro ideologico di insieme che ha ispirato il legislatore del 1942, limitando la protezione della parte debole alla tutela della genuinità del processo di autodeterminazione alla stipula del

633 v. MORELLO, Voce “*Condizioni generali di contratto*”, in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2006 rist., p. 335 ss., il quale evidenzia come l'intervento del legislatore sul tema in oggetto si fondi sulla considerazione secondo cui, in determinate tipologie contrattuali, “L'assenza di trattative, o comunque la forza contrattuale delle imprese contrapposta alla *debolezza* del singolo contraente (utilizzatore o <<consumatore>>) consente l'inserimento di clausole o condizioni (o l'assenza di cautele e garanzie) che possono rendere il contratto iniquo, svantaggiando pesantemente la parte debole, senza adeguate o ragionevoli contropartite”. Pertanto, “questa situazione comporta la possibile violazione di *almeno* due regole fondamentali del sistema di diritto privato: la regola che ogni clausola del contratto deve essere espressione della *volontà* effettiva delle parti (fatto questo che giustificerebbe la libertà contrattuale e/o l'ampia autonomia privata garantita dalla legge); la regola che il sacrificio di una delle parti, deve di regola trovare adeguata contropartita nel sacrificio dell'altra, ove manchi un intendo liberale”.

634 v. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975; GALLI, *Sulla natura giuridica delle condizioni generali di contratto*, in *Studi parmensi*, 1980, p. 137 ss.; DI MAJO, *Il controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 90 ss.; NUZZO, Voce “*Condizioni generali di contratto*”, in *Dizionario di diritto privato*, a cura di Irti, Milano, 1980, p. 157 ss.

635 v. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, p. 330, il quale nel sintetizzare gli apporti dottrinali relativi all'esegesi dell'art. 1370 c. c., afferma confluiscono in questa disposizione “che diviene perciò una norma dal contenuto assai dibattuto, quelle esigenze che, da un lato, sono rivolte a garantire l'aspetto della consapevolezza dell'atto, dall'altro quello concernente l'equità del regolamento. La regola dunque verrebbe ora ad operare più direttamente come momento sanzionatorio di un comportamento tenuto, in spregio dell'onere di parlare chiaro, nella fase procedimentale, ora ad incidere più direttamente sull'aspetto sostanziale e regolamentare. Privilegiandosi, comunque, a seconda dell'orientamento prescelto ora l'uno ora l'altro aspetto, con le diverse accentuazioni segnalate, non si misconoscono le interrelazioni e le commistioni esistenti”.

636 v. MORELLO, Voce “*Condizioni generali di contratto*”, cit., p. 338, che sottolinea come, nell'art. 1342 c. c., “il legislatore ha seguito con più chiarezza il principio della *volontà*: si è cioè richiesto che risulti chiara la *volontà* dell'aderente di accettare le clausole vessatorie. L'approvazione per iscritto non può, pertanto, essere *implicita*”.

contratto, mediante una serie di regole atte a preservare l'equilibrio normativo del regolamento negoziale, senza considerare il rapporto di proporzionalità intercorrente tra le prestazioni, ed escludendo conseguentemente qualsivoglia intervento esterno in funzione correttiva, finalizzato a garantire la "giustizia" sostanziale dell'accordo.

5. *L'incidenza dei principi costituzionali sulla disciplina del regolamento negoziale: verso la ricerca dell'equilibrio economico nelle operazioni negoziali.*

L'individualismo di matrice liberale che ha ispirato la disciplina dei contratti, contenuta nelle principali codificazioni delle leggi civili, e la cui impostazione di base è stata recepita anche dal codice civile del 1942, nonostante la collocazione in un contesto ideologico di stampo corporativo, ha tradizionalmente negato qualsivoglia rilevanza al contenuto economico del negozio giuridico.

Questo, infatti, lasciato alla libera volizione privata, avrebbe potuto legittimamente essere sperequato, purché frutto di un processo di autodeterminazione delle parti correttamente esplicitosi, senza cioè l'intervento di fattori perturbatori⁶³⁷.

Del resto questa circostanza emerge chiaramente dal testo dell'art. 1469 c. c., secondo cui non è utilizzabile il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta nel contesto dei contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti, ossia per quei negozi in cui il fattore del rischio – chiaramente riferibile ad una situazione di notevole squilibrio economico tra le prestazioni patrimoniali delle parti – è elemento strutturale del contratto, conosciuto e voluto dai contraenti in sede di conclusione del medesimo⁶³⁸. Ad un'analogha conclusione conduce l'art. 1349, comma secondo, c. c. che, in ordine alla determinazione dell'oggetto del contratto rimessa al mero arbitrio del terzo, ne ammette l'impugnabilità solo in presenza di mala fede di quest'ultimo e non già nella ipotesi che il terzo realizzi un rapporto quantitativamente sperequato tra le prestazioni delle parti. Queste, rimettendosi al mero arbitrio del terzo, conoscono ed accettano il rischio di dover subire le conseguenze di un negozio economicamente squilibrato in danno di una di esse ed al quale saranno vincolate, salvo che la determinazione dell'oggetto sia stata viziata da mala fede⁶³⁹.

637 cfr. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 9 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 9 ss.; PUGLIATTI, Voce "Autonomia privata", cit., p. 368 ss.; ROPPO, Voce "Contratto", cit., p. 135 ss.; v. BARBERO, *Rilevanza della volontà del negozio*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. IX.

638 v. ALPA, *Rischio contrattuale*, cit., p. 619 ss.; PASCALINO, *Contratti aleatori tipici ed alea convenzionale*, cit., p. 127 ss.; DI GIANDOMENICO-RICCIO, *I contratti aleatori*, cit., p. 10 ss.; BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale nel contratto*, cit., p. 769; si deve, tuttavia, considerare la tesi innovativa della c. d. "proporzionalità invertita" sostenuta in dottrina da FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, cit., p. 99-100, che apre ad una parziale considerazione dell'equilibrio economico nei contratti aleatori.

639 v. ROPPO, Voce "Contratto", cit., p. 117, il quale rileva come "Nell'affidare all'arbitratore la determinazione del regolamento, le parti possono rimettersi al suo mero arbitrio: in tal caso, l'atto di arbitraggio può essere impugnato solo se la parte insoddisfatta prova la mala fede dell'arbitratore", con contestuale esclusione tra le cause di impugnazione di eventuali sproporzioni nel valore oggettivo delle prestazioni; in giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 2 febbraio 1999, n. 858, in *Mass. Giur. It.*, 1999, in cui si afferma che "L'arbitratore, al quale sia stata affidata la determinazione della prestazione dedotta in contratto (art. 1349 c.c.), può decidere secondo il suo criterio individuale, in quanto le parti hanno riposto piena fiducia nella sua correttezza ed imparzialità, oltre che nella sua capacità di discernimento. Il suo apprezzamento si sottrae, pertanto, ad ogni controllo nel merito della decisione e le parti possono impugnare la determinazione effettuata solo dimostrando che egli ha agito intenzionalmente a danno di una di esse. In tal caso (ed a differenza dell'ipotesi in cui la determinazione sia stata rimessa all'equo apprezzamento del terzo, nella quale l'iniquità manifesta che può giustificare l'impugnazione deve essere oggettiva) assume rilievo decisivo l'atteggiamento psicologico dell'arbitratore che, tradendo la fiducia conferitagli, si pieghi volontariamente ed in piena consapevolezza agli interessi di una delle parti, non essendo sufficiente che l'incarico non sia stato compiutamente eseguito e che le determinazioni siano prive di ragionevolezza".

Tuttavia, nell'attuale assetto ordinamentale – ispirato al personalismo ed al solidarismo e connotato dal pluralismo delle fonti normative di matrice non solo interna, ma anche internazionale e sovranazionale - il dogma dell'incondizionato riconoscimento dell'autonomia privata e della libertà contrattuale, comporta dei correttivi finalizzati alla razionalizzazione della disciplina dei traffici economici nel senso del rispetto dei valori universali incentrati nella dignità umana⁶⁴⁰.

La connessione tra principi e diritti fondamentali e rapporti interprivatistici evidenzia la rilevanza del contenuto economico del contratto nel nuovo sistema giuridico⁶⁴¹.

L'equilibrio economico del contratto, congiunto con l'equilibrio normativo – da sé solo idoneo ad assicurare una tutela meramente formale del contraente debole – assume valenza concreta, rispondente ad un generale criterio di equità che deve informare le relazioni commerciali, scardinando il dogma dell'"intangibilità" del contenuto negoziale, e aprendo la strada a forme di intervento correttivo sul medesimo, sia a carattere positivo, che giudiziale⁶⁴².

Al riguardo, va pienamente condivisa la dottrina che qualifica "regolamento" il "contenuto" del contratto⁶⁴³, attesa la convergenza in esso di elementi convenzionalmente stabiliti e di componenti prescritte dalla legge, adeguati ed integrati dall'attività giudiziale.

È, tuttavia, necessario un chiarimento teorico destinato a svolgere un ruolo rilevante sulle sorti del rapporto contrattuale.

Al riguardo, si deve innanzitutto segnalare una interpretazione riduttiva del principio solidaristico, proposta da una corrente di pensiero liberal-individualista, secondo cui esso non inciderebbe sul contenuto economico del negozio, ma costituirebbe un semplice limite esterno volto ad orientare l'esercizio dell'autonomia privata in senso coerente ai valori personalisti, impedendo che l'assetto di interessi regolato dal contratto possa contrastare con i principi costituzionali posti a tutela della persona e della sua dignità.

Tale tesi, difetta di eccessivo formalismo, ponendo in secondo piano il profilo sostanziale sotteso ad ogni operazione economica, in quanto l'immediata valenza patrimoniale dello stesso

640 v. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 32-33, il quale afferma che "L'autonomia privata rappresenta ancora un aspetto ineliminabile della libertà della persona, e cioè la libertà negoziale. Ma l'idea secondo la quale solo ed esclusivamente l'individuo può essere giudice dei suoi interessi non ha più riscontro nella società del nostro tempo. Il riconoscimento della libertà del singolo s'inserisce ormai in una concezione dell'ordinamento che s'ispira al prevalente valore della *solidarietà sociale*, quale valore di fondo della nostra Costituzione. Questo valore trova la sua prima espressione nel principio dell'eguaglianza di fatto che ha integrato il tradizionale principio dell'eguaglianza giuridica. Il principio dell'eguaglianza giuridica conserva piena validità, ma ora la Costituzione impone allo Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (art. 3). Lo Stato non può allora limitarsi a riconoscere il diritto di ciascuno di regolare da sé i propri interessi se questo diritto diviene uno strumento di abuso a danno degli altri. L'intangibilità della volontà individuale cede di fronte all'esistenza di giustizia sociale. Con particolare riguardo all'iniziativa privata economica, essa è costituzionalmente garantita, ma tale iniziativa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale (art. 41)"; più incisivo sul punto è v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.

641 v. CIPPITANI, *Il principio di solidarietà nei rapporti di diritto privato*, cit., p. 165 ss.; P. PERLINGIERI – SESTA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I e II, cit. p. 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 1 ss.; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 1 ss.

642 v. al riguardo il saggio di MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo* a cura di Grilli e Sassi, cit., p. 599 ss.; ID., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c. c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 295; cfr. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, p. 324.

643 v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 901, il quale afferma che "si identifica il contenuto con l'insieme delle pattuizioni private, il <<voluto>>, frutto cioè di autoregolamentazione, in tal modo respingendo nell'area degli effetti i vincoli derivanti da fonti eteronome. Tale impostazione non appare da condividere, perché [...] sembra più produttivo aver riguardo al regolamento contrattuale (o negoziale) frutto dell'apporto di tutte le fonti che concorrono alla formazione della regola concretamente vincolante".

è di per sé in grado di arrecare un pregiudizio alla posizione soggettiva delle parti, la cui protezione effettiva impone la necessaria apertura ad un intervento eterointegrativo dell'Autorità giudiziaria sul regolamento privato⁶⁴⁴.

Da questa ricostruzione si distingue l'orientamento dottrinale che fondandosi sulla valenza normativa del principio solidaristico, positivamente contemplato nella Carta costituzionale, riconosce allo stesso la capacità di incidere sull'assetto di interessi realizzato dalle parti, imponendo un equilibrio di ordine economico e quantitativo tra le prestazioni dedotte in contratto⁶⁴⁵.

Tale concezione sostanziale si estrinseca nella integrazione esterna del negozio giuridico, sia sul piano statico della fattispecie, mediante l'inserimento di clausole perequative delle statuizioni private, secondo quanto stabilito dall'art. 1339 c. c., sia sul profilo dinamico del rapporto, attraverso la valorizzazione dell'art. 1374 c. c., che ammette l'intervento nel regolamento privato di fonti ulteriori rispetto alla volontà dei contraenti⁶⁴⁶.

Il fondamento ed i mezzi operativi sono stati variamente argomentati e ricostruiti in dottrina, ma in generale sono riconducibili tutti al riconoscimento della base equitativa dell'ordinamento giuridico, quale espressione diretta del solidarismo costituzionale.

6. *L'inserzione automatica di clausole e l'integrazione del regolamento negoziale. Il ruolo dell'art. 1339 c. c. nella problematica dell'equilibrio contrattuale. Premesse alla reinterpretazione in chiave assiologica dell'art. 1374 c. c.*

La libertà dell'autonomia privata, che si estrinseca nella previsione di cui all'art. 1322 c. c. – oltre che nella garanzia costituzionale di cui all'art. 41 Cost. – secondo cui le parti possono determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge, incontra una serie di limitazioni normativamente incidenti sulla struttura e sul concreto assetto di interessi regolato col negozio giuridico⁶⁴⁷.

644 cfr. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 247 ss.; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 32 ss.; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e Impr.*, 1987, p. 423; D. RUSSO, *Sull'equità nei contratti*, Napoli, 2001, p. 1 ss.; LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971.

645 Sul punto fondamentale è l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 554-555 e p. 559-560, il quale afferma che "l'insorgere del costituzionalismo moderno e l'introduzione della legalità costituzionale consentono oggi finalmente di considerare acquisito il metodo dell'interpretazione costituzionale consistente: a) nel riconoscere che <<la costituzione, come ogni altra legge, è sempre e anzitutto un atto normativo, che contiene disposizioni precettive>> e che <<tanto i giudici ordinari, nel risolvere sulla base di norme costituzionali le controversie sottoposte alla loro decisione, quanto i giudici costituzionali, operanti come interpreti "autorizzati" della costituzione e come giudici di costituzionalità delle leggi, si trovano vincolati dai testi costituzionali>>; b) nell'argomentare su norme-principi, l'applicazione delle quali <<non assume la forma sillogistica della sussunzione, ma quella dell'ottimizzazione nel realizzare il precetto>>, secondo una loro gerarchia ma anche secondo un loro ragionevole bilanciamento in riferimento al caso da decidere; c) nel prendere atto che non può non essere rilevante l'idea di società e di etica sottesa alla Costituzione e che in tal modo nell'ordinamento positivo penetrano <<valori e principi storicamente connotati". L'illustre A. rileva, quindi (p. 553), come "non sussistono pertanto argomenti che contrastino l'applicazione diretta dei principi costituzionali: la norma costituzionale può, anche da sola (quando manchino norme ordinarie che disciplinino la fattispecie), essere fonte della disciplina di un rapporto giuridico di diritto civile"; v. anche ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 49 ss.

646 v. MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, cit. 602 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 309 ss.; VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, I, 1999, p. 40; TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e Impr.*, II, 1998, p. 469 ss.

647 v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 12 ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 10 ss.; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p.

Il legislatore, infatti, ha inserito nel codice civile due diverse disposizioni: l'art. 1339 c. c. e l'art. 1374 c. c.⁶⁴⁸.

La prima norma prevede l'inserimento di diritto delle clausole, dei prezzi di beni e servizi, imposti dalla legge, "anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti". A questa statuizione si connette l'art. 1419, cpv., c. c. secondo cui la nullità di singole clausole non si estende all'intero negozio, se queste "sono sostituite di diritto da norme imperative".

L'art. 1374 c. c. contempla, invece, le c. d. "fonti di integrazione del contratto", disponendo che questo 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".

Entrambe le disposizioni sono state oggetto di una reinterpretazione costante nel tempo, volta a renderle funzionali alle esigenze di politica del diritto che via via si prospettavano.

Infatti, limitando l'autonomia privata mediante una eterointegrazione del contratto, le norme in esame consentono di orientare quest'ultimo al perseguimento di determinate finalità.

Dalla promulgazione del codice civile si sono riscontrati diversi orientamenti sul punto: quello di impiegare le menzionate disposizioni in senso dirigistico – impostazione, questa, sottesa all'originaria sistematica codicistica e ripresa nella stagione del "socialismo" giuridico nel corso degli anni Sessanta del secolo passato – rendendole strumentali ad interventi statuali sull'autonomia privata, volti a funzionalizzare il contratto al perseguimento di interessi pubblici generali⁶⁴⁹; quelli che, sulla scia degli indirizzi gius-economici anglosassoni, tendono a configurare il contratto, non già come fattispecie, ma come rapporto continuativo, il quale necessita di adattamenti nel corso del tempo affinché possa essere reso idoneo alla realizzazione della massima efficienza dei traffici commerciali⁶⁵⁰; quelli di ispirazione costituzionale che configurano l'integrazione del contratto quale strumento finalizzato al mantenimento o al ripristino dell'equilibrio contrattuale, in senso sia normativo che economico, in quanto espressione dei principi solidaristici posti a tutela della persona⁶⁵¹.

Quest'ultimo orientamento appare il più adeguato alle concrete esigenze individuali e generali, attesa la sua conformità ai valori fondamentali cui è ispirato l'ordinamento giuridico considerato nella sua dimensione unitaria, seppur articolato nell'interazione tra sistemi nazionali e sovranazionali.

8 ss.; ID., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 65 ss.; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 11 ss.

648 cfr. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 108 ss.; MESSINEO, *Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 61 ss.; più recentemente DI MARZIO, *Regolamento contrattuale, intervento giudiziario e tutela dei consumatori*, in *Incontro di studio Roma 16 novembre 2005*, CSM, p. 1 ss.; SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della norma sul regolamento contrattuale*, in *Incontro di studio "squilibrio contrattuale e strumenti di tutela"*, Roma 22-24 aprile 2002, CSM, p. 1 ss.

649 cfr. tra loro BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, cit., p. 210 ss.; PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, cit., p. 112 ss. e RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 12 ss.

650 v. NASSAR, *Sanctity of contract revisited. A study in the theory and practice of long-term international transactions*, Dordrecht, 1995; cfr. per una parziale apertura alla concezione dinamica del contratto SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della norma sul regolamento contrattuale*, cit., p. 9-10, il quale sottolinea come "Per comprendere quale sia il posto che gli interventi della norma e del giudice sul piano dell'autonomia privata occupano si deve guadagnare una visione del contratto non schiacciata sul profilo strutturale della fattispecie cui l'ordinamento collega gli effetti giuridici o su quella funzionale delle diverse valutazioni che concorrono a determinare il regolamento negoziale, quella delle parti, quella del legislatore e quella del giudice. Il contratto va visto nella sua dimensione complessa di struttura e funzione, di fattispecie legale e di valutazione".

651 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 351, il quale, nel quadro teorico del diritto civile costituzionale, afferma che "L'autonomia negoziale [...] non è soltanto autoregolamentazione, ma sintesi tra autoregolamentazione ed eteroregolamentazione. A tale sintesi occorre ispirarsi per la qualificazione del contratto, la quale non è un *prius* proprio per l'applicazione dell'art. 1339 o 1374 c. c.: gli effetti prodotti per diretta disposizione del legislatore (eteroregolamentazione) sono parte integrante del processo di qualificazione del contratto".

In tale contesto, i meccanismi apprestati dagli art. 1339 e 1374 c. c., consentono di funzionalizzare la volontà privata, ampliandone la sfera di efficacia all'attuazione di valori socialmente meritevoli, in armonia con il disposto dell'art. 41 Cost., che subordina l'iniziativa economica privata al rispetto della dignità, sicurezza e libertà della persona umana.

Tale normativa interviene sul contratto su piani ed in fasi differenti.

La diversità tra l'art. 1339 e l'art. 1374 c. c. consiste nel fatto che, mentre il primo incide direttamente sulla fattispecie contrattuale, inserendovi clausole imposte dalla legge o sostituendo quelle negoziali difformi, il secondo riguarda la fase successiva alla formazione della fattispecie contrattuale, già completa e operativa, estendendo l'oggetto degli obblighi espressi nello schema contrattuale alle conseguenze che ne derivano in sede di svolgimento del rapporto, in forza di legge o secondo gli usi⁶⁵².

La differenziazione è resa maggiormente evidente dall'analisi dei contratti di durata, nei quali l'art. 1374 c. c. pone una "valvola" di accesso ad una serie di rimedi volti a preservare l'adeguatezza delle prestazioni a fronte di sopravvenienze che potrebbero alterarla⁶⁵³.

L'art. 1339 c. c., peraltro, comportando la sostituzione automatica delle clausole negoziali definite dalle parti in difformità dalle previsioni legislative con quelle normativamente imposte, in riferimento anche ai prezzi di beni e servizi, regola il mantenimento dell'equilibrio economico del contratto nella fase genetica della strutturazione della fattispecie.

In ordine alla natura giuridica dell'atto contenente le clausole automaticamente integrative o correttive del regolamento negoziale, l'art. 1339 c. c. fa riferimento espresso alla legge; ma la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto valida l'integrazione anche mediante atto amministrativo, a condizione che vi siano determinati specificamente i criteri direttivi che l'organo dell'amministrazione deve seguire nell'applicazione del provvedimento, al fine di garantire l'utilità sociale, in tal senso temperando la discrezionalità dell'intervento.

In merito agli effetti della sostituzione *ex art.* 1339 c. c., l'opinione maggioritaria ha escluso che il contratto "fuoriesca" dalla dimensione privatistica ed assuma una connotazione di "regolamento legale"⁶⁵⁴. È stato rilevato come l'inserzione automatica di clausole non faccia altro che adeguare il regolamento contrattuale alla "contemporanea realizzazione di interessi di natura sociale, collettiva, pubblica"⁶⁵⁵; infatti, l'intervento legislativo è limitato a singole

652 Per una precisa distinzione v. SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della norma sul regolamento contrattuale*, cit., p. 14, il quale in ordine alla differenziazione tra l'art. 1339 c. c. e l'art. 1374 c. c., afferma che "quest'ultima norma ha una funzione suppletiva, nel senso che integra una fattispecie già validamente costituita, e presuppone l'osservanza delle norme inderogabili; l'art. 1339 disciplina invece le conseguenze della violazione delle norme inderogabili, sanzionando il comportamento difforme dalle norme imperative mediante l'inserzione automatica di clausole".

653 Sul punto v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 68, il quale, nel sintetizzare l'orientamento rivalutativo del ruolo della integrazione contrattuale, afferma che "l'art. 1374 finisce sostanzialmente per prendere il luogo dell'art. 1322 nella sistematica del contratto. Una ricostruzione non aprioristica del dato positivo si ritiene debba indurre a riconoscere realisticamente che questa norma fa del contratto una sorta di struttura normativa aperta, potenzialmente al servizio non più solo degli interessi particolari dei privati ma al tempo stesso degli interessi sociali che trovano espressione nelle fonti legale e giudiziale, che essa impone di recepire con pari dignità". In questo versante, quindi, è d'obbligo il rinvio a RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 91 ss.

654 v. SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della norma sul regolamento contrattuale*, cit., p. 15, il quale, in ordine al meccanismo di cui all'art. 1339 c. c., afferma che "il fenomeno resta comunque di sostituzione del comando legislativo a clausole di tipo contrattuale. L'obbligo corrispondente alla clausola imposta non è un'obbligazione *ex lege*, ma è pur sempre un obbligo di fonte contrattuale [...] La modifica autoritaria del rapporto individuale non ne altera il carattere negoziale".

655 v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 57, il quale, in merito alle tesi volte a sostenere la natura "legale" del regolamento risultante a seguito dell'integrazione *ex art.* 1339 c. c., afferma che esse "mostrano di non tenere nel giusto conto il fatto che sostituzioni di diritto e proroghe legali non fanno venir meno la rilevanza delle determinazioni dei privati contraenti nella costruzione del regolamento contrattuale, ma comportano una funzionalizzazione di quest'ultimo per la contemporanea realizzazione di interessi di natura sociale, collettiva, pubblica. Né deve tacersi della gravità delle conseguenze tecniche che si produrrebbero ove si volesse spingere

disposizioni, senza stravolgere la regolazione convenzionale degli interessi delle parti, in quanto l'atto di iniziativa privata continua a funzionare come presupposto indefettibile e prioritario rispetto alle diverse fonti di integrazione del negozio.

Sul punto sembra corretta l'osservazione – riferita alla previsione dell'art. 1339 c. c. – secondo cui “oggetto della sostituzione coattiva è la clausola nell'ambito di un contratto: la sostituzione presuppone il contratto, e dunque l'(avvenuto) esercizio della autonomia privata”⁶⁵⁶.

Non è, invece, fondato il rilievo critico che intravede nel fenomeno normativo la “morte del contratto” come prodotto dell'autonomia privata e lo degrada a “mera realtà di fatto”, espropriata della sua natura convenzionale⁶⁵⁷.

Va sottolineato che la disciplina relativa alla inserzione automatica di clausole è connessa sistematicamente alla previsione dell'art. 1419 cpv., c. c., secondo cui la nullità delle singole disposizioni non si estende all'intero contratto, se queste sono sostituite da norme imperative.

La dottrina ha rilevato come siffatta norma, pur coerente con la disciplina generale, svolga in realtà una funzione superflua, in quanto non farebbe altro che confermare il disposto dell'art. 1339 c. c.⁶⁵⁸, senza assumere alcun grado di autonomia. Infatti, in presenza di una clausola negoziale difforme da quella legislativa non sarebbe neanche dato discorrere di “nullità”, bensì di “irrelevanza” della stessa, in quanto incidente in un settore della disciplina negoziale, che l'ordinamento non rimette alla libera determinazione delle parti, ossia alla loro autonomia privata, ma riserva alla regolazione legislativa⁶⁵⁹.

In ciò, quindi, emergerebbe la differenza rispetto al primo comma dell'art. 1419 c. c., direttamente riferito al tema della nullità parziale del contratto.

L'art. 1339 c. c. – nella sua formulazione generica, che non fa riferimento ad uno specifico settore contrattuale – delinea un meccanismo avente una dimensione applicativa amplissima, potendo abbracciare ogni area negoziale⁶⁶⁰.

Tale norma conseguentemente costituisce una clausola di “controllo”, più precisamente di “adeguamento” del diritto dei contratti, essendo diretta ad assicurarne la rispondenza all'utilità sociale: nell'attuale contesto costituzionale, consente ai valori fondamentali posti a tutela della persona di accedere direttamente all'interno della struttura del negozio, mediante l'inserzione

fino in fondo la qualificazione legale degli obblighi discendenti a carico dei privati, la cui posizione sarebbe certamente resa più gravosa, ad esempio, dalla impossibilità di far ricorso ad un rimedio importante, quale è la risoluzione del contratto per inadempimento, ché, certamente, l'imposizione legale degli obblighi farebbe venir meno la struttura dell'atto prevista dall'art. 1453”. Lo stesso A., conclude affermando che “quando si afferma che non può esser ricondotto ad un atto di autonomia privata il regolamento che risulta dopo la sostituzione con disposizioni legali di corrispondenti clausole del contratto, sostanzialmente si degrada l'attività svolta dei privati a semplice fatto, in dipendenza del quale l'ordinamento fa sorgere in capo ai privati obbligazioni determinate”.

656 v. DI MARZIO, *Regolamento contrattuale, intervento giudiziario e tutela dei consumatori*, cit., p. 12 ss., il quale afferma che “Piuttosto che la libertà contrattuale risulta conformata la signoria delle parti sul contenuto del contratto, il quale deve ammettersi come discendente da una pluralità di fonti determinative. Sulla scorta di una semplice quanto acuta osservazione, bisogna concordare che l'art. 1339 c. c. parla pur sempre di “clausola” e di “contratto”. Oggetto della sostituzione coattiva è la clausola nell'ambito di un contratto. La sostituzione presuppone il contratto, e dunque l'(avvenuto) esercizio della autonomia privata”.

657 Cfr. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 338, il quale ha affermato che il contratto, a seguito dell'inserimento dell'art. 1339 c. c. nel contesto codicistico, “degrada a mera realtà di fatto, cui l'ordinamento fa parziale riferimento, ma senza tener conto della sua natura contrattuale”.

658 v. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 388

659 v. SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della norma sul regolamento contrattuale*, cit., p. 14 ss., il quale afferma che “Nella materia oggetto di inserzione automatica di clausole ciò che difetta è il potere dell'autonomia privata, sicché laddove il privato preveda taluni effetti non si ha un fenomeno di nullità, quanto piuttosto di irrilevanza: per la parte del regolamento in cui si ha la sostituzione di diritto della clausola vi è un fenomeno di stralcio, e non di invalidità della determinazione negoziale, in quanto trattasi di manifestazione eccedente l'ambito dei poteri rimessi all'autonomia, per essere la materia riservata alla fonte eteronoma”.

660 v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 31 ss.

di clausole coerenti con una valutazione sociale del rapporto⁶⁶¹, come emerge dalla casistica applicativa nel settore delle locazioni abitative, in riferimento al canone ed alla durata del contratto; in quello delle assicurazioni⁶⁶², la cui valenza sociale è di immediata evidenza; nel settore di rapporti bancari⁶⁶³.

In sostanza, tale disposizione – pur se originata in epoca pre-costituzionale per finalità che presumibilmente erano da ascrivere al dirigismo statale che tutelava gli interessi privati in quanto strumentali alla realizzazione dell'interesse generale, in un quadro di quasi degradazione dei diritti soggettivi ad interessi legittimi – contribuisce alla funzionalizzazione dell'autonomia privata al perseguimento ed all'attuazione dei valori di solidarietà immanenti alla tutela della persona, permettendo a questi di "penetrare" direttamente nella struttura della fattispecie negoziale.

La norma dell'art. 1374 c. c., che attiene, come si è già rilevato, alla fase esecutiva del contratto, integrando *ex post* il regolamento originariamente convenuto, ha avuto in tempi recenti una vasta applicazione per la necessità di colmare le lacune del contratto, mediante un intervento suppletivo di matrice legislativa o, in mancanza, secondo gli usi o l'equità. Il riferimento agli usi o all'equità si fonda sulla ragionevole previsione dello sviluppo della volontà privata già manifestata, nel senso della utilizzazione di tali fonti regolatrici del rapporto.

In sostanza, il regolamento contrattuale è la risultanza del concorso paritario della "fonte privata", di quella "legale" e di quella "giudiziale" operante su base equitativa⁶⁶⁴.

Questa configurazione, benché distante dall'impostazione volontaristica connessa all'autonomia privata, appare funzionale alla realizzazione dei valori solidaristici basati su un sistema integrato e polifunzionale che consente un controllo sul contenuto economico del contratto inteso come proporzionalità tra le prestazioni delle parti in coerenza coi valori personali e con la rilevanza sociale dell'autonomia negoziale, con particolare riguardo alla fase dinamica ed evolutiva dell'esecuzione⁶⁶⁵.

661 v. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 131

662 v. al riguardo Cass. civ., Sez. III, sentenza 17 novembre 1997, n. 11391, in *Mass. Giur. it.*, 1997, in cui si afferma che "in tema di assicurazione obbligatoria, i minimi di garanzia (cd. "massimali di polizza"), previsti dai relativi D.P.R. che, periodicamente, ne elevano l'ammontare, devono ritenersi immediatamente inderogabili a decorrere dalle date previste nelle suddette disposizioni normative, con conseguente loro automatica inserzione, ex art. 1339 c. c., nei contratti assicurativi in corso, salvo restando il correlato diritto dell'assicuratore a farsi corrispondere un adeguato supplemento di premio".

663 Art. 124 (Testo Unico Bancario) - (Contratti) 1. Ai contratti di credito al consumo si applica l'articolo 117, commi 1 e 3. 2. I contratti di credito al consumo indicano: a) l'ammontare e le modalità del finanziamento; b) il numero, gli importi e la scadenza delle singole rate; c) il TAEG; d) il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG può essere eventualmente modificato; e) l'importo e la causale degli oneri che sono esclusi dal calcolo del TAEG. Nei casi in cui non sia possibile indicare esattamente tali oneri, deve esserne fornita una stima realistica; oltre essi, nulla è dovuto dal consumatore; f) le eventuali garanzie richieste; g) le eventuali coperture assicurative richieste al consumatore e non incluse nel calcolo del TAEG. 3. Oltre a quanto indicato nel comma 2, i contratti di credito al consumo che abbiano a oggetto l'acquisto di determinati beni o servizi contengono, a pena di nullità: a) la descrizione analitica dei beni e dei servizi; b) il prezzo di acquisto in contanti, il prezzo stabilito dal contratto e l'ammontare dell'eventuale acconto; c) le condizioni per il trasferimento del diritto di proprietà, nei casi in cui il passaggio della proprietà non sia immediato. 4. Nessuna somma può essere richiesta o addebitata al consumatore se non sulla base di espresse previsioni contrattuali. Le clausole di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche applicate sono nulle e si considerano non apposte. 5. Nei casi di assenza o nullità delle clausole contrattuali, queste ultime sono sostituite di diritto secondo i seguenti criteri: a) il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto; b) la scadenza del credito è a trenta mesi; c) nessuna garanzia o copertura assicurativa viene costituita in favore del finanziatore.

664 v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, p. 68.

665 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 351 ss.; ID, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 49 ss.

Tale ricostruzione – come si vedrà approfonditamente nella presente sezione – è stata variamente sviluppata dalla dottrina, in alcuni casi con l'ausilio della giurisprudenza, sulla base dei principi di equità, buona fede, proporzionalità ovvero ricorrendo a teorizzazioni legate alla presupposizione o alla causa concreta, reinterpretabili in senso funzionale al controllo del contenuto economico del contratto.

Partendo dall'inquadramento e dall'analisi del criterio di equità, passato da strumento esegetico essenziale a fonte di diritto oggettivo, occorre esaminare le diverse ricostruzioni teoriche nel contesto giuridico italo-europeo⁶⁶⁶.

7. *Il criterio di equità come fonte di diritto oggettivo e criterio applicativo di norme giuridiche.*

È necessario, a questo punto, esaminare brevemente il tema dell'equità come fonte di diritto oggettivo e criterio applicativo delle norme giuridiche.

Tale problematica è stata oggetto di ampi approfondimenti nella filosofia del diritto, che, secondo un'impostazione eccessivamente invasiva, identifica l'equità nell'etica, pervenendo all'assimilazione del principio giuridico con la valutazione morale dei fenomeni; e, secondo, un contrapposto orientamento riduttivo, la considera un criterio logico sussidiario per correggere le deficienze e colmare le lacune della legge⁶⁶⁷.

La prima opinione, incentrata nella immanenza dell'equità nell'ordinamento giuridico, in cui opererebbe come fattore genetico e ispiratore, ne minimizza l'essenza autonoma, limitandone la rilevanza sociale ad una funzione meramente dichiarativa⁶⁶⁸.

Il secondo orientamento, che sottolinea la valenza critica e integrativa dell'equità rispetto all'ordinamento positivo, muove dal presupposto che il diritto è fisiologicamente in crisi e richiede in sede di attuazione interventi correttivi mirati al conseguimento di finalità meritorie socialmente ed in riferimento alle persone.

A parere dei giuristi, invece, il profilo dell'equità valido per la soluzione dei problemi particolari va impostato distintamente su entrambe le menzionate teorie, che non sono esclusive l'una dell'altra, ma concorrono in varia misura e con diverse modalità alla formazione della esperienza giuridica: l'equità, intesa come eticità che permea il diritto positivo, è una caratteristica non esclusiva e totalizzante, posto che il sistema giuridico è polivalente, per la molteplicità delle funzioni in una società in continua evoluzione,

666 v. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e Impr.*, 1999, p. 83; FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 81; GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e Impr.*, 1998, p. 1 ss.; NANNI, *La clausola generale di buona fede*, in *Clausole e principi generali dell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 331; PANZA, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 95.

667 Sul punto v. FROSINI, Voce "Equità (nozione)", in *Enc. dir.*, Milano, 1966, p. 78, il quale afferma che "Nella teoria generale contemporanea del diritto la problematica dell'equità oscilla lungo un arco, i cui estremi sono rappresentati per un verso dalla identificazione totale del principio giuridico dell'equità con il principio etico, e per un altro dalla sua riduzione a criterio logico contrapposto al giudizio di diritto: ineliminabile da ogni giudizio giuridico il primo; concepito come sussidiario il secondo, rimedio in extremis alle deficienze della legge, o per valersi della icastica metafora del Pereleman, come <<stampella della giustizia>>. O si considera l'equità come immanente, pervadente ed anzi dominante tutta l'esperienza giuridica, come anima spirante nel corpulento diritto positivo; o si considera l'equità come sintomo d'una grave crisi del diritto, e perciò sostanzialmente estranea alla logica pratica, che regge un ordinamento normativo".

668 v. PERELMAN, *Justice et Raison*, Bruxelles, 1963, p. 51 ss.

contrassegnata da interessi ed esigenze che si rinnovano e trasformano nel tempo, all'infuori di una tipologia unica⁶⁶⁹.

Nell'ambito di una collettività caratterizzata da una eticità diffusa e variegata, trova spazio l'equità come fonte sussidiaria del diritto positivo e come parametro interpretativo, laddove la norma, nella sua formulazione generale, consente l'inserimento di un principio morale a cui il giudice deve far riferimento per poter attuare la giustizia del caso concreto.

È vero che la concezione medievale dell'equità, costituente in passato il criterio fondamentale e imprescindibile d'interpretazione dell'ordinamento giuridico, sovrapponendosi ad esso in modo da alterarne e integrarne il contenuto, ha influenzato una parte della dottrina moderna, che la configura come "una fonte universale del diritto", "la forza etica che lo realizza" in ogni manifestazione e con efficacia determinante nel giudizio del caso concreto⁶⁷⁰.

Ma questa valutazione come idea globale e pervasiva del diritto è contestata dall'opinione prevalente, che muove obiezioni puntualmente radicate nell'ordinamento positivo e segnatamente osserva che: se l'equità è considerata una regola essenziale da applicare al caso concreto per adeguare la previsione astratta alla fattispecie, si vanifica l'autonomia della norma positiva, ponendo in ombra il fondamento del precetto decisionale⁶⁷¹; l'equità non può essere qualificata fonte primaria e definitiva del diritto in una situazione generale regolata da numerose norme di produzione, che non lasciano vasti spazi a fonti extratestuali⁶⁷²; una nozione ontologica dell'equità, avulsa ed eterogenea rispetto alla norma positiva ed inserita nel giudizio normativamente disciplinato è inammissibile in una realtà sociale impostata sulla "legalità" e può dar luogo alla sostituzione del diritto con la moralità⁶⁷³ e, più precisamente, ad una modifica sostanziale dissimulata da un giudizio morale⁶⁷⁴.

L'opinione dei giuristi, secondo cui l'equità è una forza etica generale che dà impronta all'ordinamento e nel contempo opera da elemento autonomo integrativo della legge in funzione della giustizia del caso concreto, è condivisibile perché, come si chiarirà più ampiamente in prosieguo, evita ogni confusione concettuale tra equità e giudizio giuridico, giudizio, cioè, fondato sul principio di legalità, che nei procedimenti decisionali ha una rilevanza prioritaria.

Come si è in precedenza accennato, l'equità è stata oggetto di analisi accurata in filosofia, assumendo la valenza di principio generale e di fonte primaria dell'ordinamento; ma nel settore del diritto positivo ha avuto un campo di indagine limitato alle ipotesi testualmente richiamate dal sistema codicistico e da leggi particolari⁶⁷⁵. L'ampiezza della trattazione filosofica, radicata

669 cfr. SCLOPIS, *Della legislazione civile. Discorsi*, Torino, 1835, p. 4 ss.; CONDORELLI, *Equità e diritto*, in *Ann. Univ. Catania*, 1934, p. 293 ss.;

670 v. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. it. filos. dir.*, 1923, p. 256 ss.

671 cfr. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, in *Riv. it. filos. dir.*, 1923, 450 ss.

672 v. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1962, p. 80 ss.

673 v. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile. Premesse teoretiche*, Padova, 1959, p. 220 ss.

674 v. FROSINI, Voce "Equità (nozione)", cit., p. 79, il quale, nel sintetizzare i profili critici della prospettazione dell'equità in commento, rileva come in essa emergano degli aspetti problematici, "a) l'equità viene ritenuta come la <<regola>> dell'applicazione della norma alla fattispecie, in quanto in essa si risolve l'opera di necessaria mediazione del giudice, che mette in atto <<la giustizia del caso concreto>>. Se le cose stanno così, il criterio assoluto dell'equità si rivela, a conti fatti, come un criterio estremamente relativo, disperso irrimediabilmente nella sua puntualizzazione, privo di autonomia e di reale concretezza; b) è davvero fonte di equivoci considerare l'equità come una <<fonte>> del diritto; anzi peggio ancora, come 'la' fonte ultima del diritto [...] c) è, infine insostenibile una concezione <<ontologica>> dell'equità, concepita come un valore obbiettivamente conoscibile, cioè avulso (con un'operazione di analisi intellettualistica) dalla sintesi vitale che si realizza tra la norma di legge e la fattispecie nel giudizio del giudice".

675 v. S. ROMANO, Voce "Equità (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, Milano, 1966, p. 83, il quale sul punto afferma che "E' innegabile che maggiori e più vaste aperture sono offerte, nello studio dell'equità, dagli studiosi di filosofia che non da quelli del diritto <<positivo>>. Per questi, il tema, enunciato con le più ampie prospettive, finisce col circoscriversi nel ristretto cerchio di testuali, nonché eccezionali, espressioni normative di codici e di leggi speciali;

nell'astrattezza dell'etica pura, non è appagante per il giurista che deve impostare la ricerca sulla base della concretezza e certezza delle norme positive; tuttavia, gli studi del diritto in tema di equità, implicando una problematica non definita testualmente e priva di termini noti, si sono indirizzati prevalentemente verso la formulazione di una teoria generale fondata sull'equità concepita come principio morale che, secondo la coscienza sociale, regola le posizioni culturali e le scelte dei comportamenti. Si è così pervenuti all'idea comune che il diritto, in tutte le sue manifestazioni, sia nella fase formativa dell'ordinamento, sia in sede di svolgimento dei rapporti, è permeato da un sentimento etico che garantisce, più che l'equità, l'equilibrio dei rapporti, inteso come fenomeno idoneo ad adattare la configurazione generale della fattispecie normativa alle situazioni particolari, mediante il sussidio integrativo di regole di origine non statale⁶⁷⁶.

L'ipotizzato distacco funzionale dell'equità dal diritto positivo ha dato adito ad una teoria secondo la quale l'equità possa dirsi in contrasto con la legge, attingendo la spinta derogatoria dalla consuetudine o da altri fattori esterni idonei a legittimarla⁶⁷⁷.

Questa opinione estrema è incompatibile con l'ordinamento legalitario che riconosce unicamente il diritto positivo statale ed esclude in radice la legittimità di regole equitative di contenuto ad esso contrarie.

Occorre, invece, sottolineare che in un assetto ordinamentale complesso per le diverse provenienze degli elementi costitutivi, ma organizzato in modo che le strutture formative siano funzionali agli effetti giuridici positivamente previsti, le autonomie operative non possono degenerare in antinomie, dovendo perseguire finalità comuni.

L'equità, svolgendo un'azione giuridica costitutiva, non limita il suo apporto all'applicazione ed esecuzione della legge, ma concorre costruttivamente nella graduazione degli oneri e delle prestazioni nell'equilibrio dei rapporti, nella proporzione tra vantaggi e danni alla luce del principio di eguaglianza, lealtà e buona fede⁶⁷⁸.

In un contesto nel quale si riconosce all'equità una forza produttiva di diritto obiettivo di provenienza non direttamente statale, la funzione del diritto positivo non risulta appannata o degradata: esso continua ad essere la fonte primaria dell'ordinamento, sia per la recezione dell'equità come principio generale del diritto, sia per i rinvii all'equità finalizzati alla integrazione della normativa in relazione ai rapporti giuridici concreti.

Il collegamento del diritto positivo all'equità come elemento integrativo dell'ordinamento si manifesta in ogni caso nella disciplina dei limiti imposti alla autonomia negoziale ed alle scelte dei comportamenti individuali, in modo da garantire stabilmente la tutela di valori rilevanti sotto il profilo sociale⁶⁷⁹.

per quelli, invece, l'equità assume la concezione di un principio dominante l'intero sistema giuridico, fino a raggiungere la portata della vera fonte del diritto".

676 cfr. CALVO, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010, p. 15, il quale osserva come "L'arma dell'equità, unita al criterio della ragionevolezza in un tutt'uno che prende le forme della giustizia universalmente valida, consente al giudice di cogliere, attraverso l'attento bilanciamento degli interessi antagonisti coinvolti nel moto perpetuo tra tesi e antitesi, le impressioni, i sentimenti e i valori della società del suo tempo, per armonizzarli alle direttive e ai programmi contessenti le trame della legge fondamentale. Da quanto precede affiora che l'equità – vera e propria quintessenza del diritto – deve ispirare sia il lavoro del legislatore, sia quello delle corti. Il diritto decretato non può difatti essere dissaldato dalle esperienze applicative della giurisprudenza pratica; l'equità deve allora riverberarsi sia sulla fase – per così dire – ascendente, volta alla formazione delle regole scritte, sia su quella discendente, preordinata alla loro attuazione".

677 cfr. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in Ann. Camerino, 1880.

678 cfr. ROTONDI, *Considerazioni sulla funzione dell'equità in un sistema nel diritto positivo scritto*, in Riv. internaz. filos. dir., 1977, p. 678 ss.; SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 68 ss.

679 v. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, I, Torino, 2009, p. 92, il quale afferma che "l'equità contempera il diritto; il diritto senza equità è come un corpo che non si lascia vibrare dall'anima. Ora, la difesa di un diritto equo rappresenta un impegno per la libertà assodato che il diritto non è un <<ordine cieco>>, ma è <<ordine cosciente>>, ossia un ordine ancorato ai valori della umanità, tolleranza,

Al di là delle menzionate posizioni ideologiche sui contenuti e sulle funzioni dell'equità, non si può disconoscere che il diritto positivo è l'unico dato concreto su cui è impostata l'analisi giuridica dell'istituto in esame, dacché la sua essenza è strettamente connessa alle norme di rinvio delle quali vanno individuate la struttura e le funzioni.

In mancanza di precisi criteri giuridici, occorre fare riferimento al concetto superato dalla filosofia del diritto e sintetizzato nel principio di "eticità", assunto a fondamento del diritto oggettivo dalla coscienza popolare e dal legislatore.

Alla osservazione che le regole sull'equità consisterebbero nei principi generali del diritto richiamati nell'art. 12, secondo comma, delle disposizioni preliminari al codice civile, e non già nelle nozioni astratte elaborate in sede filosofica, si è replicato che l'essenza dell'equità è eterogenea rispetto ai principi di diritto positivo non corrispondenti al diritto naturale e, quindi, deve escludersi un rapporto di identificazione o di assimilazione tra l'equità ed "i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" che non sono riconducibili alle leggi della natura⁶⁸⁰.

Infatti, l'equità intesa come entità autonoma nella essenza, dotata di una positività distinta da quella normativa e formatasi nella coscienza collettiva attraverso l'autodeterminazione dell'uomo nei rapporti sociali, risponde all'orientamento dottrinario dominante; ed è parimenti acquisito al pensiero giuridico il principio che l'equità nell'ordinamento ha una funzione creativa di regole per effetto del rinvio normativo ad essa⁶⁸¹.

La configurazione di tale rapporto, oltre a convalidare la tesi della diversità ontologica dell'equità dai principi generali del diritto originati dalla volontà del legislatore, chiarisce il procedimento logico mediante il quale l'equità, di matrice extrastatale, viene a costituire un elemento integrativo e sussidiario della legge scritta in una società ordinata su base normativa, inserendo un fattore dinamico nella attuazione della giustizia del caso concreto.

L'equità, operante nella realtà giuridica mediante il riconoscimento legislativo dell'autonomia privata e dei relativi principi regolatori dell'eguaglianza e della proporzionalità nella disciplina dei rapporti concreti⁶⁸², tempera la rigidità della norma generale per adeguarla alle caratteristiche della fattispecie particolare⁶⁸³.

coerenza e giustizia. Di fronte all'ingiustizia tradotta in norma l'interesse – autentico pilastro dello Stato moderno – alla certezza delle regole deve cedere il passo alla ragionevolezza del diritto forgiato dalla mente umana. Non deve sfuggire che il diritto equo va inteso con senso pragmatico: esso, infatti, non adegua a specifici indirizzi filosofici o ad un ethos trascendentale ma, sull'abbrivio della ragione ponderante, assicura il saggio bilanciamento degli interessi in gioco dando a ciascun uomo il suo senza sottrarre quanto spetta agli altri. Equità significa ricerca d'equilibrio tra situazioni antagonistiche; significa, in altre parole, anteporre il valore della dignità umana a tutto il resto perché quel valore rappresenta il punto di partenza e d'arrivo dell'indagine intorno alle connessioni tra interessi discordanti".

680 cfr. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, p. 18 ss.

681 v. S. ROMANO, Voce "*Equità (dir. priv.)*", cit., p. 85, il quale osserva nella disamina dottrinale sul ruolo del principio di equità nell'ordinamento giuridico, come "il diritto positivo rimane la sola realtà concreta, e ogni specificazione sull'essenza dell'equità si traduce in un rinvio eccezionale, ammissibile in quanto previsto e disposto, nei confronti di qualcosa che è difficile precisare. Sotto questo profilo, la ricerca filosofica dimostra consapevolezza di tale stato di cose: quando si toglie all'equità un contenuto concettuale concretabile in termini giuridici per definirla <<aspirazione>>, <<forza>>, <<giustizia del caso singolo>>, <<giustizia commutativa>>, <<giustizia distributiva>> oppure esigenza del sentimento giuridico, complesso di regole poste dalla coscienza sociale, complesso di regole ideali, ecc., l'orientamento è nel senso di una ricerca di un terreno di maggiore consistenza. E si è visto che le concezioni più autorevolmente sostenute convergono verso l'equità intesa come principio etico, dominante l'intero diritto positivo, fonte universale del diritto".

682 cfr. P. PERLINGIERI, *Equità ed ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1150.

683 v. CALVO, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, cit., p. 23, il quale afferma che "la nozione di *bonum ed aequum* per un verso non può tradire la natura dei fatti, giacché altrimenti detta nozione rischierebbe di valere solo come una categoria astratta che si presta ad essere scacciata dal mondo reale, per l'altro non può fendere l'unitarietà dell'ordinamento. L'equità viene così a intersecarsi con la ragionevolezza e con gli ideali di proporzionalità, che esprimono un immanente contenuto di razionalità del diritto".

Sotto questo profilo, l'accennata prospettazione dell'equità come forza di contrasto e correzione del diritto positivo appare errata, essendo irrazionale e illogico il rinvio normativo ad essa per una sorta di autoinvalidazione.

La coerenza funzionale dell'equità col diritto positivo è stata evidenziata da un'autorevole dottrina, sia in riferimento ai contenuti dell'ordinamento, giudicato di per sé equo ed adeguabile alle contingenze, sia in relazione ai poteri del giudice che, nei casi concreti, non è legittimato a sostituirsi alla legge, né a correggerla o modificarla in forza di una malintesa autonomia del giudizio⁶⁸⁴.

La pluralità degli elementi costitutivi del sistema giuridico risulta dalle stesse norme positive di portata generale e speciale, che estendono la regolamentazione dei rapporti al di là dell'ordinamento scritto (solo apparentemente completo), correlandola alle modalità mutevoli dei comportamenti umani, approvate dalla coscienza sociale⁶⁸⁵.

I principi a cui l'ordinamento positivo rinvia in termini generali, senza specificarne la consistenza per la impossibilità di delinearli compiutamente e definitivamente in un contesto di esigenze in continua evoluzione, hanno origine nella realtà sociale, ossia nella normalità delle azioni personali nei gruppi e nella collettività, e sono imprescindibili nella valutazione giuridica dei fenomeni, dacché le attività umane sono naturalmente connotate dall'autonomia soggettiva che segna il passaggio dall'astrattezza della norma generale al caso concreto.

Il rapporto tra i vari elementi del sistema giuridico è posto in risalto anche nella Costituzione che, enumerando i principi fondamentali della Repubblica, riconosce e garantisce diritti inviolabili (non già, quindi, creati *ex novo*), come quelli inerenti allo svolgimento della personalità, alla solidarietà politica, economica e sociale, alla dignità umana, all'eguaglianza davanti alla legge, senza distinzioni qualitative; garantisce la libertà della persona da limiti economici e sociali⁶⁸⁶.

D'altra parte il codice civile riconosce piena autonomia negoziale nei limiti determinati dalla legge, anche all'infuori dei tipi specificamente disciplinati, alla condizione che gli interessi siano meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c. c.)⁶⁸⁷.

Numerose altre norme codicistiche e speciali fanno riferimento ai criteri direttivi ed operativi inseriti nella disciplina dei rapporti, ma non geneticamente legati al diritto positivo, come la correttezza, la buona fede, la meritevolezza, l'equilibrio economico tra le posizioni contrattuali, l'abuso del diritto, la parte debole del rapporto, lo spirito di liberalità, la

684 cfr. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, p. 18 ss.

685 v. P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, cit., p. 223, il quale afferma che "in un ordinamento complesso e articolato come il nostro, a struttura aperta a valori e principi normativi elaborati anche in fonti eteronome non nazionali, ed altresì caratterizzato dalla gerarchia delle fonti e dei valori, non ci è spazio per una interpretazione che non coinvolga la totalità dell'ordinamento e che non sia sistematica ed assiologica. Equità, ragionevolezza, proporzionalità sono nozioni che, sia pure in riferimento ad una fattispecie concreta, non possono non assumere funzioni e significati nel sistema di legalità costituzionale. Il sistema è unitario e le norme ordinarie sono, meglio devono essere, se non attuative di quelle costituzionali e comunitarie, almeno ad esse conformi. Il che rende poco probabile una netta separazione tra principi di rango ordinario, comunitario e costituzionale, con la conseguenza di escludere che le norme e principi di rango ordinario non incidano sull'equità e sulla ragionevolezza. Equità e ragionevolezza non possono che ricavarsi in riferimento all'ordinamento".

686 cfr. P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 4 ss.

687 In ordine all'interpretazione della nozione di meritevolezza dell'interesse si rinvia a quanto esposto nel capitolo secondo, ponendo particolare attenzione alla distinzione assiologica e funzionale tra la concezione corporativista (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 183, supportato nella sua tesi dalla Relazione del Guardasigilli al Re, sul libro IV "Delle Obbligazioni".) e quella solidarista ispirata ai valori costituzionali (CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 190 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.).

solidarietà, lo stato di bisogno, entità tutte originate dalla coscienza della collettività e recepite dagli ordinamenti generali⁶⁸⁸.

In una società organizzata sulla base di un diritto oggettivo derivante dallo Stato, a fronte di una realtà polimorfa caratterizzata da regole di diversa provenienza, come l'autonomia pubblica e privata, il costume sociale, gli usi consolidati, la "*opinio iuris*" diffusa, la problematica relativa all'inserimento delle diverse componenti è essenziale per la formazione di un sistema, il quale, oltre ad essere completo, deve avere l'attitudine ad adeguarsi alla evoluzione sociale e riferita agli interessi concreti e ai valori della persona.

Soltanto, attraverso la legge costituzionale e le altre fonti dell'ordinamento, aperto alla dinamica dei rapporti umani e delle esigenze generali, si concilia la rigidità e la certezza del diritto positivo col requisito della duttilità del sistema normativo: l'equità, identificata non tanto nel "giusto", posto o predeterminato, quanto nel "giusto" proiettato nella meritevolezza delle vicende umane e sociali, è considerata uno strumento aggiuntivo idoneo al conseguimento delle finalità del diritto⁶⁸⁹.

Il concetto di equità, enucleato dal giurista dalle numerose fonti del diritto positivo che ad esso rinviano, è determinato in relazione al diritto privato, posto che l'equità ha un'incidenza largamente prevalente nei rapporti privatistici, sia come complesso di regole generali, sia come elemento del "giusto" nei casi concreti⁶⁹⁰.

È fuor di dubbio che l'ordinamento positivo è caratterizzato dall'equità intesa nel senso di elemento della giustizia concreta, finalizzata cioè ad un'adeguata tutela dei reali interessi delle parti⁶⁹¹; ma non è chiara in dottrina l'autonoma essenza dell'equità in funzione di direttiva giuridica dei comportamenti nei rapporti intersoggettivi, svincolata dalla norma sul piano del contenuto.

Escluso che possa operare in contrasto col diritto positivo in senso correttivo o modificativo, l'equità va ricondotta, come accennato in precedenza, ai concetti radicati nella coscienza sociale, di equilibrio, di proporzione, di eguaglianza o giusta misura delle posizioni delle parti

688 v. S. ROMANO, Voce "*Equità (dir. priv.)*", cit., p. 92, il quale sintetizza questo punto affermando che "Il riconoscimento di un'azione costitutiva (autonomia) trasporta l'equità su un terreno che non è più soltanto di applicazione o esecuzione della legge. Naturalmente, aperta la via al riconoscimento di fonti del diritto obiettivo diverse da quella statutale, il compito di questa ultima è di delimitare l'ambito delle altre fonti e, in primis, di quelle dell'autonomia privata. Ma entro quell'ambito l'azione normativa di creazione, l'ordinamento particolare creato, acquistano i caratteri obiettivi del diritto positivo. E poiché gli istituti giuridici sono in definitiva il prodotto della società, quando si parla di un ambito entro il quale i privati determinano le regole dei loro rapporti, praticamente si indica la funzione di tradurre in concreto quegli ordinamenti elaborati in generale, e cioè uno degli aspetti caratterizzanti l'equità: in un certo senso, il diritto positivo generale legittima l'azione ordinante in quanto equa, cioè in funzione realizzatrice di ordinamenti particolari riprodotte misure di rapporti contenute nel parametro degli istituti riconosciuti. Mentre, sullo stesso terreno, avversa l'azione iniqua (ad esempio, negli art. 1447, 1448 c. c.). Potrebbe trasferirsi in questa sede la maggior parte dei riferimenti alla materia dell'abuso del diritto".

689 cfr. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2000, p. 28, il quale, in merito alla nozione di equità, afferma che "Il suo significato può identificarsi con un principio etico, con un criterio logico contrapposto al giudizio di diritto, con la valorizzazione di circostanze soggettive ed oggettive che non avrebbero altrimenti rilievo nella valutazione del contratto. In ogni caso il diritto all'equità dei rapporti contrattuali individua una pretesa ad una valutazione che superi la mera legalità quando essa sembri "espellere dal proprio seno la giustizia".

690 v. P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, cit., p. 224-225, il quale rileva come "l'equità e la ragionevolezza a volte rappresentano la stessa ragione giustificativa della norma scritta, specie se letta alla luce della Costituzione e delle norme gerarchicamente superiori. Non vale dunque contrapporre equità-sostitutiva ed equità-integrativa. L'equità è spesso la sintesi di più principi normativi, rappresenta comunque un bilanciamento di valori, funge da strumento di proporzione e di ragionevolezza e non può essere concepita se non in conformità a norme imperative e inderogabili che possono essere ben indicate da norme ordinarie, da <<principi regolatori della materia>> o da <<principi generali dell'ordinamento dello Stato>>".

691 cfr. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000, p. 8 ss.; ROPPO-BESSONE, *Equità interpretativa ed economica del contratto. Osservazioni sull'art. 1371 del codice civile*, in *Giur. it.*, 1974, IV, p. 248 ss;

nella fase dinamica dei rapporti, nella quale confluiscono anche fattori extranormativi⁶⁹²: tra questi hanno un ruolo rilevante l'autonomia attribuita ai privati nella formazione degli atti giuridici e delle regole di contegno nell'ambito dei rapporti contrattuali, il riconoscimento giuridico dell'attività privata creativa dell'ordinamento, il potere moderatore del giudice nel riequilibrio delle posizioni in contrasto (avente efficacia non solo dichiarativa di conformità alla legge, ma anche costitutiva del diritto nel caso concreto)⁶⁹³.

In riferimento alla valenza dell'equità come ordinamento del rapporto concreto, la dottrina è concorde nel considerare legittima la sua funzione regolatrice delle fattispecie particolari, in quanto essa è lo strumento necessario e imprescindibile per la transizione della norma generale ed astratta ai rapporti concreti, che vanno disciplinati con misure extratestuali, ma riconosciute ammissibili dalla legge, per la loro aderenza ai fenomeni giuridici reali⁶⁹⁴.

La nozione di equità, nonostante la sua ampiezza ed il suo polimorfismo, è sinteticamente riducibile a pochi principi ordinanti delle azioni umane, volte al conseguimento di finalità individualmente utili, ma soprattutto rilevanti socialmente ed eticamente.

Tali principi, prodotti dall'esperienza, fanno parte dell'ordinamento, in quanto riconosciuti validi dal diritto positivo, nonostante l'origine extrastatale, ed hanno un comune supporto nell'autonomia negoziale e comportamentale, che è la forza motrice e creativa della collettività organizzata. Il riscontro psicologico e mentale dell'autonomia è la libertà, costituente un diritto inviolabile della persona nei limiti imposti dalla legge.

Occorre, al riguardo, sottolineare che i riferimenti legislativi all'equità espressi in norme generali e in disposizioni speciali, non creano diritto soggettivo, ma conferiscono valore giuridico a regole di attività accettate dalla coscienza collettiva ed entrate nel costume e nella consuetudine⁶⁹⁵.

I valori compresi nell'ampia nozione di equità sono molteplici ed omologhi sotto il profilo etico e sociale; ma, in tema di autonomia contrattuale costituente la fonte ordinamentale più importante dell'attività giuridica privata, il valore fondamentale è rappresentato dal principio di eguaglianza nel senso di temperamento equilibrato delle posizioni delle parti sia nella fase della disciplina in concreto del rapporto, sia in funzione di orientamento interpretativo del sistema a favore del contraente debole nelle ipotesi di obbligazioni con prestazioni sproporzionate ed inique, contratte in stato di pericolo o di bisogno (artt. 1447 e 1448 c. c.)⁶⁹⁶.

692 cfr. D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, cit., p. 18, il quale afferma che "l'equità cui fa riferimento il codice, sia essa prodotto dell'iniziativa delle parti, sia essa invece il risultato dell'attività discrezionale del giudice, è da intendere sinonimo di equilibrio contrattuale [economico (riguardante cioè il rapporto di valore tra i vantaggi patrimoniali: artt. 1384, 1450, 1467 e artt. 1474, 1657, 1709, 1733, 1736, 1755, 2225, 2233 ed anche giuridico (riguardante cioè anche la proporzione tra diritti e doveri: artt. 1349, 1371, 1374)]".

693 v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 225, il quale rileva come "L'equità [...] si pone tra l'autodeterminazione dei privati e la determinazione legale, in una zona, per così dire, *residuale* [...]: comportando una valutazione il più possibile aderente all'interesse regolato (per la sua natura individualizzante), essa si concreta nell'attribuzione al giudice del potere di assumere sotto il profilo del regolamento quelle *circostanze* del contratto che, al suo apprezzamento discrezionale, appariranno le più adeguate allo scopo".

694 v. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, cit., p. 118, che sottolinea come "Equità non equivale ad arbitrio assoluto o all'assenza di qualsivoglia vincolo legalitario. I dettami assiologico e teleologici estrapolabili dal sistema con ampiezza e profondità variabili, se sono inadatti a descrivere minuziosamente i confini della decisione statuente la regola del caso concreto, devono nondimeno concorrere a determinarne la sua legittimazione logica. Si può dire che la decisione di equità sia un atto sempre secondo diritto ma non necessariamente applicativo della legge positiva. Quest'ultima considerazione ci aiuta a meglio comprendere il significato della proporzione secondo cui la legislazione equitativa fluisce lungo i canali orientati dall'assiologia costituzionale".

695 cfr. GUASTINI, *Equità e legalità*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2243 ss.; ALPA, *L'equità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 231 ss.; ROTONDI, *Equità e principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, p. 268 ss.

696 v. S. ROMANO, Voce "*Equità (dir. priv.)*", cit., p. 96, il quale al riguardo afferma che "appare logico ritenere che la funzione del giudice sia ricostruttiva di un rapporto e più precisamente ricostruttriva della norma regolatrice del rapporto stesso, in caso di controversia relativa ad un processo di costituzione di un atto dell'autonomia privata. Oppure può anche riferirsi alla determinazione del rapporto, nel presupposto che esso sussista sulla base di

L'equità come valore etico e sociale ha una cospicua incidenza sulle modalità attuative del contratto generato dall'autonomia privata: se, nonostante l'applicazione delle regole dettate dagli artt. 1362 e ss. c. c., il significato rimanga oscuro, il contratto deve essere inteso "nel senso meno gravoso per l'obbligato", qualora sia a titolo gratuito; e secondo il criterio dell'equo contemperamento degli interessi coinvolti, se a titolo oneroso (art. 1371 c. c.)⁶⁹⁷.

In tali ipotesi, i parametri interpretativi suggeriti dalla norma sono ispirati, oltre che alla menzionata regola di eguaglianza, ai principi di correttezza e di buona fede, che devono caratterizzare l'autonomia riconosciuta dal diritto positivo.

Analoga funzione equilibratrice, collegata alla correttezza e alla buona fede nei rapporti contrattuali, svolge il rinvio all'equità in tema di riduzione della penale, ai sensi dell'art. 1384 c. c., nelle ipotesi di adempimento parziale dell'obbligazione principale o di manifesta eccessività dell'ammontare della sanzione: la legge prevede un'equa riduzione connessa al comportamento parzialmente positivo dell'obbligato o alla eccessiva sproporzione della penale pattuita rispetto agli effetti economici del rapporto, ponendo all'autonomia negoziale dei limiti derivanti dal sostrato etico dell'ordinamento positivo e dalle finalità sociali dei fenomeni economici⁶⁹⁸.

I numerosi rinvii della legge all'equità sono tutti caratterizzati dalle implicazioni morali e sociali sottese alle fattispecie indicate a titolo esemplificativo; sicché dal quadro generale e speciale è lecito trarre la conclusione che l'equità integra l'ordinamento giuridico in forza dei richiami contenuti nella legge, non essendo configurabile, in un assetto normativo ordinato su una base positiva statale, l'inserimento di regole non recepite o non convalidate da uno specifico rinvio ad esse.

Richiamando, però, un concetto in precedenza espresso, è necessario distinguere l'equità, che ha matrice extrastatale, dal diritto positivo in relazione alle rispettive sfere di valenza giuridica.

È opinione diffusa che l'equità, come principio etico, permea e caratterizza il diritto positivo e non si pone in nessun punto in contrapposizione all'ordinamento; ma è incontestabile che essa svolge anche una funzione autonoma e integrativa dell'assetto giuridico complessivo⁶⁹⁹.

Al di là della distinzione ontologica, il diritto positivo è un complesso di regole di comportamenti e di rapporti espresse in formule generali ed astratte che hanno il pregio della certezza e della precisione oggettiva; esso, però, fornisce una rappresentazione statica dell'ordinamento, avendo riferimento ad un soggetto non personalizzato, avulso dalla realtà operativa, di modo che il quadro normativo è privo di collegamento diretto con l'attività umana e con i valori afferenti alla persona⁷⁰⁰.

elementi normativi accertati in qualche misura in una norma oscura, e che si tratti di costituire il solo effetto ragionando con criteri propri di una transazione".

697 v. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 73 ss; SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 68 ss.

698 cfr. CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziaria*, in *Riv. arbitrato*, 2006, p. 387 ss.; ID., *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. arbitrato*, 1999, p. 71 ss.; PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 353; TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002; FANCELLI, *Sulla riducibilità di ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 70 ss.

699 La costruzione del rapporto tra equità e diritto non in termini di contrapposizione ma di reciproca funzionalità è in parte ravvisabile in BROGGINI, *Aspetti storici e comparatistici*, in *L'equità*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, in *Problemi attuali di diritto e procedura civile*, Milano, 1975, p. 24, il quale afferma che "Il giurista non costruisce le soluzioni equitative del *ius praetorium* facendole sgorgare direttamente dalla sua coscienza, o dai principi generali dell'*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*, ma precisando, affinandolo, correggendo la precedente soluzione positiva, che egli trova nel testo del *ius civile*".

700 v. CALVO, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, cit., p. 15-16, il quale afferma che "Il valore che si esprime nella certezza delle regole positive non rappresenta in sé e per sé l'alfa e l'omega dello Stato di diritto. Prova ne sia che dinanzi all'ammissione della fallibilità dei parlamenti e in opposizione al metodo della sussunzione, professato da chi accosta l'ordinamento giuridico ad una specie di

La realtà giuridica, invece, è centrata sulla iniziativa privata come proiezione della libertà individuale nelle dimensioni morale, sociale ed economica interagenti.

È innegabile che l'esigenza, socialmente avvertita, della prevalenza dei valori etici sugli interessi materiali abbia riscontro nell'ordinamento giuridico attraverso l'applicazione razionale dell'equità che, nell'ampiezza della sua accezione, realizza l'elemento dinamico imprescindibile della giustizia del caso concreto, senza porsi in contrasto col diritto positivo⁷⁰¹.

Posto il requisito dell'adequabilità ai rapporti particolari, i contenuti dell'equità non sono rigidamente predeterminati, ma devono essere coerenti col principio della eticità dei comportamenti giuridicamente rilevanti, nel senso che la spinta al soddisfacimento dei legittimi bisogni, morali e materiali, vada rapportata agli equilibri intrinseci dei rapporti.

Attraverso l'equità, configurata come uno dei valori fondamentali e come fonte autonoma aggiuntiva dell'ordinamento, si realizza il passaggio dall'assolutezza delle norme positive alla relatività della disciplina particolare, la quale esprime il "giusto" sostanziale: viene, così, a consolidarsi nell'esperienza giuridica il diritto del caso concreto, che presenta profili soggettivizzati e correlati alla persona o ad un gruppo sociale, in coerenza col sistema oggettivo.

Una dottrina ha precisato che l'equità ha il suo punto di riferimento nell'azione giuridica "ordinante" del soggetto, nel senso che ogni persona crea un proprio ordinamento e conforma ad esso il comportamento, assumendo come parametro l'ordinamento generale riconosciuto dalla coscienza sociale e integrato dal diritto positivo statale⁷⁰².

Tale condivisibile puntualizzazione chiarisce che i fenomeni giuridici in una collettività legalitaria fanno leva essenzialmente sull'attività della persona, svolta nell'interesse individuale o in funzione sociale, e che la legge nella sua astrattezza statica, cioè separata dalla realtà operativa, "sarebbe un corpo senza vita".

L'equità, quindi, si traduce in una autoregolamentazione con valore ordinante e complementare rispetto al diritto positivo.

Il collegamento della norma positiva alle esigenze della persona tramite l'equità trova un campo di applicazione privilegiato in materia privatistico, nella quale le regole particolari ai singoli rapporti interagiscono con quelle generali dell'ordinamento statale, fermo restando che il motore della realtà giuridica è l'attività dell'uomo⁷⁰³.

È questa la ragione, insieme pratica e morale, del riconoscimento statale dell'autonomia privata come fonte di obbligazioni contrattuali e in genere negoziali, con effetti interni ed esterni, determinandone liberamente i contenuti anche all'infuori delle fattispecie tipiche, nei limiti imposti dalla legge e con l'osservanza dei principi della buona fede, della correttezza e dell'equilibrato contemperamento degli interessi contrapposti.

È opportuno accennare ai rapporti tra la Costituzione e l'equità, che, secondo un'impostazione più risalente, apparirebbero privi di legami sostanziali, dal momento che la

struttura gerarchica entro la quale sono incastonabili le norme positive disciplinanti in modo esaustivo la totalità delle vicende umane, l'interprete deve anteporre all'arbitrio del legislatore i valori costerni dell'equità e ragionevolezza per non correre l'azzardo di agire *contra aequitatem isutitiae et contra bonum*",

701 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 215 ss., il quale afferma che "L'attuale momento storico non è tanto quello dell'opposizione ius e aequitas, quanto quello dell'aequitas secondo i "principi" espressi dallo ius e applicati dal giudice nella discrezionale valutazione delle circostanze concrete, nel rispetto, ancor più che logico (e quindi sillogistico), assiologico dello ius. Pertanto anche il giudizio secondo equità non può non rientrare nella legalità costituzionale (art. 101 cost.) e caratterizzarsi per un'adeguata motivazione quale necessario presupposto per la tutela dei diritti (art. 24 cost.)".

702 v. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annali Bologna*, 1923-1924; RESCIGNO, *Le società intermedie*, Bologna, 1958.

703 v. CALVO, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, cit., p. 25-26; PALAZZO-FERRANTI (a cura di), *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 11 ss.; cfr. GALGANO, *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 401 ss.

Legge fondamentale si limiterebbe a riconoscere e garantire istituti e regole giuridiche preesistenti o comunque originati da altre fonti produttive⁷⁰⁴.

Questo dubbio è agevolmente superabile considerando che la normativa costituzionale, quale fattore primario di legittimità e congegno di coordinamento di una pluralità di ordinamenti generali e particolari, nel riconoscere e garantire rapporti a rilevanza sociale e individuale, assolve alla funzione di attribuire ad essi il requisito della giuridicità: il riconoscimento non è una mera dichiarazione conoscitiva, ma equivale ad imposizione di doveri e ad attribuzione di facoltà tutelate ai destinatari; ed inoltre statuisce principi generali e diritti inviolabili della persona che assumono un ruolo fondante dell'intera precettistica dell'ordinamento⁷⁰⁵.

La controversa problematica dei rapporti tra equità e diritto positivo, esaminata in precedenza, presenta un aspetto particolare in ordine alla posizione dell'organo giudicante. Il quesito a cui la dottrina ha dato una risposta riguarda le ipotesi in cui l'equità è richiamata espressamente dalla norma positiva ed in particolare se possa avere un'autonoma funzione correttiva o modificativa della legge.

L'orientamento negativo tradizionale, in riferimento al potere del giudice, si fonda sul rilievo che questi non può in nessun caso disapplicare la legge in forza di interpretazioni, a volte favorevoli e a volte contrarie, della nozione di equità: i principi equitativi che il giudice deve applicare hanno una valenza unica ed insuscettibile di valutazione discrezionale, sicché la pronuncia giudiziale deve corrispondere alla regola dettata dalla norma, essendo inammissibile un effetto correttivo sostitutivo di essa.

La soluzione della questione nel senso della necessaria corrispondenza contenutistica tra le due fonti dell'ordinamento (l'equità e il diritto positivo) non appare correttamente impostata.

Il giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.), ha il potere di giudicare, ossia di definire la controversia applicando norme preesistenti. Tale potere ha la caratteristica costante di dichiarare il diritto oggettivo e di portarlo ad esecuzione mediante il processo, col quale si attua la sostituzione della volontaria attività personale di esecuzione dell'ordinamento con la funzione giurisdizionale dello Stato, di modo che la controversia non risolta consensualmente dai soggetti privati interessati, viene definita dal giudicante in posizione di terzietà rispetto alle parti, attraverso l'applicazione delle regole sostanziali dell'originario rapporto giuridico⁷⁰⁶.

In conseguenza, il potere equitativo del giudice nel settore del diritto privato corrisponde puntualmente ai contenuti dell'equità in funzione di elemento regolatore dei rapporti giuridici costituiti in forza dell'autonomia attribuita dal diritto positivo ai consociati. Tale oggettiva equivalenza esclude che l'equità, come indirizzo operativo del giudice, possa contrapporsi al diritto positivo che la richiama; e comporta che la stessa, svincolata dal contenuto sostanziale della norma, si identifichi nei principi etici e sociali dell'eguaglianza, dell'equilibrio delle posizioni antitetiche, della correttezza e della buona fede, radicati nella coscienza sociale e di matrice extrastatale⁷⁰⁷.

I principi equitativi, ai quali il diritto positivo rinvia, pur non derivando quanto ai contenuti dalla legge, fanno parte dell'ordinamento giuridico; ma, per l'esigenza della duttilità

704 cfr. S. ROMANO, Voce "Equità (dir. priv.)", cit., p. 89.

705 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 159 ss.

706 v. P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, cit., p. 224-225.

707 v. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 34-35, che afferma come "Il giudizio di equità [...] non costituirebbe un arbitrario esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto esso è dominato e diretto dai principi fondamentali della Costituzione. Grazie alle norme fondamentali della Costituzione, il giudice può rendere operativi, nella regolamentazione privata, quei valori supremi, che vengono attuati nel caso concreto, anche se a mezzo di un giudizio che resta comunque soggettivo. In questa prospettiva, un ruolo essenziale è svolto dall'art. 2 Cost., che prevede il generale dovere di solidarietà sociale, alla realizzazione del quale dovrà tendere l'azione creativa del giudice; parimenti importante si presenta l'art. 41 Cost., che assegna al giudice "il potere di verificare in concreto la non dannosità (sociale) dell'operazione economica privata [cit. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 395]".

adeguatrice al caso concreto (requisito incompatibile con la rigidità della norma scritta di portata generale), vengono elaborati dall'autonomia del privato o sussidiariamente dalla discrezionalità del giudice, in relazione ai valori ed alle caratteristiche variabili della persona, per l'attuazione della giustizia del caso concreto⁷⁰⁸.

Questa puntualizzazione evidenzia che i fenomeni giuridici in uno Stato di diritto fanno leva essenzialmente sull'attività della persona, svolta sia nell'interesse individuale che in funzione sociale, e che la legge, nella sua astrattezza statica, cioè separata dalla realtà operativa, sarebbe "un corpo senza vita".

L'equità, quindi, si risolve in una autoregolamentazione con valore ordinante e complementare rispetto al diritto positivo.

L'esercizio del potere giurisdizionale è un fenomeno complesso sul quale incidono fattori di origine e struttura diverse, inquadrabili in categorie ideologiche ben definite.

L'azione del giudice è tipicamente espressiva di tale complessità, in quanto il categorico assoggettamento "*soltanto alla legge*" è fortemente temperato dall'imprescindibile dovere di trarre elementi di valutazione fattuale da una realtà polimorfa e personalizzata, che trascende i contesti generali e statici del dettato legislativo⁷⁰⁹.

L'equità, come si è già rilevato, ha una valenza ordinante dell'azione giudiziaria, sia con riguardo alle implicazioni etiche e sociali del diritto positivo, sia in riferimento alla autonoma funzione integrativa dell'ordinamento, che essa assume nelle ipotesi di espresso rinvio normativo⁷¹⁰.

Le attribuzioni del giudice, oltre a svolgersi nell'ambito della elaborazione ed applicazione del principio di equità, si estendono alla interpretazione del testo legislativo per individuare l'inerenza al caso concreto⁷¹¹.

Le due operazioni mentali, però, astrattamente distinte, si intrecciano ed interagiscono sul piano operativo, accomunate come sono dall'interesse pubblico unitario alla piena realizzazione del principio costituzionale di legalità, riferito in particolare all'attività giurisdizionale ed alla subordinazione del giudice soltanto alla legge (art. 21 e 110 Cost.).

L'apparente icasticità del principio di assoggettamento del giudice alla legge ha sovente dato luogo all'equivoca opinione che il potere giudicante fosse limitato alla interpretazione del testo normativo.

In realtà, il potere del giudice è esteso anche all'applicazione di regole non contenute nel diritto positivo, ma di provenienza esterna alla legge.

Le stesse pratiche generali, che il codice definisce "interpretative" (art. 1368 e ss. c. c.) coinvolgono l'individuazione e la formulazione di principi non originati dalla norma, ma radicati nel costume e nella coscienza dei consociati, come dimostra il riferimento "*alla pratica generale del luogo-sede dell'impresa*", al parametro di valutazione comparativa degli oneri e degli interessi delle parti dedotti nelle obbligazioni, o, come appare con maggiore evidenza, ai rinvii della norma all'equità genericamente e indicata ai fini del giudizio concreto.

708 v. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, cit., p. 118; cfr. MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 215 ss.; BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 837; TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 471.

709 v. TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, cit., p. 471 ss.; FERRANTI, *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e le conseguenze sul piano processuale della riconciliazioni fra diritto ed equità operata dalla corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2922.

710 cfr. BROGGINI, *Aspetti storici e comparatistici*, in *L'equità*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, cit., p. 24; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 10 ss.; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2000, p. 28.

711 v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 205 ss.

Perciò il potere del giudice, anche quando è testualmente catalogato di natura interpretativa, può avere ad oggetto la produzione di regole ordinanti, che integrano l'ordinamento giuridico in riferimento alla fase dinamica dell'applicazione del diritto oggettivo nei casi particolari⁷¹².

7.1. *L'equità come fonte di integrazione del contratto nella rilettura assiologica. I poteri del giudice di intervento correttivo del regolamento contrattuale secondo equità.*

L'interazione tra valori personalistici e norme di diritto privato ha aperto di recente nuovi ambiti operativi al principio di equità, che nell'attuale contesto dei rapporti intersoggettivi si pone come condizione di equilibrio e come criterio ermeneutico della normativa sulle operazioni negoziali, alla luce delle regole fondamentali della Costituzione, relative in particolare alla tutela della dignità della persona umana⁷¹³.

L'equità si configura, in sede ermeneutica contrattuale, come temperamento delle istanze individualistiche, collegate ad interessi economici particolari, con quelle di rilevanza generale implicanti i valori fondamentali.

Il superamento dei limiti testuali della legge, dettati nell'art. 12 delle disp. pre. leg., comporta l'utilizzazione, in tema di interpretazione dei contratti, di criteri valutativi ispirati a principi assiologici riferiti alla tutela prioritaria della dignità personale, compatibilmente con la solidarietà e con l'assetto democratico del Paese⁷¹⁴.

Inoltre, è possibile oltrepassare i rigidi limiti derivanti dal positivismo normativo, mediante un'interpretazione evolutiva degli istituti giuridici (comprensivi del contratto), in modo da adeguarne la funzionalità alle esigenze attuali sia dell'individuo che della società, estese anche ai rapporti tra l'autonomia privata e i poteri pubblici⁷¹⁵.

Siffatto metodo interpretativo, risultante da una rilettura completa anche del diritto civile degli affari, nel quale si estrinseca "sostanzialmente" la personalità umana, lungi dal compromettere, la certezza e la stabilità del sistema giuridico complessivamente considerato, lo rafforza, basandolo su valori universali che si adeguano ai mutamenti dei rapporti economici, nel rispetto dell'assetto costituzionale e segnatamente nell'osservanza dei principi contenuti negli artt. 3, comma secondo, e 41 Cost., diretti a garantire l'uguaglianza dei cittadini e l'iniziativa economica privata coordinata con l'utilità sociale⁷¹⁶.

In quest'ottica, l'equità assurge anche a criterio generale di formazione della norma, essendo sottesa ai contenuti dell'ordinamento e finisce per legittimare, in ambito negoziale, un intervento dell'interprete che assicuri l'equilibrio dell'assetto di interessi convenuto dai privati.

Infatti, il superamento di un formalismo concettuale rigidamente legato alla formula testuale della legge, consente di ampliare l'ambito della previsione, congiungendo agli interessi

712 v. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, cit., p. 118 ss.

713 cfr. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 18 ss.; CONDORELLI, *Equità e diritto*, cit., p. 295 ss.; più di recente v. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000, p. 8 ss.; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, p. 15 ss.; ROPPO-BESSONE, *Equità interpretativa ed economica del contratto. Osservazioni sull'art. 1371 del codice civile*, in *Giur. it.*, 1974, IV, p. 248 ss.; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 86 ss.

714 v. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit, p. 84 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 1 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 49; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 10 ss.

715 v. DONATI, *La concezione della giustizia nella vigente costituzione*, Napoli, 1998, p. 259 ss.; BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 2002, p. 21 ss.; cfr. anche VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2000, p. 32 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 1 ss.

716 cfr. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, p. 21 ss.; BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, cit, p. 22 ss.; cfr. anche VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 32 ss.

privatistici i valori fondamentali della persona, in modo da attualizzare la valenza dell'interpretazione connessa a dati naturalmente variabili⁷¹⁷.

A questo punto è opportuno accennare ad alcune delle ipotesi rilevanti di intervento equitativo, contemplate nella normativa generale.

L'art. 1374 c. c. stabilisce che "*il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche alle conseguenze che derivano secondo la legge o, in mancanza secondo gli usi e l'equità*": queste ultime fonti rientrano nel regolamento contrattuale, svolgendo una funzione ulteriore e più incisiva rispetto a quella meramente interpretativa, indicata nell'art. 1371 c. c.⁷¹⁸, in quanto determinano un'integrazione eteronoma, sulla base di elementi non riconducibili alla volizione privata.

Rientra nella categoria di intervento equitativo del giudice la previsione di riduzione della penale manifestamente eccessiva (art. 1384 c. c.), la quale, secondo la giurisprudenza concorde, può essere disposta anche di ufficio⁷¹⁹. Nell'ipotesi di cui all'art. 1526 c. c., oltre alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore ed alla condanna del venditore a restituire le rate riscosse, può essere riconosciuto all'acquirente il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, in forza di determinazione giudiziale.

Nel caso di cui all'art. 1664, comma secondo, c. c., nel quale si stabilisce che se nel corso di realizzazione di un'opera edile appaltata, si verificano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più

717 In merito alla suprema valenza nell'ordinamento dei principi e valori personalistici ed alla loro incidenza sui rapporti interprivatistici, è d'obbligo il riferimento al più autorevole sostenitore di tale orientamento. V. al riguardo P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 433, il quale rileva come "i concetti di <<diritti inviolabili dell'uomo>>, di <<personalità>>, di <<doveri inderogabili di solidarietà>>, ai quali si richiama l'art. 2 cost., mostrano la decisiva influenza sul costituente del personalismo e del solidarismo d'ispirazione cristiana. Nel personalismo s'incontrano ideologie che, dopo la seconda guerra mondiale, trovano un compromesso politico nei principi fondamentali delle nuove democrazie occidentali e, in parte, di quelle orientali: lo spiritualismo cattolico, con venature modernistiche e sociali che hanno dato origine al cristianesimo sociale moderno; l'esistenzialismo, il marxismo, rifiutato nella sua integralità dal personalismo, ma apprezzato per la sua sostanza umanistica di liberazione sociale. Spogliato dei riferimenti polemici e confrontato dalla parallela evoluzione del pensiero liberale dall'interesse individuale egoistico (massimizzazione del benessere) al riconoscimento dell'irriducibile pluralità dei valori umani, il personalismo non appartiene ad una specifica corrente di pensiero. La "persona" – intesa come connessione essenziale in ciascun individuo della stima di sé, della cura dell'altro e dell'aspirazione a vivere in istituzioni giuste – è oggi il punto di confluenza di una pluralità di culture, che riconoscono in essa il proprio riferimento di valore [...]. Tale è la scelta della Costituzione italiana, che <<riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale>> (art. 2). Il principio di tutela della persona, quale supremo principio costituzionale, fonda la legittimità dell'ordinamento e la sovranità dello Stato. La persona è inseparabile dalla solidarietà: aver cura dell'altro fa parte del concetto di persona". Le esposte concezioni rendono, quindi, evidente il coordinamento tra i diversi principi di ispirazione personalistica, ed in particolar modo con lo stesso art. 3 Cost., con la conseguenza che "la solidarietà esprime la cooperazione e l'eguaglianza nell'affermazione dei diritti fondamentali di tutti".

718 Al riguardo l'orientamento della dottrina è considerevolmente cambiato nel corso del tempo. Infatti, un primo orientamento riteneva che le fonti di integrazione del contratto indicate nell'art. 1374 c. c., avessero un ordine gerarchico in base alla elencazione contenuta nella disposizione e trovassero applicazione solo in presenza di lacune del regolamento convenzionale ed operassero quali modalità di "estensione" della volontà già manifestata dai privati. Solo successivamente si sono sviluppati indirizzi dottrinali differenti secondo cui le fonti contemplate nella norma avrebbero efficacia concorrente nella determinazione del regolamento negoziale, che, pertanto, sarebbe il risultato del concorso egualitario di molteplici fonti. V. sul punto v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 2 ss.; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 68.

719 cfr. CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziale*, cit., p. 387 ss.; PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, cit., p. 353.

onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto ad un equo compenso, anche in questo caso mediante quantificazione giudiziale⁷²⁰.

Stà di fatto che, nell'attuale contesto ordinamentale, l'interazione dei principi costituzionali di stampo personalistico rafforza il ruolo del criterio di equità, quale mezzo di integrazione del regolamento negoziale, attribuendo al giudice il potere di intervenire positivamente sul contenuto economico del contratto, al fine di assicurare l'equilibrio patrimoniale delle prestazioni convenute, adeguandole ai valori di mercato e realizzando un risultato coerente con i valori solidaristici che devono ispirare i traffici economici e giuridici⁷²¹. In tal senso, l'equità diviene uno strumento fondamentale al fine di garantire la "giustizia" sostanziale delle transazioni commerciali, permettendo un controllo diretto sull'equilibrio economico del contratto⁷²².

Attraverso il contemperamento degli interessi contrapposti, nel quadro dei diritti fondamentali della persona, il giudice compie una valutazione oggettiva che porta a bilanciare proporzionalmente le sfere patrimoniali delle parti contrattuali⁷²³: l'apporto equitativo del giudice non è arbitrario o dipendente da sue valutazioni personali, ma è doveroso per legge.

Analogamente anche l'arbitrato di equità è regolato in base al principio di legalità, dovendo la decisione, assunta mediante tali canoni, comunque, essere emessa nell'ambito dei criteri fondamentali dell'ordine giuridico, ossia seguire la linea interpretativa segnata dai valori costituzionali⁷²⁴, che rappresentano il punto di unità dell'intero ordinamento giuridico ed al tempo stesso un argine sicuro rispetto a valutazioni soggettivistiche dell'operatore del diritto.

720 v. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, cit., p. 11 ss.; A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, cit., p. 111 ss.; CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 15 ss.

721 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.

722 cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, p. 96.; D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, p. 1 ss.; v. in giurisprudenza Cass. civ., Sez. Un., sentenza 13 settembre 2005, n. 18128, in *Danno e Resp.*, 2006, 4, p. 411, in cui si afferma che "In mancanza di un'iniziativa di parte, il potere di riduzione della penale manifestamente eccessiva di cui all'art. 1384 c.c. può essere esercitato anche d'ufficio, dovendosi riconoscere in tale intervento correttivo la realizzazione del generale interesse alla ricostruzione dell'equilibrio contrattuale".

723 cfr. MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo* a cura di Grilli e Sassi, cit., p. 599 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 309 ss.; TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e Impr.*, II, 1998, p. 469 ss.

724 In merito alle modalità concrete attraverso cui addivenire alla realizzazione di un risultato rispondente ad equità in ambito di rapporti intersoggettivi, v. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, cit., p. 118, il quale rileva come "equità non equivale ad arbitrio assoluto o all'assenza di qualsivoglia vincolo legalitario. I dettami assiologico e teleologici estrapolabili dal sistema con ampiezza e profondità variabili, se sono inadatti a descrivere minuziosamente i confini della decisione statuale la regola del caso concreto, devono nondimeno concorrere a determinarne la sua legittimazione logica". Proseguendo su questa linea l'illustre Autore addivene alla conclusione secondo cui "...la decisione di equità sia un atto sempre secondo il diritto ma non necessariamente applicativo della legge positiva". Ciò induce a constatare che "...la legislazione equitativa fluisce lungo i canali orientati dell'assiologica costituzionale".

8. *La clausola generale di buona fede quale strumento volto a garantire l'equilibrio economico del regolamento negoziale.*

La problematica dell'equilibrio contrattuale, in particolar modo con riferimento al contenuto economico, è stata collegata da una parte della dottrina e della giurisprudenza al ruolo che la clausola generale di buona fede è chiamata a svolgere nel contesto delle vicende negoziali⁷²⁵.

Il codice civile fa riferimento alla buona fede in molteplici disposizioni, mettendone in evidenza due diverse sfaccettature: quella soggettiva, intesa come ignoranza di arrecare ad altri un pregiudizio mediante il proprio comportamento giuridicamente rilevante; quella oggettiva, che intende la buona fede come regola di condotta, connessa ai doveri, positivamente previsti, di correttezza e diligenza, ritenuti espressione concreta del generale principio di solidarietà sociale stabilito nell'art. 2 della Costituzione e richiamato nell'art. 41 Cost., quale limite all'iniziativa economica privata.

La buona fede quale regola di comportamento è operativa in tutte le fasi di svolgimento del rapporto contrattuale: in sede di trattative pre-contrattuali (art. 1337 c. c.); come criterio di interpretazione del contratto (art. 1366 c. c.); nel corso dell'esecuzione del contratto (art. 1375 c. c.).

Tuttavia, l'incidenza della buona fede, prevista nelle menzionate disposizioni, sui rapporti negoziali è stata variamente condizionata dalle ideologie implicate nelle normative e dalla sensibilità dell'interprete⁷²⁶.

Si è, infatti, passati da un'originaria connotazione statica e riduttiva della buona fede, intesa come criterio interpretativo sussidiario in casi di "lacunosità del regolamento privato", diretto a "sviluppare il contenuto volontario espressamente manifestato dai contraenti nel contratto per colmare alla stregua di esso le carenti previsioni dell'accordo"⁷²⁷, ad una esaltazione della sua funzione quale strumento integrativo del contratto o correttivo delle statuizioni espresse, "anche in assenza di lacune e di carenze del dispositivo privato", in rispondenza di "finalità dirigistiche" collegate alla realizzazione di ideali solidaristici contemplati in Costituzione⁷²⁸.

Tale impostazione "interventista", pur offuscata dal diffondersi delle concezioni neo-liberiste degli anni Ottanta, ha avuto un significativo riconoscimento in sede di normativa comunitaria, nel contesto delle discipline consumeristiche⁷²⁹.

725 v. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 84; PANZA, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 96; ZENO ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 309 ss.; VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, I, 1999, p. 40.

726 cfr. SACCO, *La buona fede nelle teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949; LEVI, *Sul concetto di buona fede*, Genova, 1912; RUBINO, *Sui limiti dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede*, in *Giur. compl. cort. cass.*, 1947, II, p. 365 ss.; S. ROMANO, Voce "Buona fede (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 677; STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 163 ss.; RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c. c.*, in *Borsa banca e tit. cred.*, 1965, I, p. 149 ss.; BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Genova*, 1971, p. 232 ss.; MERUSI, *Buona fede e tutela dell'affidamento nella programmazione economica*, in *Aa. Vv., Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 727 ss.; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.; NANNI, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 501 ss.

727 In tal senso si esprime BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 66, esponendo la c. d. teoria "svalutativa" del ruolo della buona fede nel contesto dei rapporti negoziali.

728 v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 67, il quale fa riferimento alle teorie sostenute nel corso degli anni sessanta, che trovano il principale referente dottrinale in RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, p. 102 ss.

729 v. ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005; ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007, p. 34 ss.; RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in

La regolamentazione europea, lungi dall'utilizzare la clausola generale di buona fede quale strumento di riequilibrio economico delle prestazioni patrimoniali, fa prevalentemente ricorso al criterio *de quo*, al fine di assicurare l'equilibrio normativo del contratto, incentrato nella corretta formazione del consenso del contraente debole e sulla chiarezza e trasparenza del regolamento negoziale⁷³⁰.

In realtà, l'incidenza della buona fede sul contenuto economico del negozio è legittimata anche dal disposto dell'art. 1374 c. c., che definisce le fonti di integrazione del contratto.

Infatti, malgrado questa norma non faccia esplicito riferimento alla buona fede, dottrina e giurisprudenza la hanno ritenuta tacitamente richiamata – spesso confondendola con l'equità – sulla base del riferimento ad essa contenuto nell'art. 1375 c. c. quale criterio guida nell'esecuzione del contratto⁷³¹.

Nel processo di costituzionalizzazione del diritto civile patrimoniale, la buona fede ottiene una rinnovata e più ampia potenzialità operativa, estendendosi all'intero processo negoziale, fungendo da "valvola" di ingresso ad interventi correttivi dell'interprete in sede giudiziaria, che consentano di integrare e riequilibrare il regolamento privato "secondo una razionalità che non si è potuta realizzare nel momento formativo"⁷³².

Da tale funzione correttiva e integrativa deriva la conseguenza che il contratto da espressione piena della volontà delle parti, assume la configurazione di "recipiente nel quale insieme alla fonte privata (la volontà dei contraenti) si riversano le fonti legali (leggi ed usi) e quelle giudiziali (buona fede ed equità)"⁷³³, rendendolo idoneo a realizzare gli interessi privati nel

Riv. crit. dir. priv., 2005, p. 3 ss.; LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 2004; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.

730 cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 394, il quale - in ordine ai rimedi predisposti alla tutela del consumatore, tra cui la buona fede - afferma che "Tale disciplina [...] introduce il principio del controllo sostanziale del contratto quale regola che tutela il contraente non in ragione delle sue particolari condizioni o qualità ma in ragione della sua soggezione al potere di regolamentazione del contratto detenuto dai produttori e distributori di beni e servizi. Il controllo sostanziale è cioè in funzione della tutela di un contraente istituzionalmente debole e il nuovo principio di diritto dei contratti sancisce il dovere della parte forte di non abusare del suo potere contrattuale per squilibrare a suo favore il regolamento del contratto"; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, p. 72 ss.; MUSIO, *La buona fede nei contratti del consumatore*, Napoli, 2001.

731 cfr. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, t. IV, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2004, p. 33, il quale dedica ampio spazio alla disamina del fenomeno dell'integrazione del contratto per mezzo della clausola di buona fede. Sul punto l'A. afferma che "L'art. 1374 c. c. definisce come <<integrazione>> il fenomeno del concorso, con la fonte convenzionale del regolamento contrattuale, di quella legale e di quelle, sussidiarie, degli usi e dell'equità. Non essendo la buona fede menzionata nella norma ci si domanda se essa concorra alla determinazione del regolamento, e la risposta positiva è affidata al rilievo che, pur dovendosi riconoscere la tassatività delle fonti di integrazione elencate nell'art. 1374 c. c., rimane <<aperta la possibilità di individuare altre norme di legge, contenenti ulteriori indicazioni relative all'integrazione>> [cit. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, p. 117 ss.], tra le quali, appunto, gli artt. 1175 e 1375 c. c.; e si osserva che il richiamo alla legge espresso dall'art. 1374 c. c. si estende alla buona fede attraverso la previsione dell'art. 1375 c. c. (oltre che dell'art. 1175 c. c. e delle altre norme che la richiamano rispetto a più specifici ambiti di applicazione)".

732 v. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 19, il quale prosegue nel ragionamento intrapreso rilevando come "L'ampliamento dei poteri del giudice è anch'esso un esito logico del mutato assetto normativo. Prende atto dell'insufficienza della legge ed è una scelta necessaria considerando i due corni dell'alternativa. Lasciare alla norma il compito di colmare ogni lacuna nell'assetto privato o consentire al giudice di "integrarlo nella maniera che ritiene più conforme e più rispettosa dell'interesse delle parti". Come si è osservato i timori di aumento della sua discrezionalità è in gran parte infondato se si tien conto che il giudizio secondo buona fede e la valutazione giusto-ingiusto non crea preoccupanti novità rispetto "al libero convincimento che al giudice gli ordinamenti moderni riconoscono in generale sul terreno della qualificazione vero-non vero relativamente ai fatti"; v. anche ROPPO - BESSONE, *Equità interpretativa ed economica del contratto. Osservazioni sull'art. 1371 del codice civile*, in *Giur. it.*, 1974, IV, p. 248.

733 v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 68 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 112 ss.

rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, che individuano nel principio personalista e nel conseguente solidarismo il proprio vertice assiologico.

Ovviamente, nelle ipotizzate fattispecie la buona fede e l'equità non costituiscono fonti residuali di integrazione del contratto operanti in sede interpretativa, ma svolgono un ruolo concorrente rispetto alla volontà privata ed alla legge nella determinazione del complessivo regolamento negoziale⁷³⁴.

Il ripristino dell'equilibrio contrattuale, sotto il profilo normativo ed economico, riconduce le prestazioni convenute dalle parte ad un rapporto di proporzione quantitativa, attuando la "giustizia" sostanziale dello scambio corrispettivo.

L'impiego della clausola generale di buona fede in funzione di strumento idoneo a ripristinare l'equilibrio economico delle private pattuizioni, nel quadro dell'interpretazione costituzionalmente orientata, è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità, che la ha qualificata come "limite interno di qualunque posizione giuridica di origine contrattuale", contribuendo "alla conformazione (in senso ampliativo o restrittivo) delle stesse posizioni, in modo di assicurare l'ossequio alla giustizia sostanziale del rapporto"⁷³⁵.

La funzione perequativa "dinamica" della clausola di buona fede può esplicarsi anche nella enucleazione di un generale obbligo di rinegoziazione teso ad adeguare l'assetto di interessi originariamente convenuto alle circostanze sopravvenute, onde assicurare il mantenimento di un rapporto di ponderato equilibrio tra le prestazioni⁷³⁶.

Per evitare il rischio che l'intervento giudiziale correttivo del regolamento negoziale possa sconfinare nell'arbitrio è necessario tenere presenti i criteri idonei a garantire il riequilibrio economico del contratto in forza della clausola generale di buona fede.

Come si è notato in tema di arbitrato di equità, il fattore orientativo è costituito dai principi costituzionali di stampo personalistico - incidenti sull'autonomia negoziale ai sensi degli art. 2 e 41 Cost. - che devono indirizzare l'intervento eterointegrativo del giudice alla realizzazione dei valori fondamentali meritevoli di tutela prioritaria⁷³⁷.

734 v. ampiamente al riguardo D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, cit., p. 52 ss., il quale affronta l'argomento in considerazione dell'indirizzo del potere giudiziale di intervento sul regolamento negoziale.

735 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro Amm.*, 1997, p. 414; v. anche *Giur. It.*, 1995, in cui si afferma che "Nella fase di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggia come impegno di cooperazione o dovere inderogabile di solidarietà che impone a ciascun contraente di salvaguardare l'interesse della controparte quando ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Cassazione ha ritenuto contrario a buona fede il comportamento dell'affittuario d'azienda, il quale ha tenuto fermo dal 1983 il prezzo di fabbrica dell'acqua minerale cui era commisurato il canone di locazione dell'azienda termale, mentre risultava più volte modificato il prezzo di mercato nella successiva fase di commercializzazione del prodotto. Si verificava pertanto una traslazione dell'aumento del prezzo sulla fase di distribuzione della merce, affidata ad una società dello stesso gruppo, conseguendo così il duplice vantaggio di impedire scorrettamente l'aumento del canone dovuto alla controparte e di lucrare ugualmente sulle vendite dell'acqua minerale e determinando una sproporzionata divaricazione tra prezzo di mercato e canone, contraria allo spirito dell'accordo raggiunto".

736 v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 202 ss., il quale sottolinea come "L'offensiva contro il principio di immodificabilità del contratto, sottostante le tradizionali soluzioni normative del problema delle sopravvenienze, è condotta sulla base di due diversi ordini di considerazioni. Ma, almeno nei sistemi di Civil Law, essa finisce per invocare, più o meno appropriatamente, il principio di buona fede ed il dovere di solidarietà che esso implementerebbe"; cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 147 ss.; ID., Voce "Revisione e rinegoziazione del contratto", in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, p. 1054 ss.; CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; DE MAURO, *Principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; GALLO, *Trattato del contratto*, t. 3, cit., p. 2361 ss.

737 Sul punto esiste ormai un'ampia casistica giurisprudenziale tendente ad interpretare il contenuto del principio di buona fede, quale espressione del generale dovere di solidarietà. In dottrina, una delle prime impostazioni in tal senso è individuabile in RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 171, il quale afferma che "Nulla [...] può opporsi in via di principio ad un ricorso alle norme costituzionali al fine di determinare il contenuto della clausola di correttezza, anche perché non sembra possibile dubitare del fatto che quelle norme, oltre ad assumere

I criteri regolatori dell'esercizio del potere giudiziale di adattamento del regolamento negoziale attraverso l'impiego di clausole generali, sono stati chiariti dal diritto vivente, che ha sottolineato come "i giudizi di valore compiuti ai fini della qualificazione di un comportamento, ai sensi di norme "elastiche"" richiedono da parte dell'interprete "un'attività di integrazione giuridica della norma, a cui viene data concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico – sociale", la cui correttezza è sindacabile in sede di legittimità⁷³⁸.

In questo modo si supera l'originaria impostazione propria del volontarismo liberale, che riservava esclusivamente alle parti la determinazione dell'assetto degli interessi negoziale, consentendo l'apprezzamento concreto del contenuto economico del rapporto, alla luce dei criteri di proporzionalità oggettiva⁷³⁹.

Tale conclusione contribuisce a rafforzare la tenuta del sistema delle relazioni interprivatistiche, adeguandolo alla mutata sensibilità del contesto ideologico, politico e sociale.

8.1. *La clausola di buona fede e l'obbligo di rinegoziazione.*

Come accennato nel paragrafo che precede, la clausola generale di buona fede può essere impiegata, al fine di preservare l'equilibrio contrattuale, non solo mediante l'intervento giudiziale in funzione integrativa del regolamento consensuale, ma anche determinando nei contratti di durata, in presenza di precise condizioni, a carico delle parti un obbligo reciproco di rinegoziazione⁷⁴⁰.

Tale problematica, ampiamente dibattuta negli ordinamenti anglosassoni - nei quali la rinegoziazione risponde a finalità di mantenimento della efficienza del mercato, in presenza di sopravvenienze alterative della base economica – è divergente da alcuni capisaldi dei sistemi giuridici di *civil law*, improntati al dogma liberale dell'autonomia privata e configuranti il contratto come fattispecie, prima che come rapporto⁷⁴¹.

rilevanza per i rapporti tra Stato ed i cittadini, possono incidere sui rapporti tra i singoli (basta confrontare, ad esempio, l'art. 41, 2° co., della Costituzione); si ritiene, anzi, che talune prescrizioni, riconducibili allo schema della clausola generale, possano operare soltanto nei rapporti interprivati".

738 Per esteso v. Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 18 gennaio 1999, n. 434, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1999, in cui si afferma che "I giudizi di valore compiuti ai fini della qualificazione di un comportamento ai sensi di norme "elastiche" che indichino solo parametri generali presuppongono da parte del giudice un'attività di integrazione giuridica della norma, a cui viene data concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico - sociale. Ne consegue la censurabilità in cassazione di tali giudizi quando gli stessi si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento (espressi dalla giurisdizione di legittimità) e quegli standard valutativi esistenti nella realtà sociale - riassumibili nella nozione di civiltà del lavoro, riguardo alla disciplina del lavoro subordinato - che concorrono con detti principi a comporre il diritto vivente; in particolare, in tale quadro, la Cassazione può censurare la sussunzione di un determinato comportamento del lavoratore nell'ambito del giustificato motivo, invece che della giusta causa di licenziamento, in relazione alla sua intrinseca lesività degli interessi del datore di lavoro".

739 v. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro It.*, 1999, I, p. 1891.

740 cfr. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, Napoli, 1998, p. 193 ss.; CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 11 ss.; TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 619 ss.; DE MAURO, *Principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, cit., p. 15 ss.

741 Al riguardo v. ampiamente, GALLO, *Trattato del contratto*, t. 3, cit., p. 2348, il quale approfondisce l'argomento sia con riferimento alle diverse tradizioni giuridiche, sia relativamente alle impostazioni ideologiche sottese ai vari sistemi nei diversi periodi storici.

Infatti, la logica volontaristica seguita dai codici civili europei – ed espressamente trasfusa nel disposto dell'art. 1372 c. c. – individua il contenuto negoziale nell'assetto di interessi concordato al momento della stipula, vincolando le parti alla sua osservanza e non riconoscendo alcuna rilevanza a sopravvenienze modificative dell'originario rapporto economico tra le prestazioni e, quindi, della iniziale valutazione di convenienza dell'operazione negoziale⁷⁴².

Un parziale rimedio è apprestato dall'art. 1467 c. c. – e da altre previsioni di settore che alla medesima *ratio* si ispirano –, in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto, in seguito al verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili⁷⁴³.

Tuttavia, come si è in precedenza osservato, non sembra che l'istituto *de quo* sia riferibile all'equilibrio economico del contratto. Infatti, l'azione risolutoria è volta esclusivamente a garantire il rapporto proporzionale originariamente stabilito dalle parti, rispetto a fattori sopravvenuti che non potevano essere ragionevolmente previsti in sede di stipula del contratto, non essendo esperibile qualora l'onerosità sopravvenuta rientri nell'alea normale dell'operazione economica posta in essere o, comunque, si tratti di contratti aleatori, per loro natura o per volontà dei contraenti.

Ciò significa che l'azione è finalizzata a tutelare il consenso delle parti formatosi sul regolamento negoziale originariamente convenuto, che poteva essere *ab initio* sperequato, purché liberamente convenuto dai soggetti contraenti, non essendo consentito un apprezzamento nel merito.

Tuttavia, la prassi del commercio internazionale, nei rapporti di durata, ha evidenziato l'utilità del ricorso a clausole di rinegoziazione (c. d. *hardship clauses*) che, in presenza del verificarsi di determinate condizioni sopravvenute, determinano il sorgere in capo alle parti dell'obbligo di ridefinire i termini essenziali del rapporto contrattuale⁷⁴⁴.

Questo rimedio è stato ampiamente approfondito dalla dottrina, anglosassone ed europea, per individuarne i fondamenti dogmatici e le incidenze funzionali.

Muovendo da un approccio gius-economico si sono, quindi, sviluppati due principali modelli teorici che hanno condotto alla elaborazione delle figure dei c. d. "contratti incompleti" e del "relational contract"⁷⁴⁵.

742 v., in senso innovativo, v. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, cit., p. 449, il quale afferma che "Nei rapporti di durata il rimedio della revisione del contratto non dovrebbe costituire un'eccezione alla regola della vincolatività dello stesso di cui all'art. 1372 cod. civ., bensì una regola generale per eliminare (riportando il contratto nei termini economici originari) un assetto diverso da quello che le parti hanno voluto [...]. Il verificarsi di eventi imprevedibili che determinano uno squilibrio del sinallagma, che oltrepassa l'alea contrattuale normale, determina una trasformazione dell'economia dell'affare sicché l'esecuzione delle originarie prestazioni in presenza di tali circostanze equivarrebbe all'attuazione di un contratto diverso da quello inizialmente programmato. Di fronte ad una tale situazione l'applicazione letterale dell'art. 1372 cod. civ. equivarrebbe a violazione della vincolatività sostanziale del contratto".

743 v. OSILIA, *Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, cit., p. 15 ss.; FISSOTI, *Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ed inadempimento della obbligazione*, cit., p. 102 ss.; TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 515 e p. 518.

744 v. ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, cit., p. 124, il quale ne sottolinea il ruolo che la figura in esame è chiamata a svolgere nell'ambito del futuro diritto europeo del contratti; per una definizione v. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, cit., p. 449, che afferma come "Le *hardship clauses* rappresentano una raffinata tecnica di regolamentazione dell'alea contrattuale, che consente alle parti contraenti di porsi al riparo da ogni ipotesi di sopravvenienza, anche prevedibile, senza peraltro sacrificare la permanenza del rapporto, in un'ottica di valorizzazione dell'autonomia contrattuale".

745 Entrambe le figure trovano una dettagliata illustrazione in BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 202 e ss., che in merito ai "contratti incompleti" rinvia alle teorie di SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in Fabbri-Fiorentini-Franzoni, *L'analisi economica del diritto*, Roma, 1997, e per il "relational contract" fa riferimento all'opera di MACNEIL, *The Relational Theory of Contract*, London, 2001; v. anche BOISMALIN, *Les contrats relationnels*, Aix-Marseille, 2005; ROHDE, *Adjustment of Contracts on Accounts of Changed Conditions*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1959, p. 152 ss.; PARDOLESI, *Consensual variation of contracts, Italian nat. rep. to*

La prima tende al collegamento del rapporto negoziale al mercato globale, con la conseguenza di superare, come inadeguato, il “fissismo” del contratto proprio degli ordinamenti di *civil law*. Infatti, il “tasso di imprevedibilità” insito nel sistema economico mondiale, evidenzerebbe l’impossibilità per i contraenti di valutare, in sede di stipula, tutti i fattori che possono incidere anche in futuro sulla relazione obbligatoria, palesando l’opportunità che “il governo delle sopravvenienze sia rinviato al momento della loro eventuale insorgenza ed affidato [...] alla rinegoziazione delle parti”⁷⁴⁶.

In merito alla figura del “*relational contract*”, la dottrina anglosassone ha messo in luce gli aspetti relazionali discendenti dal contratto, che si pone quale occasione “associativa”, tendente a sviluppare un rapporto collaborativo tra i contraenti in vista della realizzazione di uno scopo comune. In quest’ordine di idee la rinegoziazione costituisce espressione di questo “scambio relazionale” improntato alla reciproca collaborazione, che consente di adeguare i termini del rapporto alle mutate esigenze⁷⁴⁷.

Prescindendo dalle costruzioni teorico-pratiche di matrice economica, elaborate nell’ambito dei sistemi di *common law*, si deve sottolineare come le aperture degli ordinamenti di tradizione romanistica verso il tema delle clausole di rinegoziazione sia stata impostata, per converso, sul piano delle clausole generali reinterpretate sulla scorta dei valori fondamentali.

In siffatto contesto, un ruolo di primo piano ha svolto la clausola di buona fede – a volte distinta dall’equità ed altre volte in essa ricompresa - riletta alla luce del principio di solidarietà sociale⁷⁴⁸.

Nell’impostazione generale si ritiene che nei rapporti di durata, in presenza di sopravvenienze – che non siano tali da integrare gli estremi della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c. c.)⁷⁴⁹ - sulle parti incomba un vero e proprio obbligo di procedere alla rinegoziazione del contenuto contrattuale, quand’anche questo rimedio non sia stato espressamente contemplato in sede di stipulazione⁷⁵⁰.

the XII Int. Congr. com. law, Sidney, 1986; BEATSON-FRIEDMAN (a cura di), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995.

746 v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 203-204.

747 v. sul punto BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 204-205, il quale definisce accuratamente il sistema del “*relational contract*”.

748 v. MACARIO, Voce “*Revisione e rinegoziazione del contratto*”, cit., p. 1058 ss.

749 Sulla rilettura in senso “costituzionale” delle clausole generali v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 376 ss.; sulla funzione integrativa del contratto della clausola di buona fede v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 68 ss; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 112 ss.; D’ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, cit., p. 33.

750 v. MACARIO, Voce “*Revisione e rinegoziazione del contratto*”, cit., p. 1054, il quale sottolinea come si possa “constatare il favore mostrato dalla prevalente e comunque più autorevole dottrina italiana [...] per l’esistenza di un obbligo di rinegoziazione di fonte legale compatibile con la normativa della risoluzione per eccessiva onerosità di cui all’art. 1476, in quanto riferibile, secondo una suggestiva espressione, alle <<soppravvenienze atipiche>>, da ricondursi a disposizioni normative intese a propiziare l’adeguamento del contratto ovvero alle regole generali legate al principio di buona fede (in particolare, in materia di interpretazione e di esecuzione del contratto, rispettivamente art. 1366, 1375) e all’equità (in tema di integrazione del contratto, art. 1374)”. L’A. ritiene, quindi – riprendendo il pensiero di SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 723 (riportato tra virgolette) – che “per seguire questo itinerario è necessario affrancarsi dalla logica tendente a risolvere i complessi problemi ingenerati dalle sopravvenienze nell’esecuzione dei contratti protratti nel tempo con la sola disciplina codicistica dell’eccessiva onerosità e convincersi, invece, che l’attivazione del rimedio << può rientrare nello spirito – anche se non sempre alla lettera – dell’art. 1467. La riduzione ad equità – si è detto, pertanto – assumerà un valore qualitativo piuttosto che quantitativo. Ma l’equità esige che si faccia un passo avanti. L’equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato o opportuno>>”.

Tale ricostruzione è fondata sulla rilettura in chiave assiologica della clausola generale di buona fede, in connessione sistematica con l'art. 1374 c. c., in virtù della quale hanno ingresso nel regolamento negoziale i valori fondamentali dell'ordinamento in posizione equiordinata rispetto alle fonti convenzionali e legali⁷⁵¹.

In dottrina, si è precisato che l'obbligo di rinegoziazione deriverebbe dall'"interpretazione evolutiva" dell'art. 1467 c. c., sistematicamente connesso con l'art. 1375 c. c.⁷⁵².

Al riguardo si è argomentato che, dal terzo comma dell'art. 1467 c. c. - che contempla la riconduzione ad equità del contratto per evitarne la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta - sarebbe enucleabile e tutelato l'interesse alla prosecuzione del rapporto, attualizzato in virtù del principio di buona fede ex art. 1375 c. c., attraverso il ripristino della proporzione economica tra le prestazioni contrapposte, in base ai nuovi parametri valutativi⁷⁵³.

Il rifiuto di addivenire alla rinegoziazione, in quanto lesivo del "dovere imposto dall'art. 1375 c. c., di eseguire il contratto secondo buona fede"⁷⁵⁴, potrebbe aprire - fermo restando il diritto della parte pregiudicata da tale comportamento ad ottenere il risarcimento del danno⁷⁵⁵ - a due diverse conseguenze consistenti: nell'intervento giudiziale ex art. 1374 c. c. volto a ricondurre il regolamento negoziale ad una situazione di equilibrio sul piano economico⁷⁵⁶, ovvero nella risoluzione del contratto⁷⁵⁷.

Una dottrina ha, inoltre, prospettato l'utilizzabilità del rimedio di cui all'art. 2932 c. c., relativo all'esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre, al fine di far fronte al rifiuto di una delle parti di addivenire alla rinegoziazione⁷⁵⁸.

751 cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 112 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 376 ss.

752 v. SICCHIERO, Voce "Rinegoziazione", in *Dig. it. - sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 1210; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 147 ss.

753 v. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, cit., p. 460 ss., il quale afferma che "qualora nel corso dell'esecuzione del contratto si verificano eventi tali da modificare sensibilmente le situazioni di fatto sulla base delle quali i contraenti avevano determinato il contenuto del contratto, anche in difetto di specifiche clausole di rinegoziazione, sussista in capo alle parti, in forza degli art. 1374 e 1375 cod. civ., l'obbligo legale di rinegoziazione del contratto secondo buona fede"; GALLO, *Trattato del contratto*, t. 3, cit., p. 2348.

754 v. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 147 ss.

755 Sul punto, vedi tra le tante, Cass. civ., Sez. I, sentenza 27 ottobre 2006, n. 23273, in *Mass. Giur. It.*, 2006, in cui si afferma che "Il principio di correttezza e buona fede, il quale secondo la Relazione ministeriale al Codice Civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 della costituzione, che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere "ex se", ove provato, un danno risarcibile".

756 Si è soliti fare riferimento quale prima pronuncia in cui si riconosce e si applica il potere giudiziale correttivo del contenuto economico del contratto nell'ambito dei rapporti di durata, alterato da fattori sopravvenuti, al Lodo arbitrale Alpa-Nanni-Sbisà del 15 luglio 2004.

757 Sulle conseguenze del rifiuto ingiustificato di rinegoziare v. in dottrina v. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, cit., p. 462-464, il quale rileva come questo "potrà essere valutato come violazione del dovere, imposto dall'art. 1375 cod. civ., di eseguire il contratto secondo buona fede, ed alla stessa valutazione potrà prestarsi la trattativa rivelatasi maliziosa. La violazione del dovere di rinegoziare il contratto secondo buona fede, a prescindere dall'esistenza di norme specifiche o clausole contrattuali, costituisce di per sé inadempimento contrattuale tale da poter giustificare, oltre all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 cod. civ., non solo la risoluzione del contratto ai sensi degli art. 1453 e segg. cod. civ., con l'autonoma domanda di risarcimento danni, da interesse contrattuale positivo, ma anche e soprattutto l'adeguamento del contratto alle mutate situazioni di fatto. In presenza dell'inadempimento al dovere di rinegoziare secondo buona fede, il giudice, su domanda dell'altra parte, potrà ricondurre ad equità il contratto, riequilibrando le prestazioni contrattuali alle mutate esigenze di fatto, in adesione al nuovo diritto vivente che attribuisce al giudice il generale potere di equità integrativa e correttiva dell'autonomia contrattuale".

758 v. MACARIO, Voce "Revisione e rinegoziazione del contratto", cit., p. 1061 ss.

Tale tesi, benché apprezzabile per la valenza immediata e precettiva che riconosce ai doveri di buona fede, non si confronta con l'obiezione secondo cui si finirebbe con l'attribuire alla clausola generale in esame, non una funzione integrativa del contenuto negoziale e, quindi, di concorrenza con altre fonti alla determinazione del regolamento, bensì di sostituzione dell'autonomia privata, la quale, invece, svolge pur sempre il ruolo di impulso dell'intera vicenda negoziale.

Alla luce di questo rilievo, la violazione dell'obbligo di rinegoziazione deve ritenersi generatrice di conseguenze, oltre che sul mantenimento del vincolo negoziale, sul solo piano risarcitorio⁷⁵⁹.

Si tratta di soluzioni che sono state riprese in sede internazionale, sia nell'ambito dei Principi *Unidroit*, che nella raccolta predisposta dalla Commissione Lando⁷⁶⁰.

Tale ricostruzione del fenomeno incontra ancora notevoli ostacoli, legati al timore di sottrarre definitivamente il contratto alla "signoria del volere" dei contraenti, per inserirlo in un contesto ordinamentale dinamico, nel quale la solidarietà sociale non costituisce più un limite esterno all'esercizio dell'autonomia privata, divenendo, ma un obiettivo essenziale alla cui realizzazione quest'ultima deve tendere⁷⁶¹.

9. *L'istituto della presupposizione e le sopravvenienze contrattuali. Dall'impostazione "soggettivistica" a quella "oggettivistica". Il rapporto tra presupposizione e buona fede nel quadro della tutela dell'equilibrio economico del negozio giuridico.*

Tra i rimedi preposti alla tutela dell'equilibrio economico del contratto una parte del pensiero giuridico contemporaneo colloca anche la presupposizione.

Questo istituto ha avuto un ingresso recente nell'ordinamento giuridico italiano⁷⁶², prevalentemente ad opera della giurisprudenza, sostenuta dalla dottrina più progressista⁷⁶³.

759 cfr. Cass. civ., Sez. II, sentenza 3 agosto 1995, n. 8501, in *Mass. Giur. It.*, 1995, in cui si afferma che "Alloquando le parti di un contratto già concluso abbiano avviato delle trattative, poi non giunte a buon fine, per modificarne il contenuto e la portata, ed in vista di ciò abbiano stabilito concordemente di sospendere l'esecuzione delle prestazioni da esso nascenti, in quanto incompatibili con il futuro auspicato assetto negoziale, il giudice chiamato a decidere sulle contrapposte domande di adempimento, risoluzione, risarcimento, per essere il contratto rimasto inadempito dopo il fallimento di dette trattative, non può esimersi dal valutare unitariamente e comparativamente il comportamento degli obbligati in questa fase, allo scopo di accertare se l'eventuale contegno sleale, dilatorio e non di buona fede di qualcuno di esse - a parte la configurabilità a suo carico di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. - abbia potuto dar luogo a responsabilità contrattuale, incidendo negativamente nella fase esecutiva del contratto alla cui modificazione le trattative tendevano, giustificando l'inadempimento dell'altra parte".

760 v. ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, cit., p. 124 ss.; v. anche MACARIO, Voce "Revisione e rinegoziazione del contratto", cit., p. 1072, il quale sottolinea come "le regole presenti nei Principi UNIDROIT e nei Principi Lando non nascono per caso o dalla fantasia dei giuristi presenti nelle due commissioni di studio, costituendo piuttosto il condensato di un'attenta e corretta elaborazione in sede teorica dei rimedi più appropriati per la soluzione dei problemi di gestione del rapporto contrattuale protratto nel tempo".

761 In Germania, a partire dal 2002 - data di entrata in vigore della riforma sul diritto delle obbligazioni - è stata introdotta al § 313 del BGB, concernente le alterazioni della base negoziale, una disposizione volta a riconoscere al giudice il potere di imporre l'adeguamento del contratto, al verificarsi di avvenimenti che varino gli assetti considerati dalle parti al momento della stipulazione.

762 Sull'impostazione tradizionale della dottrina italiana v. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193-194, il quale rileva come gli "interessi individuali e variabili da caso a caso, che non troverebbero soddisfazione con l'adozione pura e semplice del negozio tipico, possono essere soddisfatti con l'inserzione di questa o quella modalità, attraverso la quale [...] il motivo penetra nella struttura del negozio ed acquista una mediata rilevanza. Poiché la modalità è un elemento strutturale del negozio, e il motivo diventa modalità, in quanto si penetra nella struttura del negozio, s'inserisce nel suo contenuto, è chiaro che non c'è posto, nel nostro sistema, per la cosiddetta presupposizione, la quale sarebbe appunto una modalità non sviluppata del negozio e che tuttavia avrebbe dominato la volontà dell'autore del medesimo. Se <<non sviluppata>> significa che

La sua stessa configurazione essenziale ha incontrato una molteplicità di varianti nell'elaborazione giuridica del secolo scorso e, tra l'altro, è stata ricondotta al tema della causa del negozio ovvero dell'errore⁷⁶⁴.

Essa non può afferire ai motivi – giuridicamente irrilevanti se unilaterali e non manifestati nella dichiarazione negoziale⁷⁶⁵ – e non può essere correttamente definita quale “condizione implicita”.

Sotto quest'ultimo profilo sono evidenti le divergenze strutturali intercorrenti tra i due istituti, atteso che la presupposizione non rientra tra gli elementi del contratto e richiede una espressa prospettazione della parte interessata in sede giudiziale, mentre, al contrario, la condizione incide automaticamente sugli effetti del negozio giuridico.

L'inquadramento dogmatico dell'istituto è decisamente mutato verso la fine degli anni Ottanta, ad opera della giurisprudenza di legittimità, che nel riconoscergli piena cittadinanza nel nostro ordinamento, ne ha definito i contorni in modo da renderlo funzionale alla tutela dell'equilibrio economico del contratto, collocandolo nel quadro delle sopravvenienze influenti sul regolamento negoziale convenuto dalla parti in sede di stipulazione⁷⁶⁶.

la modalità non s'è fatta strada, né esplicitamente, né implicitamente, nel negozio, e quindi non risulta dal tenore della dichiarazione, qual è riconoscibile dagli interessati, la presupposizione è irrilevante, come un semplice motivo”.

763 v. BESSONE – D'ANGELO, Voce “Presupposizione”, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 326 ss.

764 L'accostamento della presupposizione agli istituti della “causa” e dell’“errore” è vivacemente criticato in BESSONE – D'ANGELO, Voce “Presupposizione”, cit., p. 339 ss.. Sul punto un'efficace sintesi del complesso iter evolutivo seguito in dottrina e giurisprudenza in merito alla ricostruzione della presupposizione è rinvenibile in MACIOCE, *La presupposizione*, in *I contratti in generale. I requisiti del contratto*, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* diretta da Alpa e Bessone, Torino, 1991, p. 487 ss.

765 Si tratta di un dato pacifico in giurisprudenza. V. *ex multis* Cass. civ., Sez. II, sentenza 2 agosto 1977, n. 3384, in *CED Cassazione*, 1977, in cui si afferma che “Al fine dell'indagine sulla causa e sul contenuto del contratto, rimane irrilevante il motivo perseguito dal singolo contraente, e, cioè, il movente che ne abbia determinato la volontà negoziale, ove non si sia esteriorizzato in una condizione o patto del contratto medesimo”.

766 v. *ex multis* Cass. civ., Sez. III, sentenza 29 settembre 2004, n. 19563, in *Contr.*, 2005, 5, p. 473, in cui si afferma che “In tema di negozio giuridico, la “presupposizione” produce l'effetto di subordinare la dichiarazione di volontà negoziale alla previsione del suo verificarsi, sicché, qualora una determinata situazione di fatto o di diritto, esterna al contratto - nel senso che non deve corrispondere all'oggetto di un'obbligazione assunta dai contraenti - che le parti si sono consapevolmente rappresentate, non sopravviene nel corso del rapporto, il contratto si risolve; l'indagine diretta all'identificazione della sussistenza di una presupposizione costituisce accertamento riservato all'apprezzamento del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da una motivazione immune da vizi logici e giuridici”; Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 9 dicembre 2002, n. 17534, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 1080, in cui si afferma che “L'accertamento della presupposizione, o condizione non espressa (tenuta presente da entrambi i contraenti, avente carattere obiettivo e la cui esistenza, cessazione e verifica è del tutto indipendente dall'attività o dalla mera volontà dei contraenti e non oggetto di una loro specifica obbligazione), deve essere condotto sul piano della volontà negoziale con particolare riferimento alla funzione adempiuta dal singolo contratto e, trattandosi di accertamento di fatto, rimesso al giudice del merito, non è censurabile in sede di legittimità”; Cass. civ., Sez. I, sentenza 21 novembre 2001, n. 14629, in *Mass. Giur. It.*, 2001, in cui si afferma che “In tema di negozio giuridico, la fattispecie della cosiddetta “presupposizione” (o condizione non espressa) è legittimamente configurabile tutte le volte in cui, dal contenuto del contratto, risulti che le parti abbiano inteso concluderlo subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto considerata presupposto imprescindibile della volontà negoziale, la mancanza della quale comporta, per l'effetto, la caducazione del contratto stesso, ancorché a tale situazione, comune ad entrambi i contraenti (ed indipendente, nel suo verificarsi, dalla volontà dei medesimi), non si sia compiuto, nell'atto negoziale, alcun esplicito riferimento. L'indagine volta a stabilire se una determinata situazione sia stata tenuta presente dai contraenti nella formulazione del consenso secondo il delineato schema della presupposizione, poi, si colloca, esauendosi, sul piano propriamente interpretativo del contratto, e costituisce, pertanto, anch'essa una valutazione di fatto, riservata, come tale, al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se immune da vizi logici o giuridici”; Cass. civ., Sez. II, sentenza 24 marzo 1998, n. 3083, in *Studium juris*, 1998, in cui si afferma che “La “presupposizione” ricorre quando una determinata situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo - la cui esistenza, cessazione e verifica sia del tutto indipendente dall'attività o dalla volontà dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione - possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi nella formazione del loro consenso, come presupposto avente valore

La dottrina ha rilevato, infatti, come le rinnovate esigenze di tutela dell'equilibrio contrattuale, impongano di prestare attenzione non solo alla fase genetica del contratto, ma anche a quella funzionale, dovendosi affrontare la questione relativa al "giudizio di compatibilità tra circostanze e adempimento"⁷⁶⁷.

In questo contesto, nel quale si registra un'attenuazione del rigido volontarismo liberale, si colloca il ruolo della presupposizione, che consente di porre in discussione la stabilità del vincolo negoziale originariamente assunto, a fronte delle modificate condizioni di base⁷⁶⁸.

Tale evoluzione dell'istituto, per cui si sono superati i rischi presentati dalla concezione "soggettivistica", traendo origine dall'esperienza degli ordinamenti anglosassoni, sensibili al tema della eterointegrazione giudiziale del contratto, si è riempita di contenuti a seguito della riconosciuta incidenza dei principi solidaristici nell'ambito dei rapporti intersoggettivi e della conseguente rilettura della clausola generale di buona fede⁷⁶⁹.

Seguendo questa impostazione la presupposizione è stata oggetto di interesse nella fase di interpretazione del contratto⁷⁷⁰, sulla base del criterio di cui all'art. 1366 c. c., che pone la buona fede quale criterio guida del procedimento ermeneutico, al fine di garantire il mantenimento dell'originario equilibrio tra le prestazioni.

Nella nuova prospettiva costituzionale, si aprono significativi orizzonti anche per il riconoscimento alla presupposizione di una rilevanza in fase esecutiva del rapporto, ai sensi del

determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale. La presupposizione, così intesa, assume rilevanza, determinando l'invalidità o la risoluzione del contratto, quando la situazione presupposta, passata o presente, in effetti non sia mai esistita e, comunque, non esista al momento della conclusione del contratto, ovvero quella contemplata come futura (ma certa) non si verifichi. L'indagine diretta a stabilire se una determinata situazione di fatto o di diritto, esterna al contratto, sia stata dai contraenti, nella formulazione del consenso, tenuta presente secondo il delineato schema della "presupposizione" si esaurisce sul piano propriamente interpretativo del contratto e costituisce, pertanto, un accertamento di fatto riservato al giudice del merito, incensurabile in sede di legittimità, se immune da vizi logici e giuridici".

767 v. al riguardo BESSONE – D'ANGELO, Voce "Presupposizione", cit., p. 340 ss., i quali rilevano, discostandosi dalla ricostruzione giuridica tradizionale, come "se si riconosce l'esigenza di proteggere quegli interessi che, pur estraneo alla funzione economico-sociale del contratto, siano elementi significativi dell'equilibrio economico del rapporto, allora deve altresì riconoscersi che gli strumenti di tutela e i criteri di soluzione dei conflitti non possono essere ricercati nella dialettica tra causa e motivi proposta dalla tradizione. Se la dogmatica in tema di causa e motivi sembra escludere la rilevanza degli interessi estranei alla funzione economico-sociale del contratto, tuttavia le stesse norme di legge forniscono sicuri indici di rilevanza di interessi estranei alla funzione economico-sociale del contratto. [...] L'individuazione di interessi rilevanti che costituiscono connotati giuridici del rapporto, pur senza inerire alla causa del contratto come pure la ricerca di regole del rapporto contrattuale non dettate espressamente dalla legge ma coerenti alla disciplina espressa, trovano sintesi nella ricostruzione del tipo contrattuale", la cui considerazione "si rivela essenziale strumento del giudizio di compatibilità tra circostanze e adempimento. In tal modo se le norme sull'errore-vizio e la dogmatica sulla causa non possono costituire il fondamento giuridico per la soluzione dei problemi riassunti nella formula <<presupposizione>>, può tuttavia dirsi che esse neanche consentono di escludere la legittimità di una disciplina della compatibilità tra circostanze e adempimento secondo altre regole ed in virtù di un diverso fondamento giuridico".

768 v. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 233, che esamina l'istituto in relazione alla casistica giurisprudenziale; per una disamina delle diverse concezioni sulla presupposizione v. SERIO, Voce "Presupposizione", in *Dig. it.-sez. priv.*, Torino, 2004 rist., p. 294 ss.

769 Sull'incidenza diretta dei principi fondamentali sia consentito il rinvio a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.; v. anche CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 46 ss.

770 Il rilievo della presupposizione sul piano dell'interpretazione del contratto è stato indirettamente riaffermato da Cass. civ. Sez. II, 18 settembre 2009, n. 20245, in *Mass. Giur. It.*, in cui si afferma che "In materia contrattuale, affinché sia configurabile la fattispecie della c.d. "presupposizione" (o condizione inespressa), è necessario che dal contenuto del contratto si evinca l'esistenza di una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, il cui successivo verificarsi o venire meno dipenda da circostanze non imputabili alle parti stesse; il relativo accertamento, esaurendosi sul piano propriamente interpretativo del contratto, costituisce una valutazione di fatto, riservata, come tale, al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se immune da vizi logici o giuridici".

combinato disposto degli artt. 1374 e 1375 c. c., a garanzia della prosecuzione della relazione negoziale.

La Cassazione, nel suo *iter* evolutivo, ha ritenuto la presupposizione introdotta in modo espresso ed in via generale nell'ordinamento italiano dalla norma di cui all'art. 1467 c. c., in materia di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, riscontrandone la ricorrenza laddove "una determinata situazione di fatto o di diritto" sia stata "tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali - come presupposto condizionante il negozio".

Su questa base venivano enucleate le caratteristiche fondanti dell'istituto, dalla comunanza ad entrambi i soggetti del rapporto; dalla circostanza che "l'evento supposto" fosse stato considerato "certo nella rappresentazione delle parti" e che si trattasse di "un presupposto obiettivo", ossia consistente in una situazione fattuale la cui verifica o, viceversa, la cui vanificazione non fosse dipendente in alcun modo "dall'attività e volontà dei contraenti" e non corrispondesse, "integrandolo, all'oggetto di una specifica loro obbligazione"⁷⁷¹.

In questa ultima ipotesi si rientrerebbe nell'ambito di una condizione negoziale, incidente sul piano degli effetti del contratto.

La presupposizione così configurata esula dall'area dei requisiti strutturali del contratto, assumendo un cospicuo ruolo nella fase di esecuzione del programma negoziale, quale criterio

771 v. Cass. civ. Sez. II, sentenza 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. Giur. Energia Elettrica*, 1991, p. 523, in cui si afferma che "L'istituto della presupposizione - introdotto in modo espresso ed in via generale nel nostro ordinamento dalla norma dell'art. 1467 c. c. - ricorre quando una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali - come presupposto condizionante il negozio (cosiddetta condizione non sviluppata od inespressa), richiedendosi, pertanto, a tal fine: 1) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (ed in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente, cioè, in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica loro obbligazione (in base ai suddetti principi la corte suprema ha confermato la decisione del merito che aveva comunque ritenuto che non potesse invocarsi da parte del promittente venditore di un immobile - al fine di farne discendere l'inefficacia del preliminare - il mancato rilascio del certificato di abitabilità dell'immobile promesso in vendita, atteso che era stata accertata l'imputabilità di tale fatto all'inadempimento del promittente venditore, il quale aveva costruito l'immobile in difformità della licenza ed inoltre aveva assunto lo specifico obbligo di trasferire all'acquirente un immobile munito di licenza di abitabilità)"; v. anche Cass. civ. Sez. III, sentenza 24 marzo 2006, n. 6631, in *CED Cassazione*, 2006, in cui si afferma che "In tema di rapporti giuridici sorti da contratto, la cosiddetta "presupposizione" deve intendersi come figura giuridica che si avvicina, da un lato, ad una particolare forma di "condizione", da considerarsi implicita e, comunque, certamente non espressa nel contenuto del contratto e, dall'altro, alla stessa "causa" del contratto, intendendosi per causa la funzione tipica e concreta che il contratto è destinato a realizzare; il suo rilievo resta dunque affidato all'interpretazione della volontà contrattuale delle parti, da compiersi in relazione ai termini effettivi del negozio giuridico dalle medesime stipulato. Deve pertanto ritenersi configurabile la presupposizione tutte le volte in cui, dal contenuto del contratto, si evinca che una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse, in modo tale che l'assetto che costoro hanno dato ai loro rispettivi interessi venga a trovarsi a poggiare su una base diversa da quella in forza della quale era stata convenuta l'operazione negoziale, così da comportare la risoluzione del contratto stesso ai sensi dell'articolo 1467 cod. civ.. (Nella specie, era stata esperita, dai proprietari del canale di carico di un mulino, domanda di pagamento dei relativi canoni nei confronti dell'affittuario consorzio di bonifica e avevano rigettato la domanda sia il primo che il secondo giudice, quest'ultimo, in particolare, avendo applicato l'articolo 1463 cod. civ. sul presupposto che il consorzio doveva ritenersi liberato dalla propria prestazione perchè, a causa dell'erosione del letto del fiume, si era creato un dislivello tale, rispetto alla originaria imboccatura del canale, da rendere questo non più adatto a captare l'acqua dal fiume; la S.C. ha confermato la sentenza correggendone la motivazione sulla base dell'enunciato principio di diritto, in quanto la situazione di fatto "presupposta" dai contraenti nella formazione del loro consenso, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, doveva identificarsi nella possibilità materiale di immissione dell'acqua derivata dal consorzio nel canale di carico del mulino, possibilità venuta meno già da tempo per effetto dell'erosione del letto del fiume)".

di mantenimento dell'originario vincolo obbligatorio caratterizzato dall'equilibrio economico tra le prestazioni.

Aderendo a questo impianto teorico, la conseguenza dell'obiettività delle circostanze costituenti la presupposizione sarebbe la risolubilità del contratto "anche se non collegata sotto il profilo causale alla violazione delle obbligazioni contrattuali delle parti"⁷⁷².

In sostanza, il diritto vivente è giunto ad attribuire rilevanza alla presupposizione nell'ipotesi in cui fossero sopravvenute circostanze non imputabili alle parti, che incidendo sull'assetto di interessi convenuto al momento della conclusione del contratto, ne avessero modificato la base; mentre, ove il mutamento della situazione presupposta fosse stato ascrivibile alle parti stesse, dovrebbe escludersi l'eliminazione del vincolo, non prospettandosi un conflitto con la volontà negoziale, né, tanto meno, l'ammissibilità del ricorso dei principi di correttezza e di buona fede, sottesi all'interpretazione ed all'esecuzione dei rapporti giuridici⁷⁷³.

L'orientamento giurisprudenziale più recente, tuttavia, ha proposto un inquadramento parzialmente differente dell'istituto, affermando che esso, in realtà, non attiene "né all'oggetto né alla causa né ai motivi del contratto", in quanto consistente "in una circostanza ad esso <<esterna>>", la quale, anche se "non specificamente dedotta come condizione, ne costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia", in base al significato proprio del medesimo, "assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse – ma con riconoscimento da parte dell'altra –, valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale" e discendendone, in caso di sua mancanza, la legittimità dell'esercizio del recesso⁷⁷⁴.

La soluzione del recesso appare maggiormente in linea con le esigenze di tutela personalistica connesse all'operazione negoziale⁷⁷⁵, in quanto riesce a preservare l'equilibrio economico del contratto, evitando lo scioglimento automatico del vincolo, che potrebbe essere ulteriore "fonte di conseguenze dannose per i contraenti"⁷⁷⁶ e favorendone, al contrario, la prosecuzione sia pure a seguito di un adeguamento delle prestazioni.

772 v. Cass. civ. Sez. II, sentenza 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Mass. Giur. It.*, 1991, in cui si afferma che "Il venir meno o il mancato avveramento delle circostanze di fatto o di diritto non dipendenti dalla volontà dei contraenti ma a questi comuni perché tenute da loro presenti nella formazione del consenso come presupposto del volere determinante ai fini della persistenza del vincolo contrattuale (c.d. presupposizione), è causa di risoluzione del contratto anche se non collegato sotto il profilo causale alla violazione delle obbligazioni contrattuali delle parti, dalla volontà delle quali la situazione presupposta deve essere anzi, del tutto indipendente".

773 v. Cass. civ. Sez. II, sentenza 13 maggio 1993, n. 5460 in *Mass. Giur. It.*, 1993, in cui si afferma che "La presupposizione postula che una situazione di fatto considerata, ma non espressamente rinunciata dalle parti in sede di stipulazione del contratto, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse, in modo che l'assetto che costoro hanno dato ai propri interessi si trovi a poggiare su una base diversa da quella in virtù della quale era stato concluso il contratto; per contro, nel caso in cui il mutamento della situazione presupposta sia ascrivibile alle parti stesse, l'eliminazione del vincolo non può trovare giustificazione, né prospettando un conflitto, per definizione inesistente, con la volontà negoziale, né adducendo il rispetto dei principi di correttezza e di buona fede che presiedono alla interpretazione e all'esecuzione dei negozi giuridici".

774 v. Cass. civ. Sez. III, sentenza 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova Giur. Civ.*, 2007, 11, 1, p. 1177, con nota di Azzarri.

775 In realtà la soluzione del recesso, seppur in un altro contesto teorico, era già stata prospettata da OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein Never Reichsbegriff*, Leipzig-Erlangen, 1921. La posizione dell'autore tedesco, in aperta critica alla dottrina di Windscheid, è stata sintetizzata da SERIO, Voce "Presupposizione", cit., p. 295, il quale ha rilevato come per Oertmann la presupposizione "consiste nella rappresentazione mentale di circostanze sulle quali è fondato il consenso delle parti contraenti, o, nel caso di rappresentazioni unilaterali, riconoscibili dall'altra parte, la cui cessazione o insussistenza giustificerebbe il recesso dal contratto del contraente a cui danno tali eventi operino".

776 v. BESSONE – D'ANGELO, Voce "Presupposizione", cit., p. 345-346, i quali hanno sottolineato come "non si tratta soltanto della perdita delle utilità che le parti si ripromettevano di conseguire attraverso il contratto, ma anche dei costi già sopportati per l'esecuzione del contratto e non reintegrabili in virtù delle restituzioni a norma degli art. 1458 e 2033 c. c. (in quanto non abbiano corrisposto ad una prestazione ricevuta dall'altra parte) o dell'applicazione dell'art. 2041 c. c. (in quanto non abbiano determinato un arricchimento dell'altra parte); si tratta altresì dei sovraccosti che i contraenti dovranno sopportare per conseguire altrimenti gli obiettivi in vista dei quali

Tuttavia, questo indirizzo esprime ancora la tradizionale resistenza a riconoscere al giudice il potere di intervenire sul regolamento negoziale in via equitativa, al fine di ripristinarne l'equilibrio economico.

Tale prospettiva, realizzabile mediante la combinazione sistematica degli artt. 1374 e 1375 c. c. implicante il riconoscimento alla presupposizione di una valenza anche in sede esecutiva, potrebbe allontanare il rischio dell'arbitrio, aprendosi al tracciato dell'assiologia costituzionale.

10. Il controllo dell'equilibrio economico del contratto per mezzo del principio di proporzionalità, enucleato dal sistema italo-comunitario delle fonti. La riducibilità di ufficio della clausola penale.

La problematica concernente l'equilibrio economico delle prestazioni contrattuali è oggetto di particolare attenzione sia da parte degli orientamenti fondati su un'analisi economica dei fenomeni giuridici, sia in quelli che fanno leva sull'ancoraggio dell'ordinamento positivo a valori fondamentali di natura personalistica.

Infatti, la tutela dell'equilibrio economico del contratto è funzionale ad entrambi: da un lato favorisce lo sviluppo del sistema commerciale generale, stigmatizzando scambi sperequati, dall'altro consente di assicurare il rispetto della dignità personale e della solidarietà sociale anche nell'ambito dei rapporti intersoggettivi⁷⁷⁷.

L'impostazione preferibile e coerente con il nostro sistema giuridico, basato sui diritti fondamentali della persona, è la seconda, in quanto idonea a consentire la ridefinizione della stessa nozione di "contratto"⁷⁷⁸.

Questo, infatti, non viene più relegato ad una mera funzione lucrativa, ma diviene anche strumento di realizzazione dei principi solidaristi nell'ambito dei rapporti tra privati⁷⁷⁹.

È, tuttavia, evidente che la prospettata soluzione teorica, qualora fosse portata alle estreme conseguenze, porterebbe ad asserire la necessaria equivalenza sul piano quantitativo tra le prestazioni delle parti contraenti, che non sembra emergere dall'assetto complessivo dell'attuale sistema giuridico.

Al riguardo, si deve osservare – rinviando al testo dell'art. 1174 c. c. -, che l'interesse sotteso alla prestazione oggetto dell'obbligazione può anche essere non patrimoniale, cosicché nella singola operazione negoziale trovano spazio fattori privi di una diretta consistenza economica, ossia di natura affettiva, opportunistica, sentimentale, etc., ai quali le parti attribuiscono un valore diverso ed apparentemente sbilanciato rispetto a quello di mercato, ma equilibrato in considerazione degli ulteriori eventuali elementi sottesi al negozio nel suo complesso⁷⁸⁰.

avevano contrattato. La misura dell'incidenza di tali danni sulla sfera economica dell'uno o dell'altro contraente è determinata dalle concrete circostanze in cui è insorta la causa della risoluzione e, in particolare, dalla fase della esecuzione del contratto in cui essa si verifica. L'equilibrio economico tra le parti ne risulta turbato senza alcuna relazione di coerenza con l'economica dell'iniziativa".

777 cfr. DI MARZIO, *Regolamento contrattuale, intervento giudiziario e tutela dei consumatori*, cit., p. 1 ss.; SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della norma sul regolamento contrattuale*, cit., p. 1 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 12 ss.; NASSAR, *Sanctity of contract revisited. A study in the theory and practice of long-term international transactions*, cit., p. 17 ss.

778 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.; BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 11

779 v. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 298

780 v. al riguardo CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia privata*, cit., p. 280, il quale afferma che "L'equilibrio del quale si discorre non esige [...] l'equivalenza assoluta delle prestazioni: si pensi, ad esempio, al principio retributivo di cui all'art. 36 cost., che non impone una corrispettività esclusiva, sibiene proporzionalità tra quantità e qualità del lavoro prestato e retribuzione, la quale sia sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa al lavoratore. In altri casi ancora, l'equilibrio tra le prestazioni può essere perfino determinato prescindendo dalle valutazioni di mercato relative al bene, ma tenendo invece nel debito conto eventuali interessi

In questa particolare visuale emerge la valenza concreta e sostanziale che il principio di proporzionalità assume nel contesto del nuovo diritto dei contratti⁷⁸¹.

A tale principio la dottrina più autorevole ha correttamente riconosciuto una particolare rilevanza, sottolineandone l'intima connessione con la nozione di autonomia negoziale e la funzionalità assiologica, quale criterio di mediazione tra le spinte lucrative e le istanze personalistiche⁷⁸².

È chiaro, infatti, che la realizzazione del programma costituzionale nell'ambito dei rapporti intersoggettivi necessita di strumenti operativi ulteriori rispetto alla clausola di buona fede nelle sue diversificazioni applicative, in quanto la sua formulazione eccessivamente generica, se da un lato ne evidenzia il profilo di forza, idonea a renderla una sorta di "valvola" di apertura del sistema ai valori emergenti nel contesto sociale e sostanziale nel tempo, dall'altro lato ne rappresenta anche l'elemento di debolezza, rendendola spesso insufficiente ad una funzione di adeguamento assiologico del contratto, e poco resistente alle spinte egoistiche emergenti dal mondo dei traffici commerciali.⁷⁸³

Il principio di proporzionalità, invece, opera quale criterio di equilibrio oggettivo tra le prestazioni patrimoniali, garantendo la tutela soggettiva dei contraenti rispetto al prevalere delle finalità meramente lucrative sottese all'operazione negoziale

Benché non sia espresso nel corpo delle disposizioni codicistiche, esso rappresenta uno dei fondamenti impliciti del sistema costituzionale e comunitario, in grado di assicurare la realizzazione dei valori personalistici, unitamente al principio di ragionevolezza⁷⁸⁴.

diversi (sentimentali od affettivi), che ben possono determinare un diverso valore del bene. Di talché, l'equilibrio si coglie con riferimento alle concrete situazioni contrattuali, secondo che si tratti di contratti di impresa, del consumatore, con funzione aleatoria, con funzione divisoria e quant'altro".

781 v. CASUCCI, *Il principio proporzionale nel diritto privato comunitario*, p. 12 ss.; CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, p. 175 ss.; FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, cit., p. 106, il quale rileva come "filtrando nell'ordinamento comunitario da quello tedesco il principio di proporzionalità diviene principio generale di tutti gli ordinamenti interni in quanto espressione del principio dello Stato di diritto applicabile a tutti i rapporti di tipo verticale e cioè tra le istituzioni e i privati", cfr. sugli aspetti generali anche LUGATO, *Principio di proporzionalità e invalidità degli atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. comun.*, 1991, p. 67 ss.; GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998; CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziale*, cit., p. 387 ss.

782 v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* a cura di Ferroni, Napoli, 2002, p. 49;

783 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 376-377, il quale riprendendo l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale con la sentenza 15 maggio 1990, n. 241 - secondo cui "i principi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella formazione ed esecuzione del contratto, le regole della correttezza professionale ed i doveri correlati alla responsabilità extracontrattuale non costituiscono un argine sufficiente alla libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l'autonomia contrattuale, e non sono perciò idonei a sopperire all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia" - afferma che è necessario "rivedere le posizioni dottrinali che esauriscono il controllo dell'autonomia negoziale nel riferimento alla clausola di buona fede", onde adattarne il ruolo alla sua formulazione di principio, talmente ampia da renderla spesso insufficiente all'esplicazione di un efficace ruolo perequativo; cfr. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 205 ss.; BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, V, p. 5 ss.

784 In ordine al ruolo del principio di ragionevolezza si rinvia a GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., p. 13, la quale sottolinea la funzione di bilanciamento di fattori eterogenei svolta dal principio, estrinsecantesi su di un piano qualitativo, affermando che "Non pare [...] lontano dal vero individuare contenuto e portata applicativa della ragionevolezza in quel bilanciamento di valori che rappresenta la sintesi assiologicamente orientata tra eguaglianza, razionalità e bilanciamento strettamente inteso. Bilanciamento di valori che deve essere condotto in concreto nell'assunta consapevolezza che sia non soltanto impossibile ma persino controfunzionale disporre di una tesi di determinazione ultima tale da definire anticipatamente, in forma compiuta, la totalità dei casi generici sia descrittivamente, sia prescrittivamente rilevanti".

La differenziazione tra i due criteri si enuclea sotto il profilo operativo: il principio di ragionevolezza esplica la propria funzione sul piano qualitativo, fungendo da strumento di contemperamento tra fattori eterogenei, ossia di bilanciamento di esigenze e valori contrapposti⁷⁸⁵ e di "adeguamento" dell'autonomia privata ai valori "garantiti dalla legalità costituzionale e comunitaria"⁷⁸⁶; il principio di proporzionalità, invece, interviene a livello quantitativo, quale strumento di equilibrio oggettivo tra le prestazioni patrimoniali dedotte in contratto.

La valenza generale del principio di proporzionalità ne estende la portata a tutto il contesto normativo, essendo elemento strutturale di numerose disposizioni costituzionali e codicistiche⁷⁸⁷.

Si tratta di previsioni che nella maggior parte dei casi richiedono il concorso di elementi ulteriori rispetto a quello della semplice asimmetria quantitativa tra le prestazioni, ma che, comunque, sono fondate sul principio di proporzionalità quale criterio di struttura dei rapporti negoziali a base corrispettiva⁷⁸⁸.

La dottrina ne ha sostenuto la valenza generale nei rapporti interprivatistici, anche in assenza di una espressa formulazione definitoria, riconoscendo in esso un "momento normativo di

785 Queste righe riprendono le tesi ascrivibili al fondamentale insegnamento di P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 448 e ss.; VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 15 ss.; CASUCCI, *Il principio proporzionale nel diritto privato comunitario*, cit., p. 12 ss.; v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 150 ss.

786 v. FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, cit., p. 110, il quale rileva come il principio di proporzionalità "può svolgere l'importante funzione di contemperare gli eccessi dell'autonomia privata, la quale però non deve risultarne compromessa in quanto, pur non costituendo un valore in sé, può essere di volta in volta portatrice di valori di libertà che l'ordinamento riconosce e tutela. Anzi è lo stesso principio di proporzionalità ad imporre di considerare i valori rilevanti nella fattispecie e bilanciarli avendo riguardo alla gerarchia delle fonti, rispettando le prerogative dell'autonomia privata e limitando gli interventi dell'ordinamento sull'atto di autonomia solo alle necessità di salvaguardare valori garantiti dalla legalità costituzionale e comunitaria".

787 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 383-384, il quale individua il fondamento costituzionale del principio di proporzionalità in determinate norme, ossia "l'art. 53 cost., in base al quale tutti sono tenuti a concorrere alla spesa pubblica in ragione della loro capacità contributiva" e che "funge da presupposto e parametro per l'imposizione tributaria e costituisce, quindi, un limite al potere legislativo non soltanto in termini di ragionevolezza ma anche di proporzionalità; l'art. 36 cost., che esprime il principio della retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato", e che "non sembra ispirato soltanto al principio di proporzionalità, in chiave quantitativa, ma anche, quale correttivo, all'adeguatezza e alla ragionevolezza, sì da assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa". L'illustre Maestro al riguardo osserva come sia "importante sottolineare che, nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, si è passati da una concezione della proporzionalità quale criterio perequativo, ad una sua rilettura in termini autonomi rispetto al principio di eguaglianza. Si è sostenuto, infatti, che la proporzionalità ex art. 36 cost., prima ancora che ad un confronto tra diversi lavoratori, si riferisce all'equilibrio tra le prestazioni, implicando un giudizio interno al singolo contratto di lavoro subordinato, in relazione altresì all'adeguatezza". Inoltre, "l'art. 38 cost., in tema di previdenza, potrebbe anch'esso giustificare il principio di proporzionalità se nel nostro sistema fosse realizzato appieno il principio contributivo per il quale la pensione o altra prestazione cui il lavoratore abbia diritto, deve essere proporzionata al contributo versato durante il periodo di lavoro. Secondo altra dottrina amministrativistica, anche l'art. 97 cost. fa riferimento al principio di proporzionalità", con la conseguenza che si può "sostenere, trascurando pure il riferimento ad altre norme (come l'art. 42 cost.), che il principio di proporzionalità, espresso in chiave quantitativa, non soltanto è compatibile con il nostro sistema costituzionale, ma è altresì presente nel medesimo"; si considerino, inoltre, la normativa sulla rescissione per lesione, sullo stato di pericolo sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e riconduzione ad equità del contratto, nonché sulla riduzione della clausola penale.

788 Rileva, infatti, SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 302, come nell'assetto disegnato dal Codice civile "La mera sproporzione tra le prestazioni di per sé non sembra idonea a giustificare l'azionabilità della tutela contrattuale, dal momento che la tendenziale equivalenza delle prestazioni non è un valore essenziale per l'ordinamento, tale da motivare l'intervento (ablativo degli effetti) sul contratto ogni qual volta l'equilibrio stesso sia violato, poiché così facendo si sovrappongono parametri oggettivi alla valutazione fatta dalle parti, in modo del tutto incompatibile con il principio dell'autonomia privata su cui l'ordinamento si regge".

rilevanza assiologica”, volto a “recuperare coerenza ed efficienza al sistema giuridico e corretta competitività al mercato, nel giusto equilibrio tra libertà e solidarietà, tra libertà e meritevolezza dei contenuti”⁷⁸⁹.

Conseguentemente si può ritenere, secondo un’autorevole dottrina, che il principio di proporzionalità costituisca espressione e conferma dell’essenziale unitarietà dell’ordinamento giuridico, ponendosi quale “paradigma di attuazione dei valori fondanti il sistema nel suo complesso”, in funzione di orientamento dell’azione pubblica verso risultati coerenti con l’impostazione egualitaria di base e di indirizzo dell’autonomia privata alla tutela dei valori personalistici⁷⁹⁰.

Sono, tuttavia, ravvisabili degli orientamenti critici che disconoscono la valenza generale del principio di proporzionalità, considerandolo illogico rispetto all’impianto ideologico sotteso al sistema contrattuale, poiché implicante un’apertura “sostanziale” agli equilibri emergenti dal contenuto economico di ogni singolo contratto, e, quindi, antitetico al dogma volontaristico su cui sono costruite la libertà contrattuale e l’autonomia privata.

Inoltre, opererebbe in senso ostativo alla portata generale del principio la tradizionale “insensibilità” del nostro legislatore rispetto ai soli squilibri economici tra le prestazioni contrattuali, atteso che i rimedi volti a far fronte a queste situazioni richiedono il ricorso di elementi ulteriori rispetto alla sproporzione quantitativa, al fine di consentire alla stessa di rilevare sul piano della validità o della stabilità dell’accordo, come previsto nella fattispecie della rescissione per lesione, laddove la relativa azione è fondata anche sulla condizione dell’approfittamento dello stato di bisogno⁷⁹¹.

In sintesi, si sostiene che l’elevazione della proporzionalità a principio generale e fondante del sistema finirebbe per comprimere l’autonomia negoziale, consentendo nel regolamento privato interventi eteronomi realizzati per via giudiziale, che comprometterebbero la certezza

789 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 459, a cui si deve tale indispensabile e basilare teorizzazione del principio di proporzionalità, in grado di mostrarne il ruolo di parametro di coerenza assiologica del sistema oltre che di strumento teleologicamente orientato alla realizzazione dei valori costituzionali; GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 417 ss.; CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell’interprete*, Napoli, 2003, p. 137 ss.;

790 v. CASUCCI, *Il principio proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2000, p. 67 ss., il quale realizza una delle più approfondite analisi dottrinali riferite al principio di proporzionalità. Sul punto in particolar modo osserva, come “il principio di proporzionalità, sul versante del diritto civile, assolve il compito costituzionale di garantire ai cittadini condizioni di eguaglianza non astrattamente paritetica ma sostanziale e, collegata a questa, di libertà di iniziativa economica, temperata alla luce dei principi di sicurezza, libertà e dignità umana (artt. 2, 3 e 41 cost.). Il principio, sul versante del diritto pubblico, trae spunto da quello, anch’esso di rango costituzionale, di libertà e ad esso si uniforma. La distinzione fra diritto civile e diritto pubblico – che non presenta alcuna ragione d’essere, al di là di una mera utilità didattica – trova nel principio di proporzionalità una conferma dell’assunto della unitarietà dell’ordinamento. Il principio, partecipando, di entrambi i profili, si atteggia come paradigma di attuazione dei valori fondanti il sistema nel suo complesso. Esso comporta, da un lato, che colui che esercita la funzione pubblica debba astenersi da comportamenti invasivi della sfera giuridica soggettiva, non motivati sulla base dei valori consacrati nella Carta costituzionale e, dall’altro, che la norma di condotta (qualunque siano la sua origine e la sua tipologia) debba farsi carico di “promuovere” il pieno sviluppo della persona umana, attraverso azioni concrete in grado di rimuoverne gli ostacoli (art. 3, comma 2, cost.). Ne discende che, in attuazione dei principi di democraticità e di giustizia nei rapporti fra cittadini e fra cittadini e Stato, quest’ultimo è tenuto a farsi carico, sia come soggetto amministrativo sia come soggetto legislativo, di un riequilibrio di quelle posizioni giuridiche soggettive che presentano limiti al “pieno sviluppo” della persona umana. Per converso, l’autonomia privata, aperta a forme di integrazione eteronoma (art. 1374 cod. civ.), quale il diritto comunitario ed i suoi principi, non potrà costituire un dogma, dovendo svolgersi in stretto raccordo non solo con l’utilità sociale e in modo tale da non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41 cost.), ma soprattutto dovrà conformarsi ai principi di diritto comunitario, che riconoscono nella stabilità dell’espansione, nell’equilibrio degli scambi e nella lealtà e nella libera concorrenza il modello di uno sviluppo economico rispettoso dei valori della persona umana”.

791 Si tratta di ricostruzioni tutte riconducibili alla impostazione liberal-volontarista che ha ispirato la codificazione francese del 1804 e quella italiana del 1865, ampiamente esaminate nelle pagine che precedono (cap. 1).

delle operazioni commerciali, e che potrebbero determinare rischiose strumentalizzazioni dei rapporti contrattuali, ideologicamente orientante alla sovversione sociale o al controllo statale dell'economia⁷⁹².

Tali critiche non sono convincenti, in quanto espressione di una impostazione culturale di stampo tradizionale, ancora insensibile all'incidenza dei valori costituzionali sull'ordinamento, ed in conseguenza, sull'intero sistema dei rapporti socio-economici⁷⁹³.

Il paventato rischio di interventi giudiziali che, simulando il ripristino della proporzione economica delle prestazioni, possano, in realtà, celare una sovversione del rapporto legata all'arbitrio dell'interprete, non ha ragion d'essere, dacché il potere eterointegrativo del giudice è istituzionalmente limitato alla finalità di contemperare i principi personalistici con la stabilità del sistema economico generale, nell'ambito dell'assetto costituzionale⁷⁹⁴.

Il sindacato giurisdizionale, quindi, può incidere sull'equilibrio economico del rapporto, modificando le statuizioni dell'accordo negoziale, esclusivamente in funzione dell'adeguamento dei rapporti privatistici ai preminenti valori costituzionali⁷⁹⁵.

L'*iter* di tale indirizzo normativo ed applicativo ha trovato un iniziale e significativo riconoscimento nel diritto italo-comunitario e nella giurisprudenza, attraverso una rilettura evolutiva della clausola generale di buona fede, logicamente collegata al principio di proporzionalità⁷⁹⁶.

792 cfr. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, cit., p. 165, il quale, in ordine alla garanzia dell'equilibrio economico per via giudiziale, rileva come "la stessa evanescenza del parametro di giudizio, la difficoltà di tradurlo in concreti riferimenti a dati empirici, la sua indipendenza rispetto ad ogni altra più circostanziata indicazione normativa, lascerebbero al giudice spazi indefiniti di apprezzamento soggettivo, che neanche le clausole generali, in virtù della loro inserzione nella trama di norme che ne costituiscono il contesto, gli attribuiscono. In tal senso risulterebbe precaria la stessa giustificabilità motivazionale del sindacato, e, quindi, la sua controllabilità, non solo endoprocessuale in termini di impugnazione, ma anche in senso sociale e politico. E si porrebbero al riguardo problemi molto gravi di legalità di un sistema di generale soggezione degli affari privati ad una omologazione, ed eventuale ridefinizione, giudiziaria, i criteri della quale non sarebbero legalmente fondati. Inoltre, l'indipendenza del giudizio da criteri economici lo priverebbe di strumenti di misurazione quantitativa, tanto più indispensabili nella fase dell'intervento riequilibrativi che dovrebbe seguire all'eventuale apprezzamento negativo circa la conformità a giustizia del contratto. Infine, l'inevitabile varietà di soggettivi apprezzamenti dei giudici alla stregua di un criterio così indefinito comporterebbe irrimediabili e incontenibili effetti di disomogeneità e imprevedibilità dei giudicati".

793 Sottolinea, infatti, NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 67, come si possa "ritenere ormai sussistente, nell'ordinamento italiano, il principio di proporzionalità, inteso quale criterio "normativo" di valore costituzionale, in applicazione del quale si impone la necessità di reagire agli eccessivi squilibri contrattuali, determinati, il più delle volte (ma non sempre), da una disuguaglianza di forza originaria tra le parti. Conseguentemente, se "i principi sono norme" [cit. ALPA, Voce "Principi generali", in *Dig. it.-sez. priv.*, Torino, 1996, p. 360], anche il principio di proporzionalità potrà concorrere ad integrare il contratto, grazie al richiamo alla legge, operato dall'art. 1374 c. c. Il sindacato principio può dunque ragionevolmente considerarsi una nuova fonte di integrazione del contratto, mediante la quale il giudice potrà riequilibrare le contrattazioni vistosamente sproporzionate".

794 Rilievi interessanti al riguardo sono rinvenibili in FRANZESE, *Contratto, negozio e Lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 771 ss.; v. anche BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 524; cfr. con il fondamentale studio di RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 3 ss.

795 v. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 230 ss.; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 67.

796 v. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 328; SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 10; CASUCCI, *Il principio proporzionale nel diritto privato comunitario*, p. 12 ss.; LUGATO, *Principio di proporzionalità e invalidità degli atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, cit., p. 67 ss.; GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, cit., p. 10 ss.; CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziale*, cit., p. 387 ss.; EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 1 ss.; D'ALESSANDRO, *Principio di proporzionalità comunitaria e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2521 ss.

La Corte di Cassazione, in tema di clausola penale inserita in un contratto, ha riconosciuto il potere-dovere del giudice di provvedere, anche d'ufficio, all'equa diminuzione della sanzione pecuniaria prevista, se l'ammontare di essa è manifestamente eccessivo, avuto riguardo alla rilevanza economica dell'operazione, in applicazione del principio di proporzionalità⁷⁹⁷.

Tale arresto giurisprudenziale ha assunto il ruolo di approdo generale dell'ordinamento estensibile ad altre fattispecie analoghe (tra le altre agli interessi moratori convenzionali, la cui entità ecceda proporzionalmente la misura del danno subito per ritardato adempimento) – innovando il pacifico orientamento precedente, secondo cui era richiesta l'istanza della parte interessata volta alla riduzione della penale manifestamente eccessiva. Anche in quest'ultimo, peraltro, era dato distinguere differenti indirizzi: da quello che facendo leva sull'interesse tutelato dall'art. 1384 c. c. riteneva che fosse necessaria che la richiesta di riduzione della penale provenisse dal debitore⁷⁹⁸, a quello secondo cui la riduzione *ex officio*, operando al di là dei poteri che la norma riconosce al giudice, avrebbe integrato il vizio di ultrapetizione, rispetto alla domanda giudiziale⁷⁹⁹.

La menzionata pronuncia della Cassazione, ricognitiva del potere giudiziale di ridurre d'ufficio l'entità della penale eccessiva – benché caldeggiata in dottrina e già preconizzata da alcuni interventi giurisprudenziali – ha una particolare importanza per l'ampliamento dell'ambito di applicazione del principio di proporzionalità, ma soprattutto per la motivazione di supporto, che ne ha messo in evidenza le finalità solidaristiche e di salvaguardia dei valori umani contemplati in Costituzione per la loro "confluenza nel rapporto negoziale" congiuntamente alla tutela della "iniziativa economica privata" (*sub art. 41*)⁸⁰⁰.

797 v. Cass. civ., Sez. I, sentenza 24 settembre 1999, n. 10511, in *Riv. Not.*, 2000, p. 488; v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 54

798 v. MEDICI, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 321 ss.; CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziale*, cit., p. 387 ss.; CICALA, *La riducibilità d'ufficio della penale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 683; RASCIO, *Le Sezioni Unite consacrano il potere del giudice di ridurre d'ufficio la penale*, in *Dir. e giur.*, 2005, p. 582; DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1538.

799 v. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 297 ss.; in giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro It.*, 2001, I, c. 2924, in cui si afferma che "La facoltà di cui all'art. 1384 c.c., di ridurre a equità la penale può essere esercitata, dal giudice del merito, solo a seguito di domanda della parte, che non è ravvisabile, neppure implicitamente qualora la parte, in concreto condannata al pagamento della stessa, non solo abbia escluso il proprio inadempimento, ma, invocando quello dell'avversario, abbia espressamente chiesto la condanna di quest'ultimo al pagamento dell'intero importo pattuito a titolo di penale"; Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 23 novembre 1990, n. 11282, in *Mass. Giur. It.*, 1990, in cui si afferma che "L'esercizio, da parte del giudice, del potere (che incide sull'autonomia negoziale dei contraenti) di diminuire equamente la penale il cui ammontare sia manifestamente eccessivo (art. 1384 c. c.) postula non solo una specifica richiesta ma anche la allegazione, da parte del soggetto obbligato, delle ragioni dell'asserita manifesta sproporzione della penale rispetto all'interesse del creditore, nonché la prova delle circostanze che rendano icu oculi rilevabile l'eccessività della sanzione convenzionalmente prevista per l'inadempimento o l'inesatto adempimento".

800 Sia afferma, infatti, nella motivazione della sentenza 24 settembre 1999, n. 10511, che "Perché - come conviene ormai la dottrina più avvertita sul tema - il complesso processo innestato, nei moderni sistemi giuridici, dal tramonto del mito ottocentesco della onnipotenza della volontà e della dogana della intangibilità delle convenzioni ha inciso anche sul fenomeno della riducibilità della penale, la quale ha per l'effetto finito col perdere l'iniziale sua colorazione soggettiva per assumere connotazioni funzionali più decisamente oggettive, si che la spiegazione della vicenda - come è stato osservato - appare ora spostata da una supposta tutela della volontà delle parti ad un interesse primario dell'ordinamento, valutandosi l'intervento riduttivo del giudice non più in chiave di eccezionalità bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata. 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

La Corte, infatti, collega l'accennato potere del giudice alla funzione (di ordine oggettivo) di garantire il controllo dell'autonomia privata, in rispondenza al principio di solidarietà sociale.

È evidente, quindi, come l'*iter* argomentativo seguito dal giudice di legittimità, elevi il principio di proporzionalità al rango di regola operante, per la sua connotazione assiologica, nell'intero settore dei rapporti privatistici, assumendo un ruolo fondante nel sistema negoziale e divenendo il principale strumento di mediazione e contemperamento tra valori personalistici ed istanze lucrative⁸⁰¹.

11. La teoria della "causa concreta" come strumento di controllo dell'equilibrio economico del contratto. Critica

del 1994). E che, entrando (detto dovere di solidarietà) in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.), all'un tempo gli attribuisce una "vis" normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, nella misura, in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato (cfr. "ex plurimis" Cass., n. 3362 del 1989, n. 2503 del 1991, in tema di fideiussione "omnibus"; n. 748, n. 5531, n. 6408, n. 1012 del 1993; n. 599 e, in particolare, n. 6448 del 1994, con riguardo a profili vari del rapporto di lavoro). E proprio agli effetti della individuazione dei contenuti e della portata di tale controllo e, conseguentemente, del potere di intervento del giudice all'interno del contratto, è stato di recente affermato (vincendo, anche in tal caso, il peso frenante di una contraria opzione interpretativa dottrinarie e giurisprudenziale) che "la legge pattizia non può ritenersi svincolata dal dovere di correttezza". Il quale "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" (così Cass., n. 3775 del 1994). Ora appunto - tornando al problema esegetico dell'art. 1384 c.c. - non può revocarsi in dubbio (anche alla stregua del superiore canone ermeneutico per cui "tra due interpretazioni possibili va di necessità prescelta quella conforme, o più conforme a Costituzione": cfr. Corte Costituzionale, n. 7, n. 11, n. 117, n. 188 del 1998) che il potere, ivi previsto, di riduzione ad equità della penale vada esercitato anche "ex officio", indipendentemente da un atto di iniziativa del debitore, configurandosi, esso come potere-dovere, attribuito al giudice per la realizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento. Interesse che assume anzi, in questo caso, connotati di ancor più spiccata valenza, poiché - a fronte della innegabile (anche concorrente, se non prevalente) funzione sanzionatoria assolta dalla clausola penale - quell'interesse si specifica e consolida nell'esigenza (che si radica nel cuore della "giustizia del caso concreto", che il giudice è chiamato ad assicurare) di garantire l'adeguatezza e proporzione della sanzione all'illecito che essa è destinata a prevenire o reprimere".

801 A questa ricostruzione del fenomeno ha fatto seguito un'opinione riduttiva che, escludendo la rilevanza diretta dello squilibrio economico nell'esecuzione del contratto - in quanto non lesivo di per sé di "un valore assoluto nel diritto contrattuale" - ha sostenuto che esso integra, in realtà, un "sintomo privilegiato e risultato oggettivo dell'abuso della libertà contrattuale che una parte ponga in essere in danno dell'altra" (SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 306). L'equilibrio patrimoniale, pertanto, non sarebbe suscettibile di tutela su base oggettiva, ossia come semplice requisito estrinsecato nella proporzione tra le prestazioni, bensì sotto il profilo della "procedura di formazione dell'accordo [...] inficiata da anomalie derivanti dalla posizione di debolezza di una delle parti dovuta ad una disparità di potere contrattuale" (v. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 310, che sottolinea come non sia "in termini di *substantive justice* che si può affermare il ruolo dell'equilibrio contrattuale, quale criterio che, a prescindere dal fatto che vi sia una parità di forze tra le parti, impone un contenuto minimo di equità e congruità della prestazione e della controprestazione; piuttosto il rilievo dell'ingiustizia negoziale deve essere assunto a livello di *procedural justice*, cioè nelle ipotesi in cui la procedura di formazione dell'accordo sia inficiata da anomalie derivanti dalla posizione di debolezza di una delle parti dovuta ad una disparità di potere contrattuale". Infatti, "muovendo dal disconoscimento della capacità della parte più debole economicamente di pattuire condizioni conformi alla giustizia contrattuale in una contrattazione libera e paritaria, si attua un crescente intervento correttivo del contenuto negoziale volto al riequilibrio delle posizioni di forza dei contraenti ed alla punizione delle situazioni di abuso e sopraffazione che la prassi economica tende ad originare") idonea a determinare l'invalidità del contratto ovvero a consentirne la rescindibilità. Questo orientamento non convince, atteso che determina un arretramento del processo logico che ha dato origine al principio di proporzionalità, quale "valore" fondante del sistema dei rapporti intersoggettivi. Ovviamente il meccanismo attuativo della tutela in sede giudiziaria entra in azione a seguito della insorgenza di un fattore ostativo alla corretta formazione della volontà negoziale; perciò, l'abuso della libertà contrattuale, come entità negativa o impeditiva, non può essere considerato elemento costitutivo del valore tutelato. Si ricade in sostanza nel tradizionale impianto codicistico della tutela dell'equilibrio normativo del contratto, rendendo irrilevante lo squilibrio economico.

In dottrina si è sostenuto, sulla scorta di qualche sporadica pronuncia giurisprudenziale, che lo squilibrio economico del contratto integrerebbe un vizio della causa, idoneo ad inficiare il negozio di nullità⁸⁰².

L'*iter* logico seguito da questa tesi si fonda sulle elaborazioni che hanno dato luogo all'emersione della c. d. "causa concreta", per cui, superando la concezione "oggettivistica" adottata dal codice civile – secondo cui la causa è la funzione economico-sociale del negozio giuridico, nettamente distinta dai motivi che ispirano le parti a contrarre –, si è giunti a recuperarne una valenza "individuale" legata all'affare concretamente posto in essere dalle parti.

Il ricorso al concetto di "causa concreta" è connesso al giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dall'operazione negoziale, che l'art. 1322 c. c. riserva ai soli contratti atipici, ma che, in virtù della "costituzionalizzazione" del diritto civile, deve ritenersi esteso a qualsiasi negozio giuridico – atipico e tipico – al fine di valutare "in concreto" la compatibilità dei risultati cui l'operazione economica tende con i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Tale impostazione di base ha indotto una dottrina a ritenere che non possa più "sollevare scalpore che nel verificare se sussista la causa nei contratti commutativi il giudice non si fermi all'esistenza di due prestazioni scambiate", ma proceda a determinarne i "valori", al fine di accertare concretamente "se esista uno squilibrio eccessivo, inteso in senso sia giuridico sia economico"⁸⁰³.

Sviluppando tali teorie, si giunge a configurare la causa, individuata "in concreto", non già come "limite esterno" del contratto, ma come parametro di controllo della meritevolezza dell'operazione economica, ossia della sua "giustizia" da un punto di vista sostanziale⁸⁰⁴.

Pertanto, alla luce dei principi solidaristici di matrice costituzionale che devono orientare l'autonomia privata, un contratto che presenti uno squilibrio economico, eccedente i valori limite di mercato praticati, avrebbe una "causa concreta" immeritevole e conseguentemente sarebbe nullo.

802 v. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 31 ss., il quale afferma che nell'ordinamento sarebbe riscontrabile il generale principio di adeguatezza "del sacrificio patrimoniale, in relazione al sacrificio della controparte, la cui mancanza comporterebbe un vizio originario della causa del contratto".

803 v. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 236, la quale argomentando dal riconosciuto potere giudiziale di riduzione della clausola penale ex officio, desume principi estensibili in via generale agli squilibri economici nei contratti. L'A. afferma che, tale approdo giurisprudenziale, presupponga "quale necessario passaggio logico, la nullità della clausola, a norma dell'art. 1241 cod. civ.: nulla perché giudicata al vaglio dell'art. 1322, comma 2°, cod. civ., non meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Il che apre una prospettiva nuova, dal momento che la clausola penale è una clausola tipica, mentre il vaglio di cui all'art. 1322, comma 2°, è tradizionalmente applicato ai contratti e alle clausole atipiche, ritenute nulle per mancanza di causa ai sensi dell'art. 1418, comma 2°, cod. civ. La nullità sta nel fatto che, nel caso della penale eccessiva, si viene a sindacare non la causa in astratto, bensì la causa in concreto. La clausola penale, in quanto clausola tipica, ha in astratto una propria causa; ma risulta priva, in concreto, di idonea causa se il suo ammontare è manifestamente eccessivo riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento. Si tratta, inoltre, di una nullità parziale: la clausola è nulla nei limiti della sua eccessività; resta valida per la misura in cui appare equa". La stessa A. afferma che (p. 231-232) "E', dunque, ormai anacronistico escludere che il controllo sulla causa possa estendersi alla valutazione del contenuto delle prestazioni", aggiungendo che "il principio dell'insindacabilità dell'autonomia contrattuale come non può più rilevare al fine di attribuire tassatività all'equità [...], così non può più operare per giustificare l'irrelevanza dell'eccessivo squilibrio tra prestazione e controprestazione in sede di controllo causale". L'A. a p. 236 sottolinea, che "il passaggio logico sotteso alla soluzione individuata sta ultima analisi nell'applicazione della causa in concreto, che metta capo ad un giudizio di meritevolezza – nella specie sotto il profilo dello squilibrio – anche delle pattuizioni tipiche".

804 v. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 258

Tale ricostruzione, benché aderente alle nuove logiche del diritto dei contratti, incontra un ostacolo nella drasticità della sanzione di nullità della causa in presenza di uno squilibrio economico del rapporto.

In effetti, il contratto sarebbe vanificato, con la conseguenza che possa derivare dalla cessazione del rapporto un danno maggiore per la parte in cui favore dovrebbe operare l'invalidità (ad esempio, in relazione ad un contratto di finanziamento nel quale siano pattuite prestazioni sperequate, la nullità potrebbe comportare l'obbligo del debitore di eseguire la restituzione immediata delle somme già acquisite) e, comunque, possa precludersi la prosecuzione del rapporto negoziale a condizioni eque.

Non sembra condivisibile neppure la tesi della nullità parziale della causa che elimini l'eccessivo squilibrio delle prestazioni, con conseguente indiretto adeguamento a valori economici equilibrati⁸⁰⁵, considerando che il meccanismo di riduzione della causa porterebbe alla sanatoria di una pattuizione intrinsecamente immeritevole di tutela.

Appare, invece, preferibile la teoria secondo la quale, anziché attribuire alla "causa" il ruolo di controllo dell'equilibrio economico del contratto, sarebbe più agevole intervenire nella fase esecutiva, mediante una integrazione giudiziale del rapporto, a norma dell'art. 1374 c. c., in senso correttivo dell'entità delle prestazioni convenute, al fine di renderle coerenti col principio di proporzionalità⁸⁰⁶.

12. *La tutela dell'equilibrio contrattuale ed il ruolo dell'equità e della buona fede nei principi internazionali in materia contrattuale. Introduzione alla normativa italo-comunitaria ed i "Principles of Existing EC Contract Law – Acquis Principles". I Principi Unidroit ed il Codice della Commissione Lando.*

Le problematiche connesse all'equilibrio contrattuale sono oggetto di particolare attenzione a livello sovranazionale, in quanto ritenute funzionali alla efficienza del sistema economico globale e nel contempo alla tutela del contraente debole nell'ambito dei rapporti negoziali

Siffatto fenomeno ha dato luogo alla emanazione di numerose normative ed alla redazione di raccolte di principi uniformi sottesi alla contrattualistica internazionale e finalizzate a coniugare in modo adeguato le istanze mercantili con quelle equitative e di giustizia sostanziale.

In tal modo, si è addivenuti al riconoscimento della funzione riequilibratrice dell'originaria asimmetria di potere intercorrente tra le parti, della informazione pre-contrattuale e della forma⁸⁰⁷, nonché dello *jus poenitendi*⁸⁰⁸, ma, in particolare - superando l'originaria ritrosia delle concezioni giuridiche liberali - si è tendenzialmente ammessa l'attribuzione al giudice di

805 Tesi, questa, ripresa dalla più volte citata ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 236, la quale si riallaccia alle teorie autorevolmente sostenute da GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 141 ss.

806 v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 49; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia privata*, cit., p. 280; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 67.

807 v. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 397 ss.; GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 641 ss.; MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, cit., p. 12.; AMAGLINI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, cit., p. 47; MESSINA, *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, cit., p. 112 ss.; PUTTI, *Il neoformalismo negoziale*, cit., p. 360 ss.; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit., p. 133.

808 v. BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo, in I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 375; A. M. GAMBINO, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, p. 252 ss.

poteri di intervento correttivo sul regolamento negoziale, al fine di garantirne la base equitativa ed eventualmente di adeguarlo alle sopravvenienze⁸⁰⁹.

Una conferma di ciò è derivata anche dai "Principles of Existing EC Contract Law –Acquis Principles" (2007)⁸¹⁰, elaborati su incarico della Commissione Ue, da un gruppo di accademici, sulla base del diritto comunitario vigente in materia contrattuale e confluiti nel *Draft Common Frame of Reference*, ossia nel progetto preliminare di un codice civile europeo.⁸¹¹

Gli "Acquis Principles" - costituiti dall'insieme dei principi enucleabili, dall'ordinamento comunitario mediante un procedimento di astrazione generale dagli interventi positivi particolari realizzati dai competenti organi dell'Unione nei diversi settori di intervento – benché privi di valore normativo diretto, sono volti ad indirizzare l'attività legislativa e giurisdizionale, tanto a livello europeo che nazionale, incidendo sia nella formazione delle singole discipline, sia nell'interpretazione delle stesse, in modo da assicurarne la coerenza logica e teleologica e l'uniformazione dei criteri esegetici in sede applicativa⁸¹².

In sostanza, si è cercato di adattare il rapporto alle esigenze della libertà contrattuale e della giustizia sostanziale, in prospettiva di una soluzione equilibrata tra le finalità lucrative e le istanze solidaristiche ispiratrici dell'ordinamento.

In questo senso è ravvisabile anche la tendenza, ancora non ben definita, ad attribuire rilevanza al contenuto economico dell'accordo, al fine di evitare la diffusione di scambi sperequati.

Tale processo ha avuto una lenta evoluzione in ambito comunitario: si è avviato con la normativa posta a tutela del consumatore, in quanto contraente debole, ed è giunto oggi giorno ad interessare anche i rapporti commerciali tra imprese⁸¹³.

Le ragioni giustificative di siffatto indirizzo legislativo non devono essere ravvisate, almeno in origine, in una prematura attenzione per la posizione soggettiva e personalistica del consumatore, quanto, invece, nell'esigenza di favorire lo sviluppo equilibrato e razionale del mercato, attraverso la tutela dell'eguaglianza formale dei soggetti che in esso operano⁸¹⁴.

809 v. ZENO ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, cit., p. 309 ss.; BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., p. 330 ss.; MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, cit. 602 ss.

810 v. in dottrina DE CRISTOFARO (a cura di), *I <<Principi>> del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009.

811 Per ciò che concerne l'equilibrio contrattuale si deve fare riferimento particolare alle disposizioni contenute nel Chapter 2, Pre-contractual Duties, Section 1, General duties (artt. 2:101, 2:102, 2:103), Section 2, Pre-contractual information duties (artt. 2:201, 2:202, 2:203, 2:204, 2:205, 2:206, 2:207); Chapter 5, Withdrawal, Section 1, Exercise and effect (artt. 5:101, 5:102, 5:103, 5:104, 5:105, 5:106), Section 2, Particular rights of Withdrawal (artt. 5:201, 5:202); Chapter 6, Non Negotiated Terms, Section 1, Scope of application (art. 6:101), Section 2, Inclusion and interpretation of terms (artt. 6:201, 6:202, 6:203, 6:204), Section 3, Validity of terms (artt. 6:301, 6:302, 6:303, 6:304, 6:305, 6:306).

812 v. al Riguardo Chapter 1, General provision, Section 1, article 1:101 "Scope and purpose of these Principles", in cui si afferma che "(1) The following principles and rules are formulated on the basis of the existing law of the European Community in the field of contract law. (2) These principles and rules serve as source for the drafting, the transposition and the Interpretation of European Community law. (3) They are not formulated to apply in the areas of labour law, company law, family law or inheritance law".

813 v. CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, I, Padova, 2003, p. 458 ss.; MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 113 ss.; BARENGHI, *Dei contratti del consumatore in generale*, *Commento agli artt. 33-38*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2006, p. 155; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 145 ss.; cfr. anche con ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997.

814 v. PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, a cura di Comandè, Torino, 2004, p. 151 ss.; cfr. BESSONE, *La tutela dei consumatori oggi. Dalla "consumer protection" alla garanzia costituzionale dei diritti inviolabili*, cit., p. 290; STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: La legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, cit., p. 199 ss.; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto*

In questo senso deve, infatti, interpretarsi la prima normativa italo-comunitaria in tema di clausole vessatorie, che si proponeva di realizzare un equilibrio prevalentemente normativo del regolamento negoziale, da ottenersi in via preventiva, mediante i doveri di informazione nella fase pre-contrattuale, in ottemperanza al principio della trasparenza, senza scendere nel merito dei concreti assetti sostanziali⁸¹⁵.

È evidente, quindi, come la "giustizia" dello scambio si riferisce, non tanto al contenuto economico del contratto, quanto invece, alla corrispondenza dello stesso alla comune volontà delle parti, tutelando il consumatore contro imposizioni del contraente imprenditore⁸¹⁶.

A conferma di tale interpretazione si pone la Legge 30 luglio 1998, n. 281, intervenuta a definire i c. d. diritti fondamentali del consumatore e tendenzialmente preordinata a garantire la genuinità del procedimento di formazione del consenso in ordine alla operazione negoziale, mediante la previsione a carico del contraente-professionista, di obblighi di trasparenza, di informazione e di correttezza⁸¹⁷.

Non residua alcuno spazio, quindi, per la realizzazione dei principi di giustizia sostanziale, che tuttavia, emergono dalla recente estensione alla materia negoziale dei valori personalisti e solidali, rafforzata dal riconoscimento in sede comunitaria del carattere "fondamentale" dei diritti umani nel nuovo ordine politico-istituzionale⁸¹⁸.

Tale indirizzo si è manifestato con l'attribuzione al giudice di poteri di intervento correttivo sul contenuto del contratto, non solo dal punto di vista esclusivamente normativo – attinente cioè alla equa distribuzione di diritti ed obblighi tra le parti – quanto anche da quello concernente la valutazione dei rapporti di proporzionalità oggettiva tra le prestazioni, al fine di garantire un assetto equilibrato⁸¹⁹.

La valorizzazione dell'equilibrio economico del negozio⁸²⁰ è stata inizialmente riconosciuta, nelle normative interne di esecuzione delle regolamentazioni comunitarie che hanno elevato

del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma, cit., p. 769.

815 v. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra <<contratti commerciali>> e <<contratti dei consumatori>>)*, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 59; DALIA, *L'equilibrio normativo del contratto tra codice civile e leggi speciali*, cit., p. 14 ss.; ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 19 ss.

816 cfr. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 347.

817 v. MINERVINI, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998 n. 281*, in *Contr.*, 1999, p. 938; CARMERO-DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999.

818 v. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 46 ss.

819 cfr. MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, cit., 604 ss.

820 La dottrina aveva già rilevato come la disciplina innovatrice del 1996 in tema di clausole vessatorie, esprimesse una tendenza espansiva del controllo dell'autonomia privata dall'ambito dei valori personalistici all'equilibrio economico del contratto. Infatti, la normativa prescrive che il corrispettivo deve essere determinato con chiarezza e precisione, per evitare la qualifica di vessatorietà della relativa clausola, e dispone l'intervento giudiziale, teso a "stabilire quale sia il prezzo da applicarsi in vece e luogo di quello non chiaro e trasparente"; v. al riguardo LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 246, la quale, sul punto, afferma che "la clausola relativa al prezzo ha rilevanza essenziale, nell'economia del contratto, nel senso che non potrebbe applicarsi la sanzione della nullità parziale, se non attribuendo al giudice il potere di stabilire quale sia il prezzo da applicarsi, in vece e luogo di quello non chiaro e non trasparente. Vale a dire, o si applica l'art. 1419 1° comma cod. civ., da cui deriverebbe la nullità totale del contratto (in antitesi a quanto disposto dall'art. 1469 *quinquies* per le clausole abusive), o si deve ammettere che il giudice possa ricondurre il contratto ad equità, determinando il prezzo (ovviamente in termini il più possibile vicini a quelli che il predisponente avrebbe potuto lecitamente stabilire). La seconda soluzione sembra quella preferibile, tenuto anche conto di quanto il legislatore ha disposto in casi simili: per esempio, nell'art. 117, 6° e 7° comma T. U. n. 385 del 1993, per il caso di nullità delle clausole relative agli interessi e ad altri prezzi e condizioni. Sembra da escludere, invece, che si possano analogicamente applicare i principi di cui agli art 1815, 2° comma, cod. civ. e 23, 2° comma T. U. n. 58 del 1998 sull'intermediazione finanziaria, per cui l'operatore finanziaria perde ogni diritto al corrispettivo, nel caso di violazione delle norme a garanzia della trasparenza e dell'equilibrio fra le prestazioni. Si tratta, infatti, di norme di carattere punitivo, di cui non sembra ammessa l'applicazione analogica. In ogni caso, ciò che qui interessa è che la normativa sui contratti dei consumatori – pur proponendosi di reprimere solo gli squilibri giuridici – finisce per

l'equità dello scambio al rango di diritto fondamentale del consumatore⁸²¹; nella disciplina sull'abuso di dipendenza economica, introdotta con l'art. 9 della Legge n. 192 del 1998 con riguardo alla subfornitura⁸²²; nel D.lgs 9 ottobre 2001, n. 231, di attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali⁸²³, decreto che, nell'art. 7, comma terzo, prevede che il giudice, anche d'ufficio, possa dichiarare la nullità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo, avuto riguardo all'interesse del creditore alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze indicate nella normativa in esame, applicando i termini legali ovvero riconducendo ad equità il contenuto dell'accordo medesimo.

Si tratta di primi interventi che, nonostante siano stati ispirati da finalità di efficienza economica dei traffici commerciali – come dimostrato dalla circostanza per cui la Legge n. 192 del 1998 ed il D.lgs 9 ottobre 2002, n. 231 si riferiscono ai rapporti tra imprese – sono destinati ad incidere sulla configurazione dell'autonomia privata e del diritto dei contratti, aprendo dei significativi spiragli per il controllo del contenuto economico e l'eterointegrazione giudiziale del negozio.

L'equilibrio economico ed in particolare il riconoscimento al giudice di poteri di intervento correttivo sul regolamento privato secondo i dettami della volontà e della legge, affinché la convenzione risulti rispondente ai principi di equità e buona fede, sono gli aspetti più salienti delineati nelle raccolte teorico-programmatiche – da alcuni definite anche paranormative⁸²⁴ – realizzate dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), che ha predisposto i c. d. "*Principles of International Commercial Contracts*"⁸²⁵ e dalla Commissione Lando, che ha elaborato i c. d. "*Principi del diritto europeo dei contratti*".

Tali compilazioni dottrinarie sul diritto contrattuale internazionale sono sfornite di efficacia giuridica diretta, ma possono avere applicazione nei casi in cui le parti vi facciano riferimento e, comunque, costituiscono un valido criterio interpretativo destinato ad incidere sulle future normazioni del settore dei contratti⁸²⁶; tra l'altro, temperano il "fissismo" volontaristico

riversare i suoi effetti anche sugli squilibri economici, e comunque sollecita una maggiore sensibilità degli interpreti rispetto al problema".

821 v. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, cit., p. 122 ss.

822 v. 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. 649 ss.; GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 882; CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1304 ss.

823 v. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 439 ss.; ZACCARIA, *La direttiva 2000/35 Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001, p. 259.

824 v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 209.

825 v. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 1995.

826 v. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* a cura di Ferroni, cit., p. 106 e 115, il quale sottolinea come "oggetto dei Principi Unidroit è quello di fissare un insieme di regole tratte dalla prassi del commercio internazionale, indipendenti quindi dai sistemi giuridici nazionali anche se non avulse dalle loro tradizioni ed esperienze e destinate ad essere applicate a livello universale. Con questa opera non si è inteso, dunque, rielaborare le prassi contrattuali correnti per trovare formulazioni standard più adeguate e precise, che evitino dubbi interpretativi e lacune, ma si è tentato piuttosto di ricavare da tale prassi un contesto di regole coerenti, espressione non tanto di usi quanto di principi propri del commercio internazionale". Peraltro, rilevante appare il problema dell'individuazione della loro natura. Sul punto l'A. afferma che in considerazione del loro "carattere generale gli articoli contenuti nei Principi Unidroit possono essere visti come punti di riferimento ma non come clausole che immediatamente integrino il contenuto di un contratto internazionale", e nemmeno quali "usi del commercio internazionale". La conclusione a cui lo Studioso perviene è quella secondo cui "i Principi Unidroit sembrano collocarsi a mezza via tra la mera rielaborazione di prassi contrattuali e la codificazione di norme della c. d. *lex*

ottocentesco, introducendo un'ampia "flessibilità" coerente con le esigenze dell'impresa e con la rilevanza sociale dei rapporti privatistici.

I Principi *Unidroit* rispondono alle menzionate finalità con diverse disposizioni, attinenti all'uso delle clausole standard (art. 2.19) – la cui disciplina riprende i principi comunitari in tema di tutela del consumatore avverso le clausole vessatorie - ed alla interpretazione delle stesse (art. 4.6), in antitesi alla posizione di potere del predisponente; al conflitto tra le clausole standard e le altre condizioni (art. 2.21); all'uso di clausole a sorpresa (art. 2.20), contrarie al principio di buona fede e correttezza.

Di importanza notevole sul piano dell'equilibrio economico è l'art. 3.10 (*gross disparity*), il quale concede alla parte, pregiudicata da un contratto sperequato in suo danno senza alcuna giustificazione, il potere di chiederne al giudice l'annullamento ovvero l'adattamento, in modo tale da assicurarne la conformità alle regole di correttezza commerciale⁸²⁷.

Notevole è la trattazione delle cause idonee a determinare lo squilibrio considerato dalla norma in esame ed individuate: nella difficoltà economica, in necessità immediate della parte, nello stato di dipendenza economica, nell'imperizia, ignoranza, inesperienza o nella mancanza di abilità nel trattare, che legittimano l'esercizio del potere di intervento del giudice finalizzato a razionalizzare e riequilibrare il rapporto.

In termini simili si esprime anche il Progetto della Commissione Lando, che all'art. 4.109 (*excessive benefit or unfair advantage*), nel caso di acquisizione di un profitto ingiusto o iniquo di una della parti, riconosce il potere del giudice di ricondurre ad equità il contratto, secondo le regole della correttezza e della buona fede⁸²⁸.

Tutte le accennate disposizioni fondano la reazione correttiva dell'ordinamento contro lo squilibrio economico, non già su un fenomeno perturbatore della volontà di uno dei contraenti, ossia su di un vizio del consenso, bensì sulla sproporzione oggettiva di valore delle prestazioni, individuata in base ai dati di mercato⁸²⁹.

mercatoria"; sul punto rileva D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, cit., p. 287, come non si tratti di "testi ai quali possa riconoscersi un valore innovativo dell'ordinamento. Essi sono tuttavia indici e fattori di un clima culturale che manifesta tendenze evolutive, le quali, ove pur non si traducano in norme vigenti, possono esercitare influenza nel senso della riconsiderazione di modelli ermeneutica e costruttivi del diritto vigente, o anche solo retorico-persuasivi rispetto allo sviluppo di argomentazioni per la soluzioni di problemi di disciplina dei rapporti".

827 Art. 3.10.2: "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"; in dottrina rileva v. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 158 ss., come "il significativo squilibrio, sanzionato dai principi UNIDROIT, si caratterizza per il fatto di riguardare non solo l'aspetto "normativo", ma anche quello economico del contratto. Perciò tale normativa consentirà un sindacato non solo in ordine all'aggravamento ingiustificato della posizione complessiva della parte debole, ma anche relativamente alla sproporzione relativa al prezzo, o a qualunque altra "condizione economica"; VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross Disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 40 ss.; al riguardo rileva BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., p. 128 che "Eccezionalmente il vantaggio ottenuto da una parte può essere ingiustificato anche quando questa non abbia abusato del suo superiore potere contrattuale. Se questo sia il caso o meno dipende essenzialmente dalle circostanze, e tra esse il 1° comma, lett. (b) dell'art. 3.10 menziona espressamente "la natura e lo scopo del contratto". Gli standards in base ai quali il contratto (o la singola clausola) in questione vanno valutati sono le pratiche commerciali e la generalità dei contratti dello stesso tipo conclusi da parti con eguale potere contrattuale".

828 Art. 4.109.2: "Su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza"; v. GATT, *Recensione a Principles of European contract law*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 507.

829 v. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 155 ss.; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 264 ss., il quale rileva come "L'innovazione espansiva, in realtà, non sta nella sostituzione della lesione *ultra dimidium* con l'incerto requisito dell'"eccessivo ed ingiusto vantaggio/svantaggio bensì nel radicale mutamento della "veduta"

Il controllo di razionalità del rapporto secondo buona fede, demandato al giudice, ha riguardo al contenuto economico con riferimento al momento della conclusione del contratto⁸³⁰.

La previsione dell'art. 30, comma terzo, del Codice europeo dei contratti, predisposto dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei, pur discorrendo di "rescissione per lesione", amplia notevolmente i requisiti soggettivi e non indica un criterio proporzionale, ma rimette nella sostanza al giudice la valutazione dell'abuso, consentendogli di incidere sul contenuto economico del rapporto, secondo quanto emerge dai successivi artt. 156, comma sesto e 157, comma quinto⁸³¹.

Nella prospettiva equitativa si devono collocare altresì gli articoli, contenuti nei "*Principi del diritto europeo dei contratti*" della Commissione Lando: art. 6.104 secondo cui, ove il prezzo non sia stato fissato, si deve ritenere che le parti abbiano fatto riferimento ad un prezzo proporzionato all'entità della controprestazione; art. 6.105, che, nell'ipotesi di determinazione in modo iniquo ed unilaterale del prezzo, stabilisce che questo debba essere ricondotto a misura equa; art. 9.401, che, in presenza di una prestazione difforme da quella convenuta, attribuisce alla parte che la riceve e la accetta; il diritto ad ottenere una proporzionale riduzione del prezzo originariamente statuito⁸³².

Sia nel Codice Lando che nei Principi *Unidroit* ricevono, inoltre, una significativa disciplina le questioni concernenti la rinegoziazione dei contratti di durata nell'ipotesi di sopravvenienze che ne abbiano alterato la base economica⁸³³.

Con riferimento alla prima delle menzionate compilazioni di principi, si segnala l'art. 6.111, nel quale è previsto che, qualora la prestazione originariamente convenuta abbia mutato la propria consistenza economica iniziale, in conseguenza dell'incremento del suo costo o della diminuzione del valore della controprestazione, le parti possono praticare nuove trattative

normativa che le discipline Unidroit e Lando del contratto iniquo introducono. C'è una differenza di fondo tra un sistema nel quale alla disciplina dei vizi della volontà si aggiunga un'azione di rescissione per lesione concepita come eccezionale ed un sistema nel quale alla tradizionale disciplina dei vizi della volontà si affianchi una previsione generale che unifichi molteplici e disparate sotto-ipotesi di volontà viziata attorno all'elemento dello squilibrio contrattuale. Una tale norma, infatti, ripolarizza le tutele e, di conseguenza, modifica radicalmente la "veduta" normativa che la regge. Checché se ne dica, per effetto di una tale ripolarizzazione il tipo normativo di problema cessa di essere quello dei rimedi a protezione della libera, piena e consapevole determinazione negoziale e diviene quello dei rimedi contro gli scambi che fuoriescono dagli usuali parametri mercantili: nei sistemi del primo tipo il problema era la volontà, nei sistemi del secondo tipo il problema è l'anomalia in rapporto al mercato, rispetto alla quale la volontà degrada a mero requisito (fungibile) di rilevanza".

830 v. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, cit., p. 108-109

831 Codice europeo dei contratti predisposto dall'Accademia dei Giusprivatisti europei (versione italiana) - art. 30, comma terzo: "E' rescindibile, come previsto nell'art. 156, il contratto con il quale una parte abusando dello stato di pericolo, di necessità, di incapacità di intendere e di volere, di inesperienza, di soggezione economica o morale della controparte, fa promettere o dare a sé o a terzi una prestazione, o altri vantaggi patrimoniali, manifestamente sproporzionati rispetto alla controprestazione da lei data o promessa"; al riguardo rileva la formulazione dell'art. 156, comma quinto: "l'intenzione o comunque la consapevolezza di una parte di abusare della situazione di inferiorità o di inesperienza della controparte possono risultare dalle circostanze; ma devono comunque escludersi nei contratti aleatori e qualora la controparte medesima abbia manifestato la volontà di versare un corrispettivo elevato a motivo della sua particolare affezione per l'oggetto del contratto, oppure se dai rapporti fra le parti sia dato dedurre che esse hanno voluto concludere un contratto misto, a titolo sia oneroso che lucrativo"; ed in particolar modo il comma sesto: "Il contratto rescindibile non è soggetto a convalida, ma la rescissione non ha luogo se il contenuto di esso viene ricondotto ad equità in base all'accordo delle parti stesse, o, su istanza di una di esse, da un provvedimento del giudice"; art. 157, comma quinto: "Il giudice, valutate le circostanze e tenuto conto degli interessi e delle richieste delle parti, può, ricorrendo eventualmente ad una consulenza tecnica, modificare o risolvere il contratto".

832 v. ALPA, *I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 491 ss.

833 v. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 211, il quale sul punto rileva come "Il procedimento che i Principles Unidroit e Lando predispongono per il trattamento delle sopravvenienze risulta dichiaratamente fondato sulla buona fede e sul dovere di solidale cooperazione nell'esecuzione del contratto".

finalizzate a modificare l'originario assetto di interessi ovvero allo scioglimento del negozio; ma, in caso di mancato accordo su una di tali soluzioni, il giudice può risolvere il contratto ovvero ricondurlo ad equità, ripristinando il rapporto di proporzionalità economica tra le prestazioni⁸³⁴.

Di contenuto pressoché analogo è l'art. 6.2.3 dei Principi *Unidroit*, anch'esso statuente in caso di sopravvenienze l'obbligo di rinegoziazione, con il riconoscimento in caso di mancato accordo del potere giudiziale di scioglimento o di riduzione ad equità del contratto⁸³⁵.

La disamina delle menzionate compilazioni di principi su scala internazionale, benché non trascuri il profilo dell'equilibrio normativo del contratto (si pensi ad esempio agli artt. 4.106, 4.107 e 4.110, riferiti all'informazione veritiera e trasparente⁸³⁶), mostra una maggiore attenzione per la proporzionalità delle prestazioni patrimoniali, concretamente emergenti dal contenuto economico del negozio, e per i rimedi volti a tutelarne la conservazione.

In conclusione, i Principi *Unidroit* e Lando hanno notevolmente contribuito nel processo di trasformazione del contratto, il quale tende ad allontanarsi sempre di più dalla originaria concezione continentale di ispirazione volontarista⁸³⁷.

In realtà, si deve osservare come le interazioni e gli scontri tra istanze di giustizia sostanziale ed esigenze di funzionalità economica abbiano inciso sul contratto, sia sul piano della determinazione del contenuto negoziale - non più riservato alla sola volontà privata, ma aperto al concorso paritario di altre fonti -, che su quello dell'intangibilità o della "sacralità" dell'assetto di interessi liberamente convenuto dalle parti, rispetto al quale si afferma in via generale la tendenza ad ammetterne l'integrazione eteronoma volta a garantire l'adeguatezza delle prestazioni.

834 Al riguardo, infatti, l'art. 6.111 dei Principles of European Contract Law stabilisce che qualora la prestazione sia diventata più onerosa per avvenuto incremento del costo o decremento del valore, le parti hanno l'obbligo di avviare trattative finalizzate alla modifica od allo scioglimento del contratto, il tutto con la previsione che in mancanza di accordo, possa provvedere in tal senso il giudice, in modo tale da distribuire equamente i vantaggi e le perdite discendenti dal verificarsi delle sopravvenienze.

835 Art. 6.2.3.1: "In caso di hardship la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto"; Art. 6.2.3.3.: "Il giudice, se accerta il ricorrere di un'ipotesi di hardship, può ove il caso: a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio".

836 v. ALPA, I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla Commission e Lando, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 489, che raffronta la relativa disciplina con quella italiana dedicata dal codice civile alle condizioni generali di contratto ed ai contratti standard.

837 cfr. BONELL-BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997.

CAPITOLO QUARTO

EQUILIBRIO CONTRATTUALE E TUTELA DEL CONTRAENTE-DEBOLE NEL DIRITTO COMUNITARIO E NELLA NORMATIVA INTERNA DI ATTUAZIONE

SOMMARIO: 1. L'equilibrio normativo nel codice civile e nel diritto comunitario. – 1.1. La tutela italo-comunitaria dell'equilibrio normativo del contratto e l'emersione dei c. d. "nuovi vizi del consenso". – 2. Diritto dei consumi ed intervento comunitario: i principi guida in tema di equilibrio contrattuale. Trasparenza, diritto all'informazione e "neoformalismo negoziale". Il nuovo ruolo della "forma" del sistema dei contratti del consumatore. – 3. Il Codice del consumo: la tutela del consumatore come espressione dei fondamentali principi di tutela della persona umana nell'ordinamento italo-comunitario. Il principio di trasparenza e la tutela dell'equilibrio normativo del contratto. – 3.1. L'educazione e l'informazione del consumatore: il ruolo propedeutico al riequilibrio delle asimmetrie contrattuali tra imprenditore e consumatore. – 4. La funzione protettiva del recesso nell'ambito dei contratti del consumatore. *Jus poenitendi* e recesso di autotutela come strumenti di riequilibrio normativo del contratto. – 5. Buona fede, correttezza e lealtà nelle pratiche commerciali e nella pubblicità: la corretta autodeterminazione del consumatore alla conclusione del contratto. – 6. La disciplina delle clausole vessatorie nel quadro dell'equilibrio normativo del contratto. L'ambiguità del riferimento alla buona fede. Trasparenza e giudizio di vessatorietà. L'esclusione del controllo dell'adeguatezza del contenuto economico del negozio. – 7. I contratti del consumatore nella disciplina italo-comunitaria e la tutela dell'equilibrio normativo del contratto: a) contratti negoziati fuori dei locali commerciali; – 7.1. b) contratti a distanza. – 7.2. c) la disciplina dei contratti bancari nel T.U.B. – 7.3. d) credito al consumo, trasparenza e "completezza" del regolamento negoziale. Connessione con i principi personalistici. – 7.4 e) commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. – 7.5. f) i prodotti assicurativi nella disciplina del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209). 7.6. g) i contratti di viaggio e la tutela del consumatore debole nella commercializzazione di "pacchetti" turistici: la nuova disciplina dettata dal Codice del turismo (D.Lgs 23 maggio 2011, n. 79). – 7.7. h) i contratti di "multiproprietà", "relativi a un prodotto per le vacanze", di "rivendita" e di "scambio" nel contesto dei rapporti di consumo, a seguito della riforma apportata dal Codice del turismo (D.Lgs 23 maggio 2011, n. 79).– 7.8. i) il commercio elettronico e le comunicazioni elettroniche. – 8. Verso il riconoscimento della valenza generale dell'equilibrio contrattuale nell'ambito delle negoziazioni. Il superamento del concetto di "debolezza contrattuale" riferito al solo consumatore e la tutela dell'equilibrio nei contratti tra imprenditori. – 8.1. La legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura ed il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 di attuazione della direttiva 2000/35/CE concernente la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la "nuova" Direttiva 2011/7/UE.

1. *L'equilibrio normativo nel codice civile e nel diritto comunitario.*

Nella precedente disamina delle disposizioni del codice civile si è messo in evidenza come il legislatore abbia considerato l'equilibrio contrattuale nella sua dimensione normativa, attribuendo rilevanza alla sproporzione economica tra le prestazioni esclusivamente nell'ipotesi in cui questa cagioni un'alterazione della libertà di autodeterminazione della parte contraente⁸³⁸.

Ispirato da una visione tendenzialmente liberale dei rapporti socio-economici, l'ordinamento codicistico tende ad assicurare l'uguaglianza dei contraenti in sede di formazione del contratto

838 cfr. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 73 ss.; ID., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, cit., p. 309, ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto e le sue tutele*, cit., p. 10 ss.; SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia privata*, cit., p. 263 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 1 ss.; DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, cit., p. 9 ss.; ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., p. 35 ss.; VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 12 ss.; ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 32 ss. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, cit., p. 11 ss.

e, quindi, la piena esplicazione della libertà contrattuale in modo da addivenire ad una consapevole ripartizione degli obblighi tra le parti, indipendentemente dal concreto rapporto proporzionale tra le prestazioni, che potrà risultare legittimo, anche se sperequato, purché liberamente convenuto⁸³⁹.

Come si è già osservato, il legislatore definisce una serie di rimedi per far fronte allo squilibrio contrattuale, il quale non rileva come tale, ma solo in quanto generato da una formazione non genuina del consenso della parte ovvero dalla sopravvenienza di fattori turbatori della base originaria.

L'obiettivo dell'autenticità del consenso si consegue essenzialmente a livello "procedurale", mediante l'imposizione di una serie di obblighi aventi prevalentemente natura informativa, volti ad operare nella fase di formazione del contratto⁸⁴⁰.

Tale funzione informativa, rafforzata in tempi recenti con l'intervento della normativa comunitaria, seppur limitatamente alla contrattazione tra imprese (dotate quindi di un considerevole potere contrattuale) e consumatori, si è esplicata nella necessaria conoscenza o conoscibilità delle condizioni di contratto idonee ad aggravare la posizione di una delle parti a vantaggio dell'altra.

Infatti, poiché in tale tipologia di rapporti, caratterizzata dalla predisposizione unilaterale del contratto da parte dell'impresa e dalla semplice adesione successiva del contraente debole (il consumatore), manca la fase delle trattative, la tutela dell'equilibrio normativo richiede imprescindibilmente l'informazione sui contenuti delle pattuizioni, e non sulla proporzionalità delle prestazioni che si reputa irrilevante, al fine di garantire un'adesione consapevole all'accordo da parte del consumatore⁸⁴¹.

Sul punto si è verificata un'ampia stratificazione regolamentare a livello convenzionale, a cui ha fatto riscontro, negli ultimi anni, l'intervento legislativo interno e comunitario, spesso avallato in sede giurisprudenziale, al fine di tutelare il privato-consumatore rispetto a comportamenti abusivi e sperequativi posti in essere nei suoi confronti dal contraente-imprenditore, imponendo un riequilibrio autoritativo della situazione.

Tale azione istituzionale correttiva, sviluppatasi prevalentemente con riferimento alle condizioni generali di contratto⁸⁴², ha fatto da contraltare all'orientamento preesistente che riconosceva al predisponente "sul piano del rapporto di mercato, una posizione di fatto di supremazia rispetto al non predisponente", tale da imporgli "di procedere secondo criteri di uniformità", ma al tempo stesso di permettergli "di imporre tale posizione di uniformità al cliente", con la conseguenza di poter assimilare le condizioni generali "ad una sorta di comando giuridico"⁸⁴³.

839 v. ROPPO, Voce "Contratto", cit., p. 135-136, il quale sottolinea come nell'impianto codicistico non emergano disposizioni volte a controllare l'"adeguatezza" delle prestazioni, ossia a "garantire [...] l'equità dello scambio, il rispetto dei principi di giustizia commutativa"; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. IX; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, cit., p. 21; LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 64; SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 45; GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, cit., p. 442.

840 cfr. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio*, cit., p. 326 ss.; BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, cit., p. 11 ss.

841 v. CHERUBINI, *Tutela del <<contraente debole>> nella formazione del consenso*, cit., p. 7 ss.; DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 215; GABRIELLI-ORESTANO, Voce "Contratti del consumatore", cit., p. 235; FOTI, *Autonomia privata e regolazione dei mercati. Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, cit., p. 6 ss.;

842 cfr. LISERRE, *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, cit., p. 22 ss.; PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 7 ss.; MORELLO, Voce "Condizioni generali di contratto", cit., p. 335 ss.; ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 13 ss.

843 Una pregevole esposizione di questa teoria è rinvenibile in GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 906, nel quale, peraltro, viene effettuato un apposito riferimento al pensiero di PIZZORUSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja – Branca, Roma-Bologna, 1977, p. 560 per ciò che concerne le fonti del diritto *extra ordinem*.

Siffatta impostazione, definita “normativa”⁸⁴⁴, - contestata dai fautori della teoria negoziale secondo cui è necessaria la convergenza delle volontà delle parti contraenti per la formazione dell’accordo⁸⁴⁵ - è chiaramente contraria ad una visione personalistica dei rapporti negoziali, che tenda a preservare i valori costituzionali di tutela della dignità umana anche in ambito privatistico.

In questo contesto, in ambito codicistico, si collocano le già menzionate norme relative alle condizioni generali di contratto, atteso che l’art. 1341, comma primo, c. c. prevede che le clausole *de quibus*, unilateralmente predisposte da uno dei contraenti, “sono efficaci se al momento della conclusione del contratto” se l’altro contraente “le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza”. Il secondo comma, inoltre, rafforza la tutela formalistica della parte debole, imponendo la specifica approvazione per iscritto di determinate condizioni che comportano una significativa alterazione dell’equilibrio dei diritti e degli obblighi discendenti dal contratto⁸⁴⁶.

Inoltre, il disposto dell’art. 1342 c. c., inerente ai contratti standard, stabilisce che le clausole aggiunte al modulo o formulario prevalgono su quelle del modulo o formulario, “qualora siano incompatibili con esse”, quand’anche non siano state cancellate⁸⁴⁷.

Tali norme – riferite a casi in cui si registra uno squilibrio soggettivo tra le posizioni di potere contrattuale riconosciute alle parti⁸⁴⁸ - intervengono sul piano dell’equilibrio normativo, non dando alcun rilievo all’eventuale sproporzione economica tra le prestazioni, ma mirando esclusivamente alla corretta e consapevole formazione del consenso del contraente debole, in ordine all’assetto di interessi definito dal contratto: un sindacato sostanziale di ordine equitativo sul contenuto dell’accordo, a tutela della parte in posizione di debolezza, esula dalla previsione normativa⁸⁴⁹.

La legislazione comunitaria – e quella interna di attuazione –, a partire dagli anni Novanta, ha avviato un intenso processo di tutela del consumatore, riguardato nella sua dimensione

844 v. BESSONE, *Contratti per adesione e natura ideologica del principio di libertà contrattuale*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 127 ss.; SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l’étude de l’acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, 1929, p. 230 ss.

845 In dottrina una tale posizione è sostenuta da C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 344 ss., il quale afferma che “nell’ambito di ciascun rapporto le condizioni generali sono efficaci in quanto abbiano titolo nel contratto, e cioè in quanto accettate dall’aderente. La regola legale valevole per le condizioni generali non esclude la necessità dell’accettazione dell’aderente ma riconosce come sufficiente la generica accettazione di quanto predisposto dall’altra parte. Le clausole, in definitiva, sono efficaci non perché così vuole la legge, ma perché l’aderente ha accettato il regolamento dell’altra parte”.

846 v. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., p. 40 ss.; DI MAJO, *Il controllo delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 90 ss.; NUZZO, Voce “*Condizioni generali di contratto*”, cit., p. 157 ss.; GALLI, *Sulla natura giuridica delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 137 ss.

847 cfr. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 13 ss.; RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit. p. 330.

848 Si rinvia al noto studio di DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., p. 1 ss.

849 v. MORELLO, Voce “*Condizioni generali di contratto*”, cit., p. 349 ss., il quale rileva come “spesso l’utente avrebbe interesse a un controllo sullo stesso contenuto del contratto (che non appare equo perché ad esempio il predisponente ha tenuto un contegno scorretto non informando l’utente su punti rilevanti per comprendere l’economica dell’affare). Ora, tale controllo è da sempre rifiutato in tutti i sistemi se non in casi tassativi (come quelli che sono alla base dell’azione di rescissione per lesione) e non può comunque essere conseguito dichiarando inefficaci condizioni contrattuali”. L’A., inoltre, rileva come “in molti paesi (e anche in Italia, sia pure tra notevoli difficoltà) l’utilizzo di tecniche diverse ha consentito di riequilibrare un poco le posizioni (si pensi alla culpa in contrahendo per violazione degli obblighi di informazione, alla responsabilità extracontrattuale del fabbricante, alla tipizzazione dei contratti utilizzando la disciplina legale), ma si tratta comunque di tecniche di controllo indiretto per più versi insoddisfacenti”.

personalistica, intervenendo con molteplici atti normativi finalizzati a garantire l'equilibrio del negozio in riferimento a situazioni viziate dalla disparità di potere contrattuale fra le parti⁸⁵⁰.

In tale senso deve collocarsi la disciplina delle clausole vessatorie avviata con gli artt. 1469-*bis* e ss., proseguita con la successiva normazione comunitaria e nazionale di recepimento, relativa a singole tipologie commerciali, e completata con l'approvazione del D.Lgs n. 5 del 2006, noto come "Codice del consumo"⁸⁵¹.

Questo ha introdotto una disciplina organica dei rapporti commerciali tra imprenditori e consumatori, ad integrazione e coordinamento delle precedenti regolamentazioni di settore.

L'attenzione del legislatore europeo verso l'equilibrio contrattuale, benché tuttora incentrata sul piano normativo della corretta distribuzione tra diritti ed obblighi tra le parti, si è estesa al ripiano dell'asimmetria delle posizioni negoziali esistente *ab origine*, fino ad interessare, seppur parzialmente, anche i rapporti di proporzionalità oggettiva intercorrenti tra le prestazioni dedotte in contratto.

Si tratta di un indirizzo "embrionale" della normativa comunitaria, esplicitato nella disciplina della subfornitura e dei ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, in ordine ai quali emerge la previsione di poteri giudiziali di riconduzione ad equità del contratto, con interventi anche sul contenuto economico dello stesso⁸⁵².

Non sfugge, tuttavia, che, trattandosi di rapporti commerciali prevalentemente tra soggetti imprenditori, la più intensa tutela dell'equilibrio contrattuale non ha origine dalla esigenza di protezione del contraente debole individuato nella sua dimensione personalistica, ma ha la sua ragione giustificativa nella funzionalità del sistema economico su scala globale, il quale impone una regolazione duttile ed una "adeguabilità" eteronoma dell'assetto di interessi originariamente convenuto⁸⁵³.

1.1. La tutela italo-comunitaria dell'equilibrio normativo del contratto e l'emersione dei c. d. "nuovi vizi del consenso".

La disciplina italo-comunitaria dei contratti del consumatore, come accennato, ha riconosciuto a questo una tutela limitata alla predisposizione di una serie di rimedi preordinati al ripristino dell'equilibrio normativo tra le parti, concernente l'equa distribuzione di diritti ed obblighi.

850 v. BENEDETTI, *L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori*, cit., p. 39; BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 122 ss.; cfr. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, cit., p. 704 ss.

851 v. CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, cit., p. 119 ss.; ID., *Politica dei consumi e diritto dei contratti. Il paradigma del principio <<generale>> di sicurezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 627 ss.; ALESSI, *Contratti dei consumatori e disciplina generale dei contratti dopo l'emanazione del codice dei consumi*, in Aa. Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 815 ss.

852 v. GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 882; PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 649 ss.; CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, cit., p. 1304 ss.; CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, cit., p. 439 ss.; ZACCARIA, *La direttiva 2000/35 Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 259; BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, p. 3 ss.

853 cfr. ASTONE, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1013; BENEDETTI (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003; BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neo dirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 715 ss.; SALVI, <<Accordo gravemente iniquo>> e <<riconduzione ad equità>> nell'art. 7, d.lgs n. 231 del 2002, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 16 ss.; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contr.*, 2003, p. 623 ss.

Tali interventi positivi, pur essendo diretti al controllo sul contenuto del contratto nella fase formativa, in realtà non erano così penetranti da escludere o alterare apprezzabilmente il principio della insindacabilità eteronoma della convenzione sotto il profilo della proporzionalità delle prestazioni, autonomamente e consapevolmente posta in essere dalle parti⁸⁵⁴.

Infatti, la tutela comunitaria del consumatore *ab origine* aveva un ambito regolamentare relativo all'ordinato svolgimento dei rapporti commerciali, di scambi equilibrati e di un mercato efficiente, in coerenza con la salvaguardia della libertà ed uguaglianza dei contraenti nella conclusione del negozio⁸⁵⁵.

Tuttavia l'efficacia degli interventi normativi equilibratori dei rapporti in esame era ostacolata dalla sostanziale disparità tra le posizioni soggettive degli stipulanti, avendo il professionista un potere contrattuale preminente rispetto al consumatore, per la sua forza economica nel mercato e per la competenza specifica in materia di transazioni commerciali⁸⁵⁶.

Il suo bagaglio di conoscenze e di esperienze in riferimento agli schemi contrattuali ed allo sviluppo dei rapporti, di per sé lo metteva in condizione di prevalere sulla volontà del consumatore, inducendolo alla stipulazione di contratti pregiudizievole e sperequati, che un'adeguata informazione sugli elementi strutturali e funzionali dell'affare lo avrebbero dissuaso dal concludere.

L'asimmetria genetica di tale tipologia negoziale dava ingresso alla prassi della predisposizione unilaterale e senza trattative della formulazione dell'asserito accordo, al quale il contraente debole non era in grado di opporre le sue ragioni di dissenso, per mancanza di informazione.

La dottrina, nel rilevare l'inammissibilità di regolamenti negoziali unilateralmente predisposti e non congiunti ad informazioni dettagliate e pertinenti sul contenuto dei contratti, definiva questa anomalia come "scambi senza accordo"⁸⁵⁷.

854 Al riguardo, con riferimento alla principale regolamentazione comunitaria relativa alle clausole vessatorie v. BENEDETTI, *L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori*, cit., p. 40, il quale afferma che "Come è a tutti noto, questa disciplina è tesa a tutelare, nei contratti conclusi tra consumatore e professionista, l'equilibrio normativo: in un passaggio di questa disciplina si prevede il "significativo squilibrio" a danno del consumatore dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto – o meglio, dall'intera operazione – quale parametro per qualificare vessatorie le condizioni contrattuali da cui esso deriva, le quali, in difetto di trattativa individuale, sono inefficaci".

855 v. PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, cit., p. 151 ss., la quale afferma che "la politica consumeristica deve essere inquadrata nella prospettiva di creazione di un mercato unico, così il diritto comunitario ha messo in risalto l'inscindibilità esistente tra tutela del consumatore e concorrenza nel mercato". infatti, "a livello comunitario, è noto che la politica a tutela dei consumatori è nata come una politica di accompagnamento per la realizzazione del mercato interno; è altrettanto noto che con il tempo essa acquista sempre maggior rilievo finanche con il Trattato di Maastricht, che inserisce il titolo XI dedicato alla protezione dei consumatori, viene riconosciuto il ruolo autonomo del diritto comunitario in materia di tutela del consumatore. nonostante appaia innegabile l'autonomia e l'importanza che la politica di tutela dei consumatori ha acquisito nell'ambito del diritto comunitario, appare altrettanto importante lo stretto collegamento che esiste tra i consumatori e la concorrenza nel mercato; e non poteva essere diversamente giacché la figura del consumatore, che trova origine nelle elaborazioni teoriche delle scienze economiche, è destinata a influire direttamente sul funzionamento del mercato".

856 v. D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, cit., p. 102, che sottolinea come "Non rileva lo squilibrio, l'iniquità in sé quando i contraenti sono di un piano di uguaglianza (di cui è indice legale la negoziazione individuale) o se il contenuto contrattuale, seppur *ictu oculi* squilibrato, non è ingiustificato alla luce <<della natura del bene o del servizio>>, delle <<circostanze esistenti al momento della sua conclusione>> e delle <<altre clausole del contratto medesimo o di altro collegato o da cui dipende [...]>>: lo squilibrio giuridico è sanzionato solo ove irragionevolmente imposto"; DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., p. 1 ss.

857 v. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 362, il quale afferma come "la protezione giuridica si volge, per ciò, dall'interno all'esterno, dai requisiti dell'accordo alla qualità della cosa ed alla consapevolezza informativa della scelta. la protezione, poiché gli atti sono ripetibili in serie e compiuti da masse di soggetti, assume le caratteristiche di disciplina del mercato, o, dei mercati di singoli beni. Ciò che la parte perde in tutela del consenso (ossia

La considerazione di tali aspetti problematici ha indotto il legislatore ad intervenire, limitandosi, però, alla predisposizione di rimedi finalizzati a garantire solo l’equilibrio normativo del contratto.

In questo contesto si collocano i c. d. “nuovi vizi del consenso”, riferiti a situazioni specificamente individuate dalla legge, ritenute idonee ad interferire nel processo di autodeterminazione del consumatore, tanto da portarlo alla conclusione di contratti non corrispondenti ad una sua volizione genuina.

Nella sostanza, si tratta di fattori che tendenzialmente potrebbero comunque inquadrarsi nelle consuete categorie del dolo e dell’errore, con le conseguenze sanzionatorie tradizionali⁸⁵⁸.

Vanno menzionate le pratiche pubblicitarie abusive – considerate nelle varie articolazioni tipologiche, come aggressive, comparative, ingannevoli, occulte, reticenti, etc. – ed in genere le pratiche commerciali scorrette, in grado di “incidere” negativamente sulle scelte commerciali del consumatore, inducendolo a condotte negoziali che, altrimenti, non avrebbe mai posto in essere o avrebbe posto in essere a condizioni differenti⁸⁵⁹.

Un’altra situazione da tenere presente è quella relativa alla c. d. “sorpresa”, ampiamente presa in considerazione dal legislatore italo-comunitario nelle regolamentazioni relative ai contratti a distanza ed a quelli conclusi fuori dei locali commerciali, come si avrà modo di approfondire in seguito.

In questo caso, si è voluta tutelare la situazione di debolezza in cui versa il consumatore, dovuta, tra l’altro, al fatto che questi è raggiunto dalla proposta commerciale del professionista mediante tecniche di comunicazione a distanza - che, quindi, escludono la compresenza fisica delle parti e la possibilità di ottenere un’informazione dettagliata sul contratto - e/o in luoghi e momenti in cui non è idealmente preparato ad una negoziazione, con il rischio di addivenire alla conclusione del negozio senza l’intermezzo di un adeguato processo di riflessione⁸⁶⁰.

A tali situazioni il legislatore italo-comunitario ha risposto predisponendo un articolato sistema di rimedi da esplicarsi in via preventiva, consistenti in obblighi di informazione e nella

dell’accordo nato dal dialogo linguistico), guadagna in tutela generale del mercato”. tali considerazioni, quindi, inducono l’A. a ritenere che la “disciplina della concorrenza e della pubblicità, il controllo amministrativo di date categorie di scambi, ed altre e carie misure, proteggono la libertà di scelta: la quale è consapevole preferenza tra cose, offerte da una pluralità di produttori”; v. anche ID., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., p. 171 ss., che sottolinea come nella dimensione della contrattazione di massa “l’accordo è tutto nell’unilaterale predisposizione del testo scritto e nell’unilaterale adesione. All’esigenza del dialogo, che impronta la disciplina dei codici, subentra la semplice *tutela della consapevolezza*: coscienza di una decisione individuale, e non il reciproco dire e capire dell’autentico dialogare. C’è ancora la parola, ma strappata dal dialogo, e resa *immobile e statica* in un testo grafico, che attende soltanto un sì o un no”.

858 v. GALLO, *Trattato del contratto*, v. III, Torino, 2010, p. 1900, il quale rileva come “ancora una volta si nota una certa fretteolosità da parte del legislatore nazionale, che non si è curato di coordinare la nuova disciplina con il sistema tradizionale dei rimedi privatistici. affrettato sarebbe però concludere che la nuova disciplina nulla aggiunge sul piano più strettamente privatistico della tutela dei singoli consumatori; a parte la possibilità di intendere in senso estensivo le figure tradizionali di vizio del consenso, si pensi in particolare al mendacio ed alla reticenza, in dottrina si è variamente prospettato il ricorso alle figure della nullità, dell’annullabilità, nonché del risarcimento del danno”.

859 v. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Studi in onore di Cian*, cit., p. 797 ss.; GIANOLA, Voce “Sorpresa”, in *Dig. it. – sez. priv., Agg.*, Torino, 2009, p. 510 ss.; MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizioni di prezzi non equi*, cit., p. 11 ss.; MARRANA, *La pubblicità ingannevole*, cit., 13 ss.; PERA, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, cit. p. 485; ZORZI, *Il controllo dell’autorità garante della concorrenza e del mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori*, cit., p. 671.

860 v. GIANOLA, Voce “Sorpresa”, cit., p. 512, il quale sottolinea come in questi casi “l’acquirente non ha programmato l’acquisto, si vede improvvisamente offerto un bene a condizioni vantaggiose a patto che egli compri immediatamente, alle modalità che gli vengono indicate e delle quali egli può avvalersi dal luogo in cui si trova al momento del contratto. v’è il rischio che il soggetto sollecitato perfezioni l’acquisto spinto non dalla convinzione ponderata di aver bisogno di quel bene, bensì dal desiderio contingente, suscitato dalla mancanza di ponderazione, di non lasciarsi sfuggire quella che ai suoi occhi, in quel momento, appare come un’occasione imperdibile”.

imposizioni di requisiti di forma, ed eventualmente in via successiva, per il caso di loro inosservanza, ricorrendo a statuizioni di invalidità ed alla previsione di obblighi risarcitori⁸⁶¹.

In via generale, come meglio si vedrà in seguito, è previsto il diritto di recesso inteso nella variante di *jus poenitendi* (diritto di pentimento), esercitabile dal consumatore in ogni caso, senza l'obbligo di motivazione e senza oneri, nel rispetto del termine di legge, al punto da ingenerare in alcuni operatori il dubbio che il contratto non possa dirsi effettivamente concluso sino alla vana decorrenza del termine medesimo⁸⁶².

Il diritto italo-comunitario ha preso in considerazione anche altre situazioni similari, in quanto incidenti sui processi di autodeterminazione negoziale nei rapporti commerciali tra imprese, come è riscontrabile nella normativa in tema di subfornitura e di ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, che contiene una regolamentazione volta a sanzionare i comportamenti del contraente forte, che si sostanzino in un abuso della dipendenza economica in cui versa l'altra impresa contraente⁸⁶³.

Tali questioni saranno approfondite in prosieguo, in relazione ai singoli "tipi" contrattuali disciplinati dal Codice del consumo e dalle altre regolamentazioni di settore.

2. *Diritto dei consumi ed intervento comunitario: i principi guida in tema di equilibrio contrattuale. Trasparenza, diritto all'informazione e "neoformalismo negoziale". Il nuovo ruolo della "forma" del sistema dei contratti del consumatore.*

La stratificazione normativa che si è verificata in ambito italo-comunitario, per ciò che concerne la tutela dell'equilibrio contrattuale ha seguito un preciso indirizzo ideologico, volto a "ripianare" la posizione di debolezza negoziale del consumatore, garantendo la trasparenza dell'operazione economica, da doversi intendere come "conoscibilità [...] dei termini dell'operazione ossia delle condizioni contrattuali praticate"⁸⁶⁴.

Questo obiettivo viene perseguito sia mediante la predisposizione di precisi obblighi informativi destinati a spiegare la propria efficacia su di un piano essenzialmente "procedurale" collocato nella fase pre-contrattuale – i cui confini con l'ambito propriamente contrattuale risultano notevolmente ridotti -, sia per mezzo della imposizione di requisiti formali.

Emerge, quindi, un vero e proprio diritto del consumatore all'informazione, finalizzato a riequilibrare l'asimmetria delle posizioni contrattuali tra le parti, dovuta al divario di

861 cfr. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 641 ss.; AMAGLINI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, cit., p. 47; MESSINA, "Libertà di forma" e nuove forme negoziali, cit., p. 112 ss.; MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, cit., p. 12.; PUTTI, *Il neoformalismo negoziale*, cit., p. 360 ss.; DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 397 ss.; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit., p. 133.

862 v. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 554; BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, cit., p. 375; GAMBINO, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., p. 252 ss.

863 v. CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, cit., p. 1304 ss.; ZACCARIA, *La direttiva 2000/35 Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 259; ASTONE, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, cit., p. 1013 ss.; BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neo dirigismo?*, cit., p. 715 ss.; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, cit., p. 623 ss.

864 cfr. MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, p. 698; RIZZO, *Trasparenza e <<contratti del consumatore>> (la novella al codice civile)*, Napoli, 1997, p. 10 ss.; DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di Gabrielli-Minervini, in *Tratt. dei contr.*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2005, p. 301 ss.

conoscenze e di potere economico delle stesse, con la conseguente rispondenza ad una visione equitativa, esplicativa del fondamentale principio di eguaglianza in senso sostanziale⁸⁶⁵.

Sul piano delle prescrizioni formali, la tendenza comunitaria ha dato luogo ad un indirizzo normativo, definito "neo-formalismo" negoziale, in cui il requisito della forma, superando la dimensione tradizionale, connessa a finalità generali e di ordine pubblico, viene riferito direttamente al particolare interesse tutelato⁸⁶⁶.

La stessa "forma" vincolata, nel sistema comunitario, svolge una funzione di per sé informativa, non limitandosi alla mera prescrizione di un adempimento documentale, ma estendendosi alle modalità di redazione del contratto, con l'indicazione dei determinati aspetti costituenti il c. d. "contenuto minimo essenziale"⁸⁶⁷.

In sostanza, il "formalismo" consumeristico nasce dalla presa d'atto dell'insufficienza del mercato a realizzare un assetto di interessi equilibrato, a cui si cerca di porre rimedio imponendo un penetrante obbligo informativo a carico dell'imprenditore, da esplicarsi nel rispetto di determinate forme⁸⁶⁸.

Le informazioni fanno parte del contenuto del contratto, passando dalla dimensione pre-contrattuale al ruolo di requisiti di validità⁸⁶⁹.

865 v. PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, cit., p. 160 ss., la quale afferma che "il legislatore comunitario attraverso il riconoscimento delle asimmetrie informative verbalizza la disuguaglianza che si trova alla base del rapporto contrattuale e lascia intravedere, nel binomio diritto di informazione/diritto di ripensamento, un tentativo di rimuovere uno degli ostacoli che limitano di fatto l'uguaglianza tra i contraenti, incidendo sulla libertà di sfruttamento incondizionato della posizione di eguaglianza formale/disuguaglianza sostanziale, riequilibrandola". L' A. rileva, quindi, come "la predisposizione di un diritto di informazione sia stata ispirata da una logica equitativa, la cui *ratio* deriva dal principio di eguaglianza sostanziale. Sembra, allora, che il problema del riequilibrio delle posizioni contrattuali si inserisca in quello ancora più ampio della salvaguardia dell'equilibrio contrattuale in termini di giustizia sostanziale".

866 v. PUTTI, *Il neoformalismo negoziale*, in Calvari-Putti-Scarpello, *I contratti del consumatore*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, I, Torino, 2009, p. 360, il quale afferma come "La spiccata propensione del moderno diritto europeo dei contratti a porsi quale strumento di riequilibrio tra i contraenti non solo a tutela della parte debole del rapporto, ma anche in funzione correttiva di meccanismi distorsivi della libertà negoziale connaturati al funzionamento dei moderni mercati globalizzati mostra tutta la attitudine pragmatica nella vicenda [...] relativa agli obblighi di forma imposti al professionista dalla normativa comunitaria, soprattutto di stampo consumeristico, a scopo essenzialmente perequativo della disparità informativa in cui si collocano le operazioni contrattuali che coinvolgono la categoria dei consumatori".

867 Sul punto v. GABRIELLI-ORESTANO, Voce "*Contratti del consumatore*", in *Dig. it.-sez. priv., Agg.*, Torino, 2008 rist., p. 235, i quali rilevano come "il richiamo all'elemento formale deve, peraltro, essere qui inteso in senso ampio: le prescrizioni di <<forma>>, infatti, non sono costituite solamente dalla previsione dello scritto o di altro mezzo espressivo, ma anche da ipotesi in cui la norma si estende a prevedere che all'interno del documento contrattuale sia contenuta la disciplina espressa di taluni aspetti del regolamento o, comunque, che siano presenti talune dichiarazioni. Proprio la 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 espressamente che una copia del contratto debba essere consegnata al consumatore"; MESSINA, "*Libertà di forma*" e nuove forme negoziali, cit., p. 112 ss.; PUTTI, *Il neoformalismo negoziale*, cit., p. 360 ss.; MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, cit., p. 12.

868 v. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit., p. 125, la quale osserva come "La novità del formalismo di chiara derivazione europea [...] non sta nell'aver trasformato in regola quella che era eccezione, non essendo mai state eccezionali le regole di forma; nuovi sono piuttosto l'<<organizzazione>> dell'elemento formale, il ruolo di questo rispetto alla rilevanza dell'atto, le conseguenze della sua presenza e del suo difetto. Ancor prima, nuova è la funzione che i vincoli formali assolvono: non tanto o non solo, come una facile lettura indurrebbe a pensare, una funzione protettiva (a tutela del contraente debole), quanto piuttosto una funzione prevalentemente conformativa e di controllo del regolamento contrattuale e, per questa via, delle relazioni di mercato".

869 v. DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Tratt. dir. Unione europ.*, diretto da Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 215, il quale rileva come "secondo il nuovo diritto

Sotto questo profilo, si è posto il problema attinente alla tipologia delle conseguenze sanzionatorie previste per la violazione degli obblighi informativi.

Gli orientamenti sono sostanzialmente due: quello tradizionale secondo cui l'inadempimento delle prescrizioni, riferendosi a regole di condotta, determinerebbe un obbligo risarcitorio da responsabilità precontrattuale⁸⁷⁰; quello progressista che, qualificando gli obblighi di buona fede e correttezza su cui si fonda l'informazione nei contratti del consumatore, come regole di validità dell'atto, in caso di loro violazione ritiene che debba discendere la sanzione della nullità. Nell'ambito di quest'ultima ricostruzione merita di essere segnalata una dottrina incline al rimedio della "integrazione sanzionatoria" del regolamento contrattuale⁸⁷¹: tale soluzione appare condivisibile, in quanto apre alla eterointegrazione giudiziale del contratto su base equitativa ed alla prosecuzione del rapporto, riequilibrato e adeguato all'esigenza di tutela del contraente-debole.

Un altro aspetto su cui è stata impostata la disciplina italo-comunitaria dei contratti è quello del diritto di recesso, riconosciuto al consumatore sia in presenza di variazioni unilaterali operate dal professionista nel corso del rapporto ovvero, in ogni caso, entro un termine preciso, successivo alla conclusione del contratto⁸⁷².

Si tratta di previsioni tese tutte ad incidere sul piano dell'equilibrio normativo del contratto, in quanto volte a colmare l'asimmetria di potere contrattuale, mediante l'imposizione di prescrizioni volte a garantire la corretta formazione del consenso del contraente-debole, nonché l'equa distribuzione tra le parti dei diritti e degli obblighi concernenti l'esercizio delle loro facoltà negoziali⁸⁷³.

Resta esclusa da questo contesto "protezionistico" la possibilità di un controllo sostanziale attinente alla proporzione economica tra le prestazioni – benché parte minoritaria della dottrina non sia del medesimo avviso –, la cui ammissibilità inciderebbe negativamente sulla stabilità delle contrattazioni, ledendo la funzionalità dei traffici commerciali.

3. *Il Codice del consumo: la tutela del consumatore come espressione dei fondamentali principi di tutela della persona umana nell'ordinamento italo-comunitario. Il principio di trasparenza e la tutela dell'equilibrio normativo del contratto.*

dei contratti [...] per attività informativa precontrattuale si intende il complesso delle informazioni che il professionista (la parte contrattuale <<forte>>) deve indirizzare al consumatore (la parte contrattuale <<debole>>) e la trattativa, tradizionalmente considerata quale luogo della discussione e negoziazione dei termini dell'accordo, finisce per esaurirsi nella osservanza di dettami comportamentali e, prevalentemente, nella consegna di una nota o comunque di un documento informativo; in qualche caso il professionista è tenuto a far conoscere o a consegnare al consumatore, anticipatamente, il testo del contratto perché questi possa essere messo in grado di leggere le clausole prima di sottoscriverlo. Tali informazioni, poi, andranno a costituire il contenuto minimo essenziale del futuro contratto".

870 v. Cass. civ., Sez. Un., sentenza 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. It.*, 2008, 2, 347, con nota di Cottino, in cui si afferma che "La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c."

871 Si tratta della teoria di JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, III, Padova, 2003, p. 60

872 v. A. M. GAMBINO, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., p. 252 ss.; BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, cit., p. 375 ss.

873 v. DALIA, *L'equilibrio normativo nel contratto tra codice civile e leggi speciali*, cit., p. 9 ss.; BENEDETTI, *L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori*, cit., p. 39 ss.

Il processo italo-comunitario di tutela del consumatore ha trovato uno dei principali approdi nel d.lgs 6 settembre 2005, n. 206, che ha introdotto nel nostro sistema il c. d. "Codice del consumo".

Il nuovo testo normativo armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e di consumo, onde assicurare un elevato livello di protezione per i consumatori e gli utenti⁸⁷⁴.

Tale regolamentazione completa e riorganizza il programma di tutela che aveva avuto il riconoscimento di principio nella Legge 30 luglio 1998, n. 281, recante disposizioni sui diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti, recependone il testo⁸⁷⁵.

Il Codice del consumo, all'art. 2, comma secondo, riconosce come fondamentali i diritti: alla tutela della salute; alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; all'educazione al consumo; alla correttezza, trasparenza ed equità⁸⁷⁶.

La valenza assiologica della disciplina è dichiarata espressamente dall'art. 1 cod. cons., che ne ribadisce la finalità di tutela degli utenti, nel rispetto della Costituzione ed in conformità ai principi contenuti nei Trattati istitutivi delle Comunità europee, nel Trattato istitutivo dell'Unione europea, nella normativa comunitaria con particolare riguardo all'art. 153 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, nonché dei trattati internazionali.

Siffatto riferimento, anche se generico, ha il merito di inquadrare l'intera regolamentazione consumeristica nel contesto dei principi fondamentali della persona umana, attesa la centralità che la Costituzione e la normativa comunitaria riconoscono ad essa⁸⁷⁷.

Anche nella Relazione introduttiva al decreto legislativo in esame si riconosce che la tutela del consumatore, quale contraente-debole, realizza il processo di razionalizzazione del mercato in relazione ai principi del solidarismo e dell'equità delle operazioni di scambio.

Particolarmente importante è il riferimento che l'art. 1 cod. cons. fa al già citato art. 153 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, secondo cui, al fine di assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a "tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri

874 v. TRIPODI-BELLI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206*, Rimini, 2006; DE CRISTOFARO-ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010; BONILINI-CONFORTINI (a cura di), *Codice ipertestuale del consumo*, Torino, 2008.

875 v. BIANCO, *Brevi considerazioni sui diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di Barba, Napoli, 2000, p. 289 ss.; MINERVINI, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998 n. 281*, in *Contr.*, 1999, p. 938; ALPA, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1315 ss.; CARMERO-DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999.

876 Art. 2. cod. cons. (*Diritti dei consumatori*). 1. Sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni. 2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.

877 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 532 ss.; ID., *La tutela del contraente tra persona e mercato*, in *Il diritto dei consumi*, III, a cura di Perlingieri e Caterini, Rende-Napoli, 2007, p. 7 ss.; CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, cit., p. 131; cfr. BESSONE, *La tutela dei consumatori oggi. Dalla "consumer protection" alla garanzia costituzionale dei diritti inviolabili*, cit., p. 290; MENGOLZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 7 ss.; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 769; PACI, *La tutela del consumatore nella legislazione e nella giurisprudenza*, cit., p. 15 ss..

interessi". Tale finalità trova un riconoscimento più generale nell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui nelle politiche comunitarie deve essere "garantito un livello elevato di protezione dei consumatori"⁸⁷⁸.

Si tratta di una disposizione inserita nel Capo IV del Trattato, riferito alla "solidarietà", favorendo, quindi, la connotazione sociale dell'azione comunitaria preordinata alla tutela della persona nei rapporti contrattuali contrassegnati da una situazione di asimmetria tra le posizioni dei contraenti⁸⁷⁹.

A partire dal 1° dicembre 2009, il Trattato istitutivo della Comunità europea è stato abrogato dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, meglio noto come Trattato di Lisbona, con la conseguenza che la previsione di cui all'art. 153 è confluita nel nuovo art. 169, il quale ne riproduce sostanzialmente il testo, confermando e rafforzando la tutela del consumatore, quale obiettivo che deve essere perseguito dalle politiche comunitarie. Si è così passati da un approccio, in origine formalistico, ad uno sostanziale⁸⁸⁰.

Nell'art. 2 cod. cons., infatti, sono garantiti i diritti individuali e collettivi dei consumatori, in sede nazionale e locale, anche per via collettiva o associativa.

In sintesi, diritti fondamentali dei consumatori sono quelli: alla tutela della salute, alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà; all'educazione al consumo; alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza⁸⁸¹.

Questa disposizione offre spunti rilevanti, destinati ad incidere sia sulla formazione del contratto e sulla disciplina del rapporto negoziale, che sul piano risarcitorio.

Dal vigente assetto ordinamentale derivano effetti notevoli sull'equilibrio contrattuale, in ordine al quale, in particolare va ripristinata l'uguaglianza delle posizioni delle parti, originariamente compromessa dalla disparità di potere tra le stesse⁸⁸².

Infatti, dalla formulazione di principio contenuta nell'art. 2, comma secondo, cod. cons., da un lato emerge l'attenzione che il legislatore italo-comunitario ha rivolto al tema dell'equilibrio normativo del contratto, perseguito con riguardo al diritto all'educazione ed all'informazione precontrattuale, in funzione della corretta e consapevole formazione del consenso del

878 v. ALPA, *La Carta di Nizza e la Costituzione europea*, in Alpa-Conte-Rossi Carleo, *La costruzione del diritto dei consumatori*, cit., p. 68 ss., il quale rileva come "La Carta si fonda su quattro principi di natura generale, che esprimono i valori sui quali riposa l'Europa unita: la dignità, la libertà, l'eguaglianza, la solidarietà e giustizia sono le forme in cui quei valori si esprimono, l'una perché racchiude lo status del cittadino europeo, l'altra perché rende effettivi i valori proclamati dalla Carta. I diritti della persona si confondono con i diritti dei consumatori...".

879 v. FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea*, cit., p. 14; MANCALEONI, *Commento "Art. 38 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro-Zaccaria, cit., p. 20, che rileva come "L'art. 38 della Carta è inserito nel Capo IV, dedicato alla <<Solidarietà>>, è la norma di chiusura del titolo e segue le norme sui diritti dei lavoratori, sulla vita familiare e professionale, sulla sicurezza sociale e assistenza sociale, sulla protezione della salute, sull'accesso ai servizi di interesse economico generale, sulla tutela dell'ambiente. Tale collocazione e l'accostamento ad altri diritti tradizionalmente ascritti al *genus* dei diritti sociali fanno propendere per la qualificazione dei diritti dei consumatori come diritti sociali".

880 cfr. P. PERLINGIERI, *La tutela del contraente tra persona e mercato*, in *Il diritto dei consumi*, cit., p. 7 ss.; CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, cit., p. 131.

881 v. MEMMO, *Commento "Art. 2 cod. cons."*, in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Bonilini-Confortini, cit., p. 11, la quale rileva che il 2° co. della norma in esame riproduce l'elenco dei diritti "fondamentali" riconosciuti ai consumatori ed agli utenti. Si esclude che possa qui rinvenirsi una qualificazione tecnica dei diritti medesimi, tale da assicurarne un generale ed autonomo riconoscimento costituzionale. Una tale interpretazione è inammissibile in ragione della classificazione del codice nel sistema delle fonti, che lo colloca tra le leggi ordinarie subordinate alla Costituzione".

882 cfr. DALIA, *L'equilibrio normativo nel contratto tra codice civile e leggi speciali*, cit., p. 9 ss.;

consumatore; dall'altro, si evidenzia il richiamo alla "correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali", quali requisiti del regolamento negoziale, diretto anche a favorire l'apertura all'eterointegrazione del contenuto contrattuale⁸⁸³.

Tuttavia, quest'ultimo aspetto, legato al controllo sul contenuto economico del contratto, allo stato attuale della normativa di settore e della sensibilità culturale degli interpreti, non gode di riconoscimento generale, malgrado i significativi apporti della dottrina.

3.1. L'educazione e l'informazione del consumatore: il ruolo propedeutico al riequilibrio delle asimmetrie contrattuali tra imprenditore e consumatore.

Il Codice del consumo arretra la tutela del consumatore alle fasi anteriori alla conclusione del contratto, mediante l'introduzione di strumenti operativi in sede di trattative o addirittura di pubblicizzazione di prodotti e di servizi, come previsto nelle disposizioni volte alla c. d. educazione del consumatore ed alla sua informazione⁸⁸⁴.

L'educazione è annoverata tra i diritti fondamentali del consumatore (art. 2 cod. cons., in cui è confluita l'elencazione di tali diritti contenuta nel secondo comma della Legge 281/1998) e disciplinata nel corpo dell'art. 4 cod. cons.⁸⁸⁵, dal punto di vista programmatico, indicandosi le linee guida attraverso le quali è destinata a muoversi la normativa di settore.

Il riferimento all'"educazione", quale presupposto del rafforzamento della protezione del contraente debole, con strumenti culturali e conoscitivi è una costante nel diritto europeo e comunitario a far tempo dalla Risoluzione 73/543, con la quale l'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa adottò la c. d. "Carta europea di protezione dei consumatori", seguita dall'omologa Risoluzione del Consiglio della Comunità europea nel 1975, menzionata nell'art. 153 del Trattato CE, e nel frattempo contemplata nella maggior parte degli interventi normativi dedicati alla disciplina di singole fattispecie contrattuali.

Il Codice del consumo, peraltro, espressamente dichiara la finalità del riconoscimento del ruolo primario dell'"educazione" del consumatore, individuata nell'incremento della

883 v. sul punto BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, cit., p. 141, la quale - seppur con riferimento alla legge 30 luglio 1998, n. 281, il cui articolo 1 è sostanzialmente riprodotto dall'art. 2 cod. cons. - afferma che "Sul significato da attribuire alla lettera e) in commento, la dottrina si presenta divisa, vi è chi ritiene che la norma faccia riferimento al riequilibrio dei diritti e degli obblighi di cui al 1° comma dell'art. 1469 bis c. c., con la conseguenza che, l'innovazione sarebbe costituita dall'estensione generalizzata del campo di applicazione della norma codicistica. Altri ritengono che questa nuova enunciazione, con particolare riferimento al diritto all'equità, possa implicare addirittura parità di trattamento, congruità di prezzo nonché considerazione della situazione concreta e specifica del consumatore. Diversa dottrina, infine, coglie in questa norma una tutela sostanziale e qualitativa idonea ad incidere sulle attività imprenditoriali che pur utilizzando schemi negoziali giuridicamente "equilibrati" promuovono o eseguono contrattazioni in modo non trasparente o iniquo" Muovendo da queste considerazioni dottrinali, l'A. ritiene che "dato che non vi è alcun limite espresso all'interpretazione di questi valori, non vedrei ragioni valide a giustificare un'interpretazione restrittiva; pertanto in astratto al diritto di cui alla lett. e), va riconosciuta la più ampia portata e sarà solo in seguito al bilanciamento - con altri valori contrapposti ma ugualmente meritevoli di tutela e con riferimento al caso concreto - che il contenuto di questo diritto prenderà corpo e potrà essere applicato".

884 v. CHERUBINI, *Tutela del <<contraente debole>> nella formazione del consenso*, cit., p. 7 ss.; cfr. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 641 ss.; DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 215 ss.; BIANCO, *Brevi considerazioni sui diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 289 ss.

885 Art. 4. cod. cons. (*Educazione del consumatore*). 1. L'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali. 2. Le attività destinate all'educazione dei consumatori, svolte da soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta; prendono, inoltre, in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili.

consapevolezza del contraente-debole nei rapporti di consumo, in ordine ai diritti e agli interessi tutelati⁸⁸⁶.

Deve distinguersi la “conoscenza” a cui mira l’“educazione”, dall’informazione del consumatore, in quanto la prima è riferita all’insieme delle prerogative legislative di ordine precontrattuale e contrattuale riconosciute al consumatore, mentre la seconda si riferisce direttamente alla serie di indicazioni che il professionista deve fornire in ordine alla specifica operazione negoziale⁸⁸⁷.

Entrambe, però, contribuiscono al riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti sul piano normativo, rispetto al quale svolgono un ruolo per così dire “propedeutico”.

Con riferimento all’“informazione” – disciplinata nel Titolo II del Codice del consumo, contenente le norme generali destinate a trovare definizione specifica nelle disposizioni relative alle singole tipologie di rapporto –, è agevole rilevare la sua connessione teleologica con il principio della trasparenza, incidendo considerevolmente sul processo di autodeterminazione del consumatore alla stipula del contratto⁸⁸⁸.

L’art. 5 cod. cons.⁸⁸⁹ individua il nucleo degli obblighi informativi generali nella “sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e servizi”, prescrivendo che le informazioni, da chiunque provengano, “devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore”, in modo tale da assicurare la consapevolezza del consumatore.

La norma adotta una formulazione basata sul criterio speciale/generale, riferendosi sia all’oggetto dell’informazione, sia ai mezzi e alle modalità attraverso cui questa deve essere fornita, per la massima estensione operativa⁸⁹⁰.

886 v. PARISI, *L’educazione e l’informazione del consumatore*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzione e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2009, p. 36, che con riferimento all’art. 4 cod. cons. relativo all’educazione del consumatore, rileva come “E’ agevole rilevare come la norma sia finalizzata a promuovere nell’utente consumatore non solo la piena cognizione dei diritti di cui è titolare, ma anche la consapevole ed appropriata gestione degli stessi: tanto, non solo nel rapporto sperequato tra *consumers* e *professionnels* privati, ma anche nelle relazioni ugualmente penalizzanti quanto a potere contrattuale tra i singoli soggetti e la pubblica amministrazione. Talché ne risulti anche la realizzazione di una proficua e consapevole partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, nella vision, in base alle norme ed attuando le finalità della citata l. n. 241/1990”; VALLE, Commento “Art. 4 cod. cons.”, in *Commentario breve al diritto dei consumatori* diretto da De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 94-95

887 cfr. FEBBRAJO, *L’informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006, p. 7 ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 13 ss.; GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 641 ss.; DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 222 ss.

888 cfr. MEMMO, Commento “Art. 5 cod. cons.”, in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Bonilini-Confortini, cit., p. 30; RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore*, Napoli, 1997, p. 24 ss.

889 Art. 5 cod. cons. (*Obblighi generali*). 1. Fatto salvo quanto disposto dall’articolo 3, comma 1, lettera a), ai fini del presente titolo, si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali. 2. Sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi. 3. Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore

890 Rileva DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 222-223, che “la disposizione è formulata in modo curioso, perché si apre con una definizione di <<consumatore>> allargata, rispetto a quella contenuta nelle norme di apertura (art. 3, 1° comma, lett. a)), prosegue con la indicazione dei contenuti essenziali dell’informazione (e cioè sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi) e si conclude con il principio di portata generale in base al quale <<Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tale da assicurare la consapevolezza del consumatore>>. La disposizione delle regole dovrebbe essere capovolta: l’enunciazione generale dovrebbe aprire la declinazione dei doveri, la indicazione dei contenuti dovrebbe specificare l’oggetto dei doveri, e la portata della norma potrebbe seguire un semplice richiamo all’art. 3 e alla precisazione che – nel caso di informazioni –

Il riferimento alla chiarezza, comprensibilità ed adeguatezza, intese come linearità interpretativa ed esclusione di dubbi sul reale contenuto dell'informazione, ha una rilevanza diretta nel processo di autoderminazione negoziale che deve esplicitarsi sulla base della oggettiva certezza e con la completa cognizione delle caratteristiche del bene o servizio oggetto del contratto.

Il legislatore non ha mancato di indicare, per "i prodotti", le qualità e le caratteristiche che debbono essere specificamente enunciate nelle informazioni, con relative particolarizzazioni operative ed attuative (art. 6 e ss. cod. cons.⁸⁹¹).

La normativa italo-comunitaria, quindi, attribuisce all'informazione il ruolo essenziale di requisito di validità del rapporto, in riferimento non solo alla fase delle trattative, ma anche a quella conclusiva del contratto⁸⁹².

Al riguardo, va condiviso l'assunto dottrinale secondo cui l'informazione precontrattuale, mirando a consentire la genuina formazione del consenso del consumatore in ordine all'atto di consumo, inserisce l'autonomia privata "in un più ampio *continuum* procedimentale di cui fa parte un'essenziale fase preparatoria, nel cui ambito l'educazione [...] del contraente debole e la sua esatta informazione svolgono un ruolo determinante", in quanto la loro piena e corretta realizzazione permette di superare la "asimmetria informativa che contraddistingue il rapporto consumatore/professionista"⁸⁹³.

È, quindi, resa evidente la rilevanza che l'educazione e l'informazione precontrattuale rivestono rispetto al tema dell'equilibrio normativo del contratto, essendo demandato ad esse – almeno in via principale – il compito di garantirlo, nel contesto dei rapporti di consumo disciplinati dalla regolamentazione italo-comunitaria⁸⁹⁴.

4. *La funzione protettiva del recesso nell'ambito dei contratti del consumatore. Jus poenitendi e recesso di autotutela come strumenti di riequilibrio normativo del contratto.*

Tra gli strumenti che il legislatore italo-comunitario ha predisposto a tutela del consumatore, un ruolo rilevante è riconosciuto anche al recesso⁸⁹⁵.

Tale istituto, oggetto di un processo di rilettura assiologica avviato dalle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in tema di abuso del diritto, è ampiamente utilizzato nel contesto

non solo il consumatore ne è toccato, ma tutti i destinatari (a cui l'informazione, qui, peraltro, considerata sub specie di messaggio pubblicitario, giunge attraverso le varieghe tecniche di comunicazione utilizzate dal professionista).

891 Art. 6 cod. cons. (*Contenuto minimo delle informazioni*). 1. I prodotti o le confezioni dei prodotti destinati al consumatore, commercializzati sul territorio nazionale, riportano, chiaramente visibili e leggibili, almeno le indicazioni relative: a) alla denominazione legale o merceologica del prodotto; b) al nome o ragione sociale o marchio e alla sede legale del produttore o di un importatore stabilito nell'Unione europea; c) al Paese di origine se situato fuori dell'Unione europea; d) all'eventuale presenza di materiali o sostanze che possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente; e) ai materiali impiegati ed ai metodi di lavorazione ove questi siano determinanti per la qualità o le caratteristiche merceologiche del prodotto; f) alle istruzioni, alle eventuali precauzioni e alla destinazione d'uso, ove utili ai fini di fruizione e sicurezza del prodotto.

892 v. PARISI, *L'educazione e l'informazione del consumatore*, cit., p. 39 ss.

893 v. TOSCHI VESPASIANI, Commento "Art. 5 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori* diretto da De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 99.

894 v. MANCALEONI, Commento "Art. 2 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 61, il quale afferma che "L'informazione è lo strumento di tutela privilegiato dalla legislazione consumeristica e norme in materia di informazione si rinvengono in molti luoghi della disciplina di settore; il diritto dei consumatori comunitario muove dall'assunto per cui il consumatore informato è in grado di compiere scelte consapevoli: poiché è l'asimmetria informativa la principale causa di debolezza nel rapporto con la controparte, la parità viene ristabilita colmando il deficit informativo mediante l'introduzione di obblighi a carico del professionista".

895 La valorizzazione del recesso nel diritto italo-comunitario risale essenzialmente alla direttiva 93/13 CEE a cui ha fatto seguito la legge 6 febbraio 1996, n. 52, il cui art. 25 ha introdotto nel codice civile il nuovo Capo XIV bis, relativo ai contratti del consumatore.

dei contratti di consumo, al fine di ripristinare l’equilibrio normativo tra i contraenti, consentendo al consumatore, nel rispetto di specifiche modalità, di sottrarsi al vincolo negoziale⁸⁹⁶.

Il recesso – il cui carattere eccezionale emerge dalle disposizioni degli artt. 1372 (secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti) e 1373 c. c. (che ne circoscrive le ipotesi di ammissibilità)⁸⁹⁷ – nel contesto negoziale in esame costituisce un rimedio di ordine generale al fine di far fronte alle asimmetrie di potere contrattuale⁸⁹⁸.

È previsto, infatti, in relazione a numerose tipologie di contratti, quale diritto insopprimibile del consumatore, esercitabile entro un termine prestabilito dalla conclusione del contratto, ovvero al verificarsi di variazioni di una certa consistenza del regolamento negoziale, unilateralmente apportate dal professionista.

Le figure di recesso in questo settore si riferiscono al c. d. “recesso di pentimento” o “*jus poenitendi*” ed al recesso di autotutela o “impugnatorio”⁸⁹⁹.

In particolare, la prima tipologia è generalmente prevista nel corpo regolamentare delle varie figure contrattuali disciplinate dal Codice del consumo, integrando “una forma di autotutela privata del consumatore” al fine di riequilibrare la originaria posizione di debolezza “in cui versava nel momento in cui ha stipulato il contratto”⁹⁰⁰.

È, però, il caso di precisare che il “recesso di pentimento” è menzionato anche in alcune disposizioni del codice civile riferite a contratti tipici⁹⁰¹, in via eccezionale.

Una differenza essenziale, per ciò che concerne le conseguenze derivanti dall’esercizio del diritto potestativo in esame, esiste tra le fattispecie di recesso contemplate nel codice civile in generale e quelle previste nel codice di consumo: nelle prime il recedente ha l’obbligo di indennizzare il pregiudizio patrimoniale cagionato all’altra parte mediante il proprio comportamento lesivo del vincolo negoziale; nelle seconde tale obbligo non è previsto, escludendosi espressamente che l’esercizio del recesso possa essere seguito da penalità o sanzioni di ordine economico a carico del contraente debole⁹⁰².

896 v. DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del <<diritto di recesso>>: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, in I <<Principi>> del diritto comunitario dei contratti, a cura di De Cristofaro cit., p. 355, il quale rileva come “Lo *ius poenitendi* è [...] un istituto che appartiene tipicamente all’apparato dei rimedi che il legislatore comunitario – in parte ispirandosi a soluzioni già spontaneamente ed autonomamente adottate dai legislatori nazionali di alcuni Stati membri – ha voluto apprestare per garantire a tutti i consumatori europei forme speciali di tutela <<armonizzate>>, idonee ad appianare le differenze esistenti in proposito fra le legislazioni interne degli Stati membri ed in tal modo a ridurre (se non addirittura eliminare) le discriminazioni fra consumatori <<comunitari>> e le distorsioni della concorrenza inevitabilmente conseguenti all’esistenza di siffatte differenze”.

897 Fanno eccezione i contratti a tempo indeterminato, nei quali il recesso è pacificamente ritenuto un rimedio generale volto a porre termine al rapporto obbligatorio, attesa l’irragionevolezza di un negozio che debba protrarsi senza alcuna fine.

898 v. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 9 ss.; DE NOVA, Voce “Recesso”, in *Dig. it.-sez. priv.*, Torino, 1997, p. 314 ss.

899 v. BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, in I *diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 375

900 v. BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, in I *diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 380

901 Si tratta di una previsione eccezionale che, tuttavia, non è estranea al sistema codicistico essendo, ad esempio, contemplata nell’ambito dei rapporti di appalto, mandato e commissione. In sostanza il recesso di pentimento implica sempre una posizione di asimmetria contrattuale tra le parti – per ragioni soggettive (inerenti cioè la natura delle parti medesime) ovvero oggettive (relative alla tipologia di contratto concretamente posto in essere) – che il legislatore cerca di riequilibrare sul piano “normativo”.

902 v. CHERUBINI, *Tutela del <<contraente debole>> nella formazione del consenso*, cit., p. 81, la quale afferma che “Col prevedere che il recesso del cliente/consumatore non possa essere condizionato al pagamento di alcun corrispettivo o penalità, si è inteso, chiaramente, evitare che l’esercizio del relativo diritto sia scoraggiato dalla prospettiva di dover comunque sopportare un costo e quindi garantire la libertà ed effettività della ponderazione. Il carattere della gratuità viene così a contraddistinguere le ipotesi che si considerano rispetto alle previsioni di

Siffatta disposizione ha carattere generale nel menzionato contesto normativo, collocandosi lo *jus poenitendi* tra gli strumenti volti a riequilibrare l'originaria posizione di asimmetria di potere negoziale tra le parti⁹⁰³. Proprio in considerazione del fatto che dall'esercizio del diritto potestativo di recesso non discendono "oneri e penalità" per il consumatore, una dottrina ha affermato che al riguardo possa configurarsi un "recesso di protezione"⁹⁰⁴.

Il Codice del consumo, come accennato, prevede anche il c. d. "recesso impugnatorio", utilizzabile da parte del contraente debole tutte quelle volte in cui il professionista abbia unilateralmente modificato le originarie condizioni di contratto. Questa ipotesi – frequentemente ricorrente nei rapporti bancari relativi a contratti di credito, in ordine alla modificazione unilaterale del tasso di interesse o di altre condizioni da parte dell'istituto di credito⁹⁰⁵, e nel settore dei rapporti assicurativi - è accompagnata dal riconoscimento al consumatore della facoltà di sottrarsi, per decisione unilaterale, da un contratto che realizza un assetto di interessi differente da quello originariamente convenuto⁹⁰⁶. Tuttavia, la dottrina prevalente ha ritenuto questo rimedio insufficiente a svolgere un'effettiva funzione di riequilibrio normativo del contratto, non essendo di per sé il recesso idoneo a controbilanciare il vantaggio riconosciuto al professionista mediante l'attribuzione dello *jus variandi*, che configura una deroga eccessiva rispetto ai principi negoziali generali⁹⁰⁷.

Il recesso, in questo ordine di idee, diviene soltanto "una via di fuga" rispetto all'esercizio di un potere irrazionale che il contraente forte detiene in virtù della sua posizione nel mercato.

In ogni caso, è bene evidenziare che, nell'ambito della disciplina dei rapporti di consumo, il diritto di recesso è riconosciuto pressoché esclusivamente in favore del contraente debole, costituendo, per contro, l'attribuzione dello stesso diritto al professionista una clausola contrattuale considerata vessatoria fino a prova contraria.

Nelle lettere e), g), h) dell'art. 33 cod. cons.⁹⁰⁸, è sviluppata la statuizione di cui all'art. 1341, comma secondo, c. c., la quale dispone che non hanno effetto "*se non sono specificamente approvate per iscritto*", le condizioni che stabiliscono a favore di colui che le ha predisposte la "*facoltà di recedere dal contratto*"⁹⁰⁹.

<<diritto di pentimento>> contenute nel codice civile e che comportano invece un costo per il recedente, in termini di indennizzo o risarcimento del danno".

903 v. ZORZI GALGANO, *Lo jus poenitendi del consumatore*, in *Vita not.*, 2007, p. 55.

904 v. DE NOVA, Voce "*Recesso*", cit., p. 316, il quale nell'elencare le funzioni che il recesso può svolgere, ne individua una nella protezione della "parte considerata più debole", parlando, quindi, di "recesso di protezione"; v. anche BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 379; una tale funzione è implicitamente evidenziata anche in GABRIELLI-ORESTANO, Voce "*Contratti del consumatore*", cit., p. 246.

905 Nell'ambito dei rapporti bancari la norma di riferimento circa la disciplina dello *jus variandi* è costituita dall'art. 118 del T.U.B., che impone all'imprenditore l'onere di comunicare al cliente le modificazioni unilateralmente apportate al contratto, a pena di inefficacia delle stesse, fermo restando il diritto del cliente di recedervi senza penalità, nel termine di quindici giorni dal ricevimento della predetta comunicazione scritta.

906 v. DE NOVA, Voce "*Recesso*", cit., p. 316.

907 In tal senso si sono autorevolmente pronunciati ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 555 e A. M. GAMBINO, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., p. 252 ss.

908 Al riguardo non lascia dubbi la formulazione testuale dei menzionati enunciati normativi: "e) consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere; g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto; h) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa".

909 Nel medesimo ordine di idee v. BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 385, il quale afferma che "La presunzione di vessatorietà contenuta nell'art. 33 C. Cons., costituisce la naturale evoluzione dell'art. 1341, 2° comma, c. c., che considera vessatoria la clausola che attribuisce a favore del predisponente la facoltà di recedere dal contratto. In

Le esposte considerazioni rendono evidente il nuovo ruolo riconosciuto al recesso, nelle tipizzazioni di *jus poenitendi* e di strumento “impugnatorio” di autotutela privata, nell’ambito dei rapporti di consumo: da rimedio eccezionale e di dubbia ammissibilità – anche per il frequente contrasto con il principio di buona fede – è divenuto un mezzo generale di protezione del consumatore a fronte del maggior peso contrattuale del professionista; esso svolge il compito di colmare le asimmetrie di potere negoziale, esistenti *ab origine* tra le parti⁹¹⁰.

5. *Buona fede, correttezza e lealtà nelle pratiche commerciali e nella pubblicità: la corretta autodeterminazione del consumatore alla conclusione del contratto.*

Il ruolo centrale riconosciuto all’informazione precontrattuale nella normativa italo-comunitaria è collegato ad una regolamentazione attenta e dettagliata della pubblicità commerciale, finalizzata all’incremento del consumo⁹¹¹.

L’art. 2, lettera c), cod. cons. fa riferimento “*ad una corretta pubblicità*” e, alla lettera *c-bis*), prescrive che l’esercizio delle pratiche commerciali segua i principi di buona fede, correttezza e lealtà.

Tali disposizioni, di portata generale, hanno carattere programmatico e richiedono un concreto intervento in sede di attuazione e di vigilanza.

Il legislatore italo-comunitario appresta un rimedio alla “asimmetria informativa”⁹¹² nel rapporto tra professionista e consumatore, prescrivendo un riequilibrio normativo delle posizioni contrattuali, mediante obblighi informativi imposti a carico del professionista.

In passato la normazione relativa alla pubblicità commerciale era limitata alla regolamentazione della concorrenza tra gli imprenditori interessati alla reclamizzazione di un medesimo prodotto o servizio, senza prendere in considerazione la posizione del soggetto destinatario della stessa⁹¹³.

Il primo “mutamento di rotta” si registrò con la Direttiva CEE 84/450 (dichiarata esecutiva col d.lgs n. 74 del 1992) la quale – pur finalizzata alla regolazione della concorrenza fra le imprese del settore – apprestava una tutela al consumatore, riconoscendone il diritto ad una informazione veritiera.

entrambe le ipotesi la vessatorietà consiste nella possibilità di riconoscere ad una sola delle parti il potere di recedere”.

910 Al riguardo, v. GABRIELLI-ORESTANO, Voce “*Contratti del consumatore*”, cit., p. 246, i quali affermano che sembra potersi rilevare, nell’ambito dei rapporti di consumo, “la circostanza per cui il diritto di recesso riconosciuto al cliente o al consumatore pare costituire – quale che ne sia l’esatta ricostruzione teorica – la risposta alla individuazione, secondo valutazioni legislative astratte, di situazioni di divario informativo tali da impedire alla parte <<profana>> il compimento di scelte razionali”. Tali circostanze sono in particolare evidenziate con riferimento alle ipotesi di vendita <<porta a porta>>, rispetto alle quali, il cliente, colto alla sprovvista dal venditore, può non aver ponderato in maniera corretta la decisione di addivenire al contratto. A questo proposito gli A. sottolineano – circa la previsione dello *jus poenitendi* – come “la possibilità di un <<ripensamento>> dovrebbe così valere a consentire alla parte protetta di effettuare la propria scelta in modo consapevole, attraverso l’acquisizione delle necessarie informazioni e la effettuazione del giudizio comparativo”.

911 cfr. PARISI, *L’educazione e l’informazione del consumatore*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, cit., p. 42 ss., la quale, tuttavia, rileva come “Permane [...] la distinzione normativa tra pubblicità ed informazione: la disciplina della pubblicità, infatti, è finalizzata all’inibizione dell’inganno e non alla garanzia di un determinato standard informativo, prescrivendo, al riguardo, un obbligo minimale; d’altro canto l’informazione ha l’obiettivo di consentire al consumatore una scelta razionale e consapevole”.

912 v. MANCALEONI, Commento “*Art. 2 cod. cons.*”, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 61.

913 v. CIMINO, *Informazione e pubblicità commerciale*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Tratt. dir. Unione europ.*, diretto da Ajani e Benacchio, cit., p. 175 ss.

Questo orientamento ha avuto attuazione nel Codice del consumo, che nel Titolo III disciplina le pratiche commerciali, la pubblicità e le analoghe comunicazioni, al fine di improntare la regolamentazione a principi di chiarezza e trasparenza.

Nell'art. 18 cod. cons.⁹¹⁴ sono contenute rilevanti definizioni utili nell'applicazione dell'intera disciplina consumeristica.

Tra l'altro, è chiarito che per pratiche commerciali tra professionisti e consumatori, si intenda qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, comprensiva della pubblicità e della commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto o servizio ai consumatori⁹¹⁵.

In sostanza, il carattere onnicomprensivo della definizione legislativa si riferisce ad ogni tipologia di comportamento posto in essere dal professionista, con qualsiasi mezzo, al fine della commercializzazione di un determinato bene o servizio destinato ai consumatori⁹¹⁶.

914 Art. 18 cod. cons. (*Definizioni*). 1. Ai fini del presente titolo, si intende per: *a*) «consumatore»: qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale; *b*) «professionista»: qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista; *c*) «prodotto»: qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni; *d*) «pratiche commerciali tra professionisti e consumatori» (di seguito denominate: «pratiche commerciali»): qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori; *e*) «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori»: l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso; *f*) «codice di condotta»: un accordo o una normativa che non è imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici; *g*) «responsabile del codice»: qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta ovvero del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo; *h*) «diligenza professionale»: il normale grado della 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 del professionista; *i*) «invito all'acquisto»: una comunicazione commerciale indicante le caratteristiche e il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di effettuare un acquisto; *l*) «indebito condizionamento»: lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole; *m*) «decisione di natura commerciale»: la decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla; *n*) «professione regolamentata»: attività professionale, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, è subordinata direttamente o indirettamente, in base a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali.

915 v. G. M. RICCIO, *La pubblicità e le altre comunicazioni commerciali*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, cit., p. 106 ss.; SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali sleali delle imprese*, in *Dir. com.*, 2007, p. 3 ss.; PIAZZA, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2008, p. 1 ss.

916 v. al riguardo DE CRISTOFARO, *Commento "Art. 18-par.II cod. cons."*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria cit., p. 123, il quale rileva come "estesissima è l'accezione della nozione di <<pratica commerciale>>, che include qualsiasi condotta posta in essere da un professionista che sia <<in relazione>> con la <<promozione, vendita o fornitura>> di un prodotto [...]. È irrilevante quali caratteristiche assuma la condotta tenuta dal professionista: può trattarsi di dichiarazioni (dotate o meno di natura negoziale), di atti puramente materiali, o addirittura di mere omissioni. Può trattarsi di condotte tenute nei confronti di una cerchia indeterminata di soggetti ovvero di condotte tenute nei confronti di singoli, concreti consumatori".

La formulazione estremamente generica della nozione non è ostativa alla sua funzionalità concreta, in quanto, al contrario, il suo carattere definitorio, consente di ampliare i confini della tutela dei rapporti di consumo, in relazione a qualsiasi comportamento commerciale⁹¹⁷.

Prescindendo da un’analisi dettagliata della normativa di settore, si deve osservare come l’art. 20 cod. cons.⁹¹⁸, relativo alle pratiche commerciali scorrette, nel vietarle espressamente, le individua in quei comportamenti contrari alla diligenza professionale, ovvero idonei a “*falsare in misura apprezzabile il comportamento economico*” del consumatore medio interessato ad un determinato prodotto.

È considerata “scorretta” la pratica commerciale idonea ad alterare in misura apprezzabile la capacità del consumatore di assumere una decisione consapevole, inducendolo ad una scelta che, altrimenti, egli non avrebbe compiuto⁹¹⁹.

La disposizione in esame, inoltre, fa espresso riferimento alla diligenza professionale che, nel caso di specie, in virtù della connessione sistematica con l’art. 18 cod. cons., è da ricondurre a quel minimo grado di competenza ed attenzione, che i consumatori possono “ragionevolmente” attendersi da un professionista, in ossequio “*ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività*” in cui questi opera.

Il richiamo normativo all’alterazione delle capacità del consumatore di autodeterminarsi al compimento di un atto di consumo, in particolare rafforzato dal comma terzo dell’art. 20 cod. cons., allusivo a soggetti particolarmente vulnerabili a fronte del prodotto oggetto della pratica

917 Art. 19 cod. cons., (*Ambito di applicazione*). 1. Il presente titolo si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa a un prodotto. 2. Il presente titolo non pregiudica: a) l’applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto; b) l’applicazione delle disposizioni normative, comunitarie o nazionali, in materia di salute e sicurezza dei prodotti; c) l’applicazione delle disposizioni normative che determinano la competenza giurisdizionale; d) l’applicazione delle disposizioni normative relative allo stabilimento, o ai regimi di autorizzazione, o i codici deontologici o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, per garantire livelli elevati di correttezza professionale. 3. In caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici. 4. Il presente titolo non è applicabile in materia di certificazioni e di indicazioni concernenti il titolo degli articoli in metalli preziosi

918 Art. 20 cod. cons. (*Divieto delle pratiche commerciali scorrette*). 1. Le pratiche commerciali scorrette sono vietate. 2. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori. 3. Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell’ottica del membro medio di tale gruppo. È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera. 4. In particolare, sono scorrette le pratiche commerciali: a) ingannevoli di cui agli articoli 21, 22 e 23 o b) aggressive di cui agli articoli 24, 25 e 26. 5. Gli articoli 23 e 26 riportano l’elenco delle pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli e aggressive, considerate in ogni caso scorrette

919 v. CIMINO, *Informazione e pubblicità commerciale*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Tratt. dir. Unione europ.*, diretto da Ajani e Benacchio, cit., p. 185 ss., il quale rileva come “sono proprio la portata del fenomeno pubblicitario con riferimento alla sfera dei destinatari e l’attitudine della pubblicità ad incidere su comportamenti economicamente rilevanti ad orientare i criteri interpretativi delle norme che regolano la materia. Così, nel giudizio di ingannevolezza di un determinato messaggio pubblicitario – la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta (art. 1, 2° comma, d.lgs. n. 145/2007, che riprende il 2° comma dell’art. 19 C. Cons. nella versione previgente) ed è ingannevole quando induca in errore o possa indurre in errore e, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico dei soggetti cui è rivolta (art. 2, lett. b) – si deve fare riferimento non tanto all’elemento soggettivo relativo alla sfera dell’autore del messaggio, quanto all’idoneità, in termini oggettivi, a pregiudicare la formazione di una libera scelta in capo al consumatore; ciò che quindi assume predominante rilievo è l’interesse generale all’inibizione dei messaggi ingannevoli che devono essere valutati nella loro oggettiva potenzialità decettiva”.

commerciale, a motivo di infermità mentale o fisica e di età o ingenuità, rappresenta con evidenza l'intento di garantire in via preventiva l'equilibrio normativo del contratto⁹²⁰.

È importante anche l'indicazione relativa al "consumatore medio" – inteso come soggetto dotato di normali competenze e di adeguata attenzione - quale criterio attraverso il quale addivenire al giudizio di scorrettezza della pratica commerciale, in quanto idonea "falsare in misura apprezzabile il comportamento economico" degli utenti⁹²¹.

Il parametro del "consumatore medio" - sovrapponibile a quello della "diligenza del buon padre di famiglia" adottato dal codice civile nell'ambito del diritto contrattuale – è, però, attenuato in forza del terzo comma dell'art. 20 cod. cons., che ne esclude l'operatività in presenza di gruppi di consumatori, ritenuti particolarmente vulnerabili per effetto di anomalie psico-fisiche incidenti sul processo volitivo: in questo caso la scorrettezza della pratica commerciale dovrà essere valutata "nell'ottica del membro medio di tale gruppo". Resta, in ogni caso, fondamentale un criterio astratto di apprezzamento dell'autorità, duttile ed idoneo a rapportare le caratteristiche della pratica commerciale, in via generale, ai canoni di correttezza e diligenza riferibili al "consumatore medio", salvi gli adeguamenti connessi alle concrete situazioni soggettive⁹²².

Al riguardo, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha precisato che, al fine di valutare l'idoneità lesiva della pubblicità o della pratica commerciale, debba farsi riferimento

920 Critico sulla formulazione del terzo comma dell'art. 20 cod. cons., in quanto eccessivamente generica e sfornita dell'indicazione dei parametri di individuazione della categoria di consumatori "particolarmente vulnerabili" e dei caratteri della pubblicità idonea ad influenzare tali soggetti è DE CRISTOFARO, Commento "Art. 20 cod. cons." in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 154. ss.

921 v. PARTISANI, Commento "Art. 20 cod. cons.", in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Bonilini-Confortini, cit., p. 84, il quale afferma che "Agli effetti del divieto di pratiche commerciali sleali, il criterio di media avvedutezza del consumatore, al pari della diligenza esigibile dal professionista, ha natura deontologica, non meramente statistica, talché non possa aversi riguardo ad indagini demoscopiche, fondate sulla rilevazione di medie numeriche sulle risposte dei soggetti coinvolti; esso coincide, pertanto, col criterio di decettività già impiegato nella pubblicità ingannevole, dove si è avuto riguardo non agli acquirenti dotati di specifica competenza e avvedutezza o di particolari cognizioni merceologiche, ma a quelli di media accortezza (dunque alla generalità dei consumatori), con minore attitudine alla percezione d'eventuali manovre ingannevoli del venditore o del produttore"; v. Corte giustizia comunità Europee, sentenza 16 luglio 1998, n. 210, in *Dir. Scambi Internaz.*, 1998, p. 640, in cui si afferma che "Per stabilire se una espressione destinata a promuovere le vendite di uova sia idonea a indurre in errore l'acquirente, in violazione dell'art. 10 n. 2 lett. e), del regolamento del Consiglio n. 1907/1990, il giudice nazionale deve riferirsi all'aspettativa presunta connessa a tale dicitura di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che, qualora incontri particolari difficoltà nel valutare il carattere ingannevole della espressione di cui trattasi, egli possa fare ricorso, alle condizioni previste dal proprio diritto nazionale, ad un sondaggio di opinioni o ad una perizia destinati a chiarire il suo giudizio"; v. anche Corte giustizia comunità Europee Sez. V, sentenza 13 gennaio 2000, n. 220, in *Studium oecon.*, 2000, p. 475, in cui si afferma che "Gli art. 28 Ce e 30 Ce (già art. 30 e 36 del trattato Ce) e l'art. 6, n. 3, della direttiva del Consiglio 27 luglio 1996, n. 76/768/Cee concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai prodotti cosmetici, come modificata dalla direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, n. 88/667/Cee, e dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 93/35/Cee non ostano ad una normativa nazionale che vieta l'importazione e la commercializzazione di un prodotto cosmetico nella cui denominazione figura il termine "lifting" quando nelle circostanze del caso di specie, un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto sia indotto in errore da detta denominazione, ritenendo che essa attribuisca al prodotto caratteristiche che non possiede. Spetta al giudice nazionale pronunciarsi sull'eventuale carattere ingannevole della denominazione facendo riferimento all'aspettativa presunta di detto consumatore. Il diritto comunitario non osta a che il giudice nazionale, qualora incontri particolari difficoltà nel valutare il carattere ingannevole di detta denominazione, possa ricorrere, alle condizioni previste dal suo diritto nazionale, ad un sondaggio di opinioni oppure ad una perizia diretti a fornirgli lumi ai fini della sua pronuncia"

922 *Contra* Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 6 marzo 2001, n. 1254, in cui si afferma che "in materia di pubblicità ingannevole, non è possibile configurare in astratto, come pretende l'appellante, un tipo di consumatore di livello medio, al di sotto del quale la tutela debba considerarsi inoperante, in quanto si sconfinerebbe nella credulità, dovendosi, invece, procedere, caso per caso, all'individuazione della categoria di consumatori suscettibile di essere fuorviata dal messaggio pubblicitario, in relazione allo specifico prodotto".

alla “oggettiva potenzialità decettiva con riferimento al suo contenuto e quindi indipendentemente dall’elemento soggettivo della volontà dell’operatore”⁹²³.

L’art. 21 cod. cons.⁹²⁴ interviene in merito alle pratiche commerciali, considerando “ingannevoli” quelle concernenti informazioni non rispondenti a verità, o che, pur sostanzialmente corrette, siano formalmente tali da indurre in errore il consumatore medio sulle caratteristiche del prodotto, rilevanti per l’individuazione della sua natura, come i dati identificativi, e per la conoscenza dei requisiti del professionista⁹²⁵.

Le informazioni devono, inoltre, enunciare i diritti del consumatore nella gestione del vincolo contrattuale.

Ingannevoli sono anche le pratiche commerciali che inducano il consumatore a fare scelte o ad assumere decisioni non convenienti o dannose, mediante l’uso di segni distintivi che generino confusione rispetto a concorrenti commerciali o mediante pubblicità comparativa;

923 AGCM 9 gennaio 2004, n. 12785, in *Boll. 1-2/2004*, in cui si afferma che è necessario considerare la pubblicità sotto il profilo della “sua oggettiva potenzialità decettiva con riferimento al suo contenuto e quindi indipendentemente dall’elemento soggettivo della volontà dell’operatore, in considerazione dell’interesse pubblico generale dell’inibizione della pubblicità ingannevole”.

924 Art. 21 cod. cons. (*Azioni ingannevoli*). 1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso: a) l’esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l’esecuzione, la composizione, gli accessori, l’assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l’idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l’origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all’approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l’esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l’identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l’affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti; g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell’articolo 130 del presente Codice. 2. È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti: a) una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita; b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice. 3. È considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza. 4. È considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza.

925 v. G. M. RICCIO, *La pubblicità e le altre comunicazioni commerciali*, cit., p. 110 ss., il quale afferma che “Bisogna [...] ricordare che non è richiesto che vi sia l’effettiva induzione in errore perché il messaggio sia considerato di natura ingannevole, atteso che [...] quello commesso col mezzo della pubblicità è un illecito di pericolo. Difatti, l’art. 2 richiede esclusivamente l’idoneità sia ad ingannare i soggetti destinatari della comunicazione; sia a modificare i loro comportamenti economici; sia, infine, a ledere un concorrente”; v. anche A. M. GAMBINO, *La tutela del consumatore nella disciplina della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del D.lgs. 25/1/1992 in materia di pubblicità ingannevole*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 411 ss., il quale, con riferimento alla previgente disciplina, rilevava come “Affinché esista pubblicità ingannevole è richiesta un’induzione in errore, anche solo potenziale, consistente nel pregiudizio, anche potenziale, del comportamento economico delle persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta. La prospettiva dà indubbia sostanza ad un interesse, che, sino ad ora, è stato definito soltanto in dottrina quale interesse diffuso e che, sebbene nei limiti di una fattispecie circoscritta, la pubblicità ingannevole, può ricevere conformemente agli orientamenti comunitari, un’adeguata tutela processuale”.

nonché quelle aventi ad oggetto prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza personale, che non siano corredate dalle informazioni, necessarie o utili ai consumatori per l'osservanza delle normali regole di prudenza e vigilanza⁹²⁶.

Il legislatore specifica alcune pratiche considerate ingannevoli e, comunque, integranti una violazione o un subdolo mascheramento degli obblighi attinenti ad un'informazione chiara, corretta e veritiera⁹²⁷.

926 v. al riguardo CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. e impr. eur.*, 2007, p. 63 ss.; PARTISANI, *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali scorrette e la nuova azione risarcitoria collettiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, p. 480 ss.; v. Tar Lazio Roma, Sez. I, sentenza 4 maggio 2006, n. 3214.

927 Art. 23, Codice del consumo. (*Pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli*). 1. Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali: a) affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta; b) esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione; c) asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura; d) asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta; e) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti; f) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente: 1) rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure 2) rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure 3) fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto. g) dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole; h) impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali il professionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è stabilito e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza che questo sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione; i) affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita; l) presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista; m) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore; n) formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto; o) promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore; p) avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti; q) affermare, contrariamente al vero, che il professionista è in procinto di cessare l'attività o traslocare; r) affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte; s) affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni; t) comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato; u) affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole; v) descrivere un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto; z) includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto; aa) dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore; bb) lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto sono disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto.

Al principio della trasparenza nell'ambito delle pratiche commerciali e pubblicitarie è da ricondurre la disciplina inerente alle c. d. omissioni ingannevoli, consistenti in violazioni degli obblighi informativi posti a carico del professionista e volte ad incidere nel processo di autodeterminazione volitiva del consumatore (art. 22 cod. cons.⁹²⁸), aggravando l'asimmetria di posizione contrattuale già originariamente dovuta alla differenza di potere negoziale in capo alle parti.

Alla corretta formazione del consenso è preordinata anche la disciplina delle c. d. pratiche commerciali aggressive (artt. 24-26 cod. cons.), comprendendovi in questa categoria quelle che, "mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento"⁹²⁹, limitano consistentemente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto, inducendolo ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso⁹³⁰.

928 Art. 22 cod. cons. (*Omissioni ingannevoli*). 1. E' considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o e' idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. 2. Una pratica commerciale e' altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti di cui al detto comma, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidenti dal contesto nonché quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o e' idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. 3. Qualora il mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un'omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi. 4. Nel caso di un invito all'acquisto sono considerate rilevanti, ai sensi del comma 1, le informazioni seguenti, qualora non risultino già evidenti dal contesto: a) le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso; b) l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, come la sua denominazione sociale e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce; c) il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore; d) le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale; e) l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto. 5. Sono considerati rilevanti, ai sensi del comma 1, gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto.

929 v. VILLANI, Commento "Art. 24 cod. cons.", in *Codice ipertestuale del consumo*, diretto da Franzoni, Torino, 2008, p. 106, la quale afferma che "nelle pratiche commerciali aggressive diventa fondamentale l'analisi del comportamento del professionista-produttore: egli, infatti, può costringere il consumatore a prendere una decisione che non avrebbe preso attraverso molestie. Per molestie si intendono azioni che recano turbative e disturbo insistenti nei confronti del consumatore, ad esempio effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza. Uno stadio ulteriore ed ancora più grave di turbativa riguarda la coercizione che può esplicarsi attraverso il ricorso alla forza fisica o l'indebito condizionamento [...]. Per indebito condizionamento si intende un'ingiusta costrizione, che, però, a differenza della costrizione fisica, non si basa su un comportamento materiale del produttore-professionista, bensì in un ingiusto procedimento psicologico di condizionamento-convincimento basato sullo sfruttamento di una posizione di potere ed asimmetrie informative a suo vantaggio, che porta il consumatore a prendere una decisione che non avrebbe mai preso".

930 v. sul punto DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali aggressive*, in *Le <<pratiche commerciali sleali>> tra imprese e consumatori. La direttiva n. 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007, p. 229, il quale distingue le pratiche commerciali ingannevoli da quelle aggressive, rilevando che, mentre le prime "influenzano subdolamente il processo di formazione della volontà del consumatore – che potrebbe anche essere genericamente propenso all'acquisto di un dato prodotto – nel senso di indirizzarlo verso un certo prodotto o verso certe scelte commerciali, a mezzo di sottili tecniche di convincimento imperniate sull'informazione o sulla presentazione del prodotto ed anche a prescindere da un contatto diretto con quest'ultimo, le pratiche commerciali

È importante sottolineare che la tutela comunitaria non si riferisce soltanto ai comportamenti che limitano di fatto la capacità di autodeterminazione del consumatore, ma anche a quelle che, per caratteristiche oggettivamente apprezzabili sulla base di un criterio medio, sono idonee a condizionare le scelte del contraente-debole, anticipando la soglia di protezione dell'intervento legislativo in relazione a situazioni di semplice pericolo⁹³¹.

Il legislatore al fine di limitare il margine di apprezzamento discrezionale – che potrebbe, se esasperato, realizzare una compressione eccessiva dell'autonomia privata - rimesso all'Autorità competente in merito al carattere aggressivo della pratica commerciale denunciata, definisce (art. 25 cod. cons.⁹³²) i criteri esterni ed interni alla condotta, da prendere in considerazione al fine di una ragionevole valutazione, nonché la casistica tipologica di determinati comportamenti integrativi il carattere della aggressività (art. 26 cod. cons.⁹³³).

aggressive minano alla base la libertà di scelta del consumatore, tramite l'adozione di condotte anche puramente fisiche, rivolte ad estorcere il suo consenso – che potrebbe nel caso di specie anche mancare – o ad incidere notevolmente sulle scelte di esercizio di posizioni contrattuali del consumatore facendo leva su sentimenti, emozioni, caratteristiche cognitive, livello culturale e persino paure del cliente, nonché frapponendo ostacoli all'attuazione dei suoi diritti"; v. anche ALPA, *Considerazioni conclusive, in Le pratiche commerciali sleali: direttiva Comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Minervini-Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 362 ss.

931 In tal senso si esprime il 18° considerando della Direttiva 2005/29/CE, che precisa come il termine di riferimento dell'intervento normativo comunitario sia costituito dal criterio del "consumatore medio", il quale è "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma" la stessa direttiva in esame "contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che l'impatto della pratica commerciale venga valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo".

932 Art. 25 cod. cons. (*Ricorso a molestie coercizione o indebito condizionamento*). 1. Nel determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi: a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza; b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale; c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto; d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata.

933 Art. 26 cod. cons. (*Pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive*). 1. Sono considerate in ogni caso aggressive le seguenti pratiche commerciali: a) creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto; b) effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale; c) effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'articolo 58 e l'articolo 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196; d) imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali; e) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati; f) esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo; g) informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista; h) lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore.

L'effettività della normativa esaminata è garantita da un complesso sistema di controlli, definito dallo stesso codice del consumo, che prevede la funzione di sorveglianza e repressione delle condotte vietate, demandandola alla competenza dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, nonché a quella degli organi di giurisdizione ordinaria per ciò che concerne la tutela risarcitoria dei consumatori danneggiati dalle pratiche commerciali scorrette, ingannevoli o aggressive⁹³⁴.

Un ultimo inciso, esplicativo dell'approccio personalistico adottato dal legislatore italo-comunitario nella disciplina dei rapporti di consumo, attiene alla previsioni di cui agli artt. 28-32 cod. cons.⁹³⁵.

Tali disposizioni regolamentano alcune modalità esplicative della pubblicità commerciale per mezzo di televendite, imponendo limiti e divieti finalizzati ad evitare sfruttamenti ed inganni che siano insiti in modo palese o dissimulato nei messaggi promozionali⁹³⁶.

Nell'esaminato settore la subordinazione dell'iniziativa economica privata ai principi della solidarietà, sicurezza e dignità della persona, emerge dagli artt. 2 e 41 Cost., e dall'ordinamento italo-comunitario, come regola ineludibile⁹³⁷.

6. *La disciplina delle clausole vessatorie nel quadro dell'equilibrio normativo del contratto. L'ambiguità del riferimento alla buona fede. Trasparenza e giudizio di vessatorietà. L'esclusione del controllo dell'adeguatezza del contenuto economico del negozio.*

La diffusione su ampia scala della contrattazione per adesione e le sempre più pressanti esigenze di tutela del contraente debole hanno trovato il primo e principale strumento di protezione nell'ambito della disciplina italo-comunitaria delle clausole vessatorie.

934 conclusione desumibile da Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 15 gennaio 2009, n. 794, in *Resp. civ. on line*, 2009, in cui si afferma che "Il consumatore che lamenti di avere subito un danno per effetto di pubblicità ingannevole ed agisca, ex art. 2043 c.c., per il relativo risarcimento, non assolve al suo onere probatorio dimostrando la sola ingannevolezza del messaggio, ma è tenuto a provare l'esistenza del danno, il nesso di causalità tra pubblicità e danno, nonché (almeno) la colpa di chi ha diffuso la pubblicità, concretandosi essa nella prevedibilità che dalla diffusione di un determinato messaggio sarebbero derivate le menzionate conseguenze dannose".

935 Art. 28 cod. cons. (*Ambito di applicazione*). 1. Le disposizioni del presente capo si applicano alle televendite, come definite nel regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite, adottato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 538/01/CSP del 26 luglio 2001, comprese quelle di astrologia, di cartomanzia ed assimilabili e di servizi relativi a concorsi o giochi comportanti ovvero strutturati in guisa di pronostici. Le medesime disposizioni si applicano altresì agli spot di televendita; Art. 29 cod. cons. (*Prescrizioni*). 1. Le televendite devono evitare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità o della paura, non devono contenere scene di violenza fisica o morale o tali da offendere il gusto e la sensibilità dei consumatori per indecenza, volgarità o ripugnanza; Art. 30 cod. cons. (*Divieti*). 1. È vietata la televendita che offenda la dignità umana, comporti discriminazioni di razza, sesso o nazionalità, offenda convinzioni religiose e politiche, induca a comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza o la protezione dell'ambiente. È vietata la televendita di sigarette o di altri prodotti a base di tabacco. 2. Le televendite non devono contenere dichiarazioni o rappresentazioni che possono indurre in errore gli utenti o i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni, in particolare per ciò che riguarda le caratteristiche e gli effetti del servizio, il prezzo, le condizioni di vendita o di pagamento, le modalità della fornitura, gli eventuali premi, l'identità delle persone rappresentate; Art. 31 cod. cons. (*Tutela dei minori*). 1. La televendita non deve esortare i minorenni a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi. La televendita non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni e deve rispettare i seguenti criteri a loro tutela: a) non esortare i minorenni ad acquistare un prodotto o un servizio, sfruttandone l'inesperienza o la credulità; b) non esortare i minorenni a persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodotti o servizi; c) non sfruttare la particolare fiducia che i minorenni ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri; d) non mostrare minorenni in situazioni pericolose.

936 cfr. MANTELERO, *Televendite e tutela dei soggetti deboli nell'attuazione della direttiva 97/36/Ce*, in *Contr. e impre eur.*, 2002, p. 675 ss.

937 v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 471 ss.

Tale assetto normativo – più volte modificato e perfezionato – rappresenta il risultato di quel diffuso scetticismo che iniziò a manifestarsi nei vari sistemi giuridici nazionali in Europa, circa l'idoneità della disciplina delle condizioni generali di contratto a svolgere un'effettiva funzione protettiva nei confronti del contraente debole.

In Italia, la dottrina aveva da più parti espresso perplessità sul punto, ritenendo insufficiente la normativa di cui agli artt. 1341 e 1342 c. c.⁹³⁸.

Questo orientamento critico, conseguente alla valutazione negativa derivante dai progressi tecnologici e dalla dimensione globale del mercato sulla efficienza delle contrattazioni, sempre più spesso riferibile al modello standard o per adesione, indusse il legislatore comunitario ad intervenire con l'adozione, da parte del Consiglio delle Comunità europee, della direttiva 5 aprile 1993, n. 93/13 CE, a cui fece seguito in ambito nazionale la legge 6 febbraio 1996, n. 52, che con l'art. 25, introdusse nel codice civile (il capo XIV-bis "*Dei contratti del consumatore*", costituito dagli articoli dal 1469-bis al 1469-sexies c. c.) la disciplina relativa alle clausole vessatorie nei contratti tra un professionista nell'esercizio della sua attività imprenditoriale ed un consumatore.

Questa normativa è stata oggetto di ulteriori interventi positivi: infatti, è stata eliminata dal codice civile dall'art. 142 del D.lgs 6 settembre 2005, n. 206 ed è confluita nel Codice del consumo, agli artt. 33-38.

Il testo dell'art. 1469-bis c. c. è stato sostituito da una nuova disposizione di connessione tra la disciplina del codice civile e quella del Codice del consumo.

La disciplina delle clausole vessatorie definisce un articolato sistema di tutela che si collega al quadro del c. d. equilibrio contrattuale soggettivo, nel quale sono coinvolti un contraente "forte" ed un contraente "debole", finalizzato a preservare l'equilibrio normativo del contratto⁹³⁹.

Tale regolamentazione ha aperto la strada ad un controllo contenutistico e sostanziale del rapporto negoziale, che ha superato i limiti formalistici della tradizione giuridica di ispirazione romanistica⁹⁴⁰.

Essa, tutelando direttamente il contraente debole in funzione dell'equilibrio contrattuale⁹⁴¹, ha generato l'effetto indiretto di razionalizzare il sistema dei traffici commerciali.

938 cfr. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., p. 330; ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 12 ss.; GALLI, *Sulla natura giuridica delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 137 ss.; DI MAJO, *Il controllo delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 90 ss.; NUZZO, Voce "*Condizioni generali di contratto*", cit., p. 157 ss.

939 v. DALIA, *L'equilibrio normativo del contratto tra codice civile e leggi speciali*, cit., p. 14; MORELLO, Voce "*Condizioni generali di contratto*", cit., p. 335 ss.

940 v. CHINÈ, Voce "*Consumatore (contratti del)*", in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 400 ss., il quale afferma, commentando l'originaria innovazione normativa, come "La direttiva si proponeva di armonizzare le variegate discipline nazionali riguardanti le contrattazioni per adesione, impiantando in tutti gli Stati membri un modello di controllo sostanziale del contenuto del contratto già noto al alcuni ordinamenti. Tale modello, seppure più volte auspicato in ambienti accademici, è risultato affatto innovativo per la tradizione italiana che aveva conosciuto, con l'avvento della nuova codificazione, esclusivamente la tutela formale dell'aderente fondata sugli artt. 1341-1342 c. c."; v. anche TROIANI, Commento "*Art. 33 – Sez. I cod. cons. Osservazioni generali, la vessatorietà delle clausole e la presunzione di cui al 2° comma*", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 239, il quale rileva come l'innovazione normativa abbia introdotto "<<un controllo sostanziale>>(ovvero vertente sul contenuto delle singole clausole contrattuali), imperniato su una clausola generale, la cui concretizzazione è affidata al giudice, il quale può essere chiamato ad intervenire o all'interno di un giudizio c. d. <<individuale>>, instaurato fra un singolo consumatore e un professionista (e riguardante la validità di clausole di uno specifico contratto già stipulato), oppure nell'ambito di un giudizio c. d. <<collettivo>>, promosso da associazioni rappresentative dei consumatori o dei professionisti, o dalle camere di commercio (e volto ad ottenere l'inibizione dell'impiego di condizioni generali di contratto vessatorie da parte di uno o più professionisti [...]).

941 Incidenza che, del resto, è unanimemente ritenuta notevole. v. al riguardo CALVARI, *La disciplina delle clausole vessatorie nei contratti conclusi con i consumatori*, in Calvari-Putti-Scarpello, *I contratti del consumatore*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 333, il quale sottolinea l'impatto della riforma italo-comunitaria, affermando che "per quanto concerne il controllo sulle clausole vessatorie nei contratti dei

Il primo comma dell'art. 33 cod. cons., la cui formulazione ha dato luogo ad una (sterile) polemica dottrinale, chiarisce che *"nel contratto concluso tra il consumatore e 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"*.

Il riferimento di questa definizione alla tutela dell'equilibrio normativo del contratto è reso più chiaro dalla specificazione, enunciata nel secondo comma, del contenuto delle clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria⁹⁴². Al riguardo si parla di "lista grigia",

consumatori, la peculiarità della riforma va, infatti, ravvisata, tra l'altro, nel fatto che essa modifica l'ottica in cui esso viene esercitato: da un controllo improntato sulle modalità di formazione del consenso contrattuale, quale è quello di cui agli artt. 1341 e 1342 c. c., ad un controllo sull'equilibrio contrattuale".

942 Art. 33 del Codice del consumo: "Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore) "1. 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. 2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; c) escludere o limitare l'opportunità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo; d) prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà; e) consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere; f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo; g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto; h) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa; i) stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione; l) prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto; m) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso; n) stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione; o) consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto; p) riservare al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto; q) limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità; r) limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore; s) consentire al professionista di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo; t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi; u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore; v) prevedere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore. È fatto salvo il disposto dell'articolo 1355 del codice civile. 3. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato il professionista può, in deroga alle lettere h) e m) del comma 2: a) recedere, qualora vi sia un giustificato motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore; b) modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto. 4. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari il professionista può modificare, senza preavviso, sempreché vi sia un giustificato motivo in deroga alle lettere n) e o) del comma 2, il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata

trattandosi di clausole che, pur essendo di per sé idonee a creare una situazione di squilibrio in danno del consumatore, possono essere sottratte alla presunzione di vessatorietà, dimostrando che abbiano formato oggetto di trattativa individuale; e ciò, perché, si ritiene che la negoziazione in ordine al contenuto delle clausole comporti un assetto complessivamente bilanciato⁹⁴³.

In realtà, siffatta impostazione logica palesa l'irrelevanza, ai fini della tutela del consumatore, del profilo economico della fattispecie contrattuale.

Una prospettiva differente è, invece, quella che emerge dalla previsione dell'art. 36, comma secondo, cod. cons., nella quale sono indicate le clausole vessatorie sempre nulle, sebbene rientranti nell'ambito delle c. d. "nullità di protezione", ed eventualmente siano state oggetto di trattativa individuali.

Si tratta della c.d. "lista nera", che ha suscitato problemi di coordinamento con l'elencazione di clausole contenuta nell'art. 33, comma secondo, c. c., in quanto riprende nella sostanza alcune di esse⁹⁴⁴.

La dottrina, per dare una giustificazione all'accennata incoerenza, che in realtà sembra essere solo un errore compilativo del legislatore, ha seguito due diversi orientamenti.

Un primo indirizzo ha sostenuto che non possa parlarsi di invalidità in senso assoluto, in quanto la norma escluderebbe solo la possibilità di invocare l'avvenuta trattativa individuale per negare la vessatorietà della clausola, ferma restando la facoltà di ricorrere a diversi mezzi di prova⁹⁴⁵. Un'altra teoria si pone in termini decisi nel versante della presunzione di nullità *iuris et de iure*⁹⁴⁶.

comunicazione al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto. 5. Le lettere h), m), n) e o) del comma 2 non si applicano ai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista, nonché la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera. 6. Le lettere n) e o) del comma 2 non si applicano alle clausole di indicizzazione dei prezzi, ove consentite dalla legge, a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte.

943 v. TROIANI, Commento "Art. 33 – Sez. I cod. cons. Osservazioni generali, la vessatorietà delle clausole e la presunzione di cui al 2° comma", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 239, il quale rileva come, la predisposizione della c. d. "lista grigia", costituisca una scelta "suggerita ma non imposta dalla direttiva comunitaria, che lasciava agli Stati membri la decisione se adottare una o più liste di clausole con un preciso valore normativo, e che è comunque valutata positivamente in quanto consente di colpire più efficacemente quelle clausole che, oltre ad essere maggiormente ricorrenti nella prassi, presentano più marcati caratteri di abusività, senza che questo implichi rinunciare alla funzione propria della clausola generale quale <<valvola di chiusura>> del sistema. D'altronde, le clausole elencate sono presunte vessatorie solo <<fino a prova contraria>>, ciò che conserva al giudice un margine di discrezionalità nella valutazione del caso concreto".

944 In merito ad una possibile soluzione relativamente all'accennato problema di coordinamento, v. GALLO, *Trattato del contratto*, I, cit., p. 817, il quale propone due diverse impostazioni sul punto, "a) ritenere che la lista corta contenga clausole da considerarsi in ogni caso nulle a prescindere da indagini ulteriori; il che non consentirebbe però di comprendere come mai tali clausole compaiono anche nella lista lunga; b) o viceversa ritenere, come sembra preferibile, che non si tratti di una lista nera vera e propria; con la conseguenza che finalità dell'art. 36 c. d. c. risulta essere soltanto quella di impedire che la trattativa individuale possa escludere la vessatorietà delle clausole in oggetto; fermo restando peraltro che la presunzione di vessatorietà anche delle clausole della lista breve non è assoluta, ma relativa, con conseguente possibilità di superarla provando circostanze diverse rispetto alla trattativa individuale, idonee a consentire di ritenere che esse risultino giustificate nell'economia complessiva dell'affare".

945 v. CHINÈ, Voce "Consumatore (contratti del)", cit., p. 417, il quale afferma – seppur riferendosi alla formulazione di cui al previgente art. 1469-*quinquies* – che un lettura attenta della norma "evidenzia che le clausole ivi indicate sono già presenti nell'elencazione dell'art. 1469 *bis* comma 3, ai n. 1, 2 e 10. Tale riproduzione di identiche clausole in norme all'origine di statuti giuridici diversi esclude *in radice* la possibilità di sostenere una presunzione assoluta di vessatorietà per le clausole menzionate nell'art. 1469 *quinquies* comma 2. l'obiettivo perseguito con questa disposizione è piuttosto quello di escludere che la prova della trattativa individuale possa incidere sul giudizio di vessatorietà, senza nulla aggiungere sul diverso piano dei parametri cui

L'esclusione dell'inerenza della normativa in esame al profilo economico del negozio - concernente il rapporto di proporzionalità quantitativa intercorrente tra le prestazioni - è reso esplicito dall'art. 34 cod. cons.⁹⁴⁷, il quale stabilisce che *"la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile"*.

In tal modo - benché la formulazione della norma appaia contraddittoria, in quanto delinea un programma di tutela del consumatore che "depotenzia" essa stessa sottraendo dal giudizio di vessatorietà l'adeguatezza del prezzo - è fuor di dubbio che la regolamentazione in esame non consenta un sindacato sul contenuto economico e sostanziale del contratto, limitandosi alla sfera normativa della distribuzione di diritti ed obblighi⁹⁴⁸.

Tuttavia, in dottrina è stata anche autorevolmente sostenuta una tesi intermedia, poco convincente, secondo cui non si potrebbe escludere aprioristicamente l'incidenza della nuova disciplina anche sul contenuto economico del contratto, attesa la stretta inerenza, se non a volte la sovrapposizione, di questo piano a quello dell'equilibrio normativo⁹⁴⁹.

Problemi interpretativi notevoli ha provocato l'esegesi dell'espressione contenuta nella norma *"malgrado buona fede"*, dalla cui risoluzione discende il superamento o meno della ulteriore questione concernente la valenza autonoma o l'immedesimazione del riferimento al *"significativo squilibrio"* rispetto alla buona fede⁹⁵⁰.

Un primo orientamento ritiene che il riferimento alla buona fede sarebbe volto ad escludere la rilevanza, nell'ambito della valutazione di vessatorietà della clausola contrattuale, della mancata conoscenza e consapevolezza da parte del professionista-predisponente del carattere vessatorio della clausola, con la conseguenza di escludere sul piano probatorio ogni indagine concernente la situazione psicologica dello stesso⁹⁵¹.

improntare tale giudizio. In questo senso muove anche la collocazione sistematica della disposizione, inserita in una norma che non attiene al giudizio di vessatorietà bensì all'inefficacia della clausola vessatoria".

946 v. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c. d. vessatorie cioè abusive*, cit., p. 14 ss.

947 Art. 34 cod. cons. (*Accertamento della vessatorietà delle clausole*). 1. La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende. 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. 3. Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea. 4. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale. 5. Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore

948 Significativo il rilievo autorevolmente espresso da CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 113, il quale sul punto afferma che "colpisce [...] la irragionevolezza della previsione se solo si considera che, se la finalità e lo spirito dell'intervento vanno nel senso di apprestare contrappesi a clausole inique, era possibile sottrarre alla valutazione tutto ma non il prezzo. A meno che, con un ragionamento che si connota di intrinseca ragionevolezza, non si sia ipotizzato di perseguire finalità protettive complessive, attribuendo utilità economicamente valutabile al riequilibrio di elementi contenutistici diversi dal prezzo".

949 Tale posizione è riscontrabile in ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 38, il quale rileva come i diritti e gli obblighi inerenti le parti contrattuali, quali ad esempio il recesso o lo *ius variandi* "hanno un costo e possono avere un prezzo: sicché i confini fra squilibrio normativo e squilibrio economico sono evanescenti e uno squilibrio che si presenta *prima facie* come normativo può in definitiva tradursi in uno squilibrio di valori economici scambiati".

950 v. sul punto SCIANCALEPORE, *Le clausole abusive*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, cit., p. 509-510.

951 v. BIGLIAZZI GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di Cesaro, Padova, 1994, p. 31 ss.; BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, p. 41 ss.; cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 379, il quale sottolinea,

In questo ordine di idee, il “*significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*” acquisirebbe una autonoma valenza divenendo di per sé parametro di valutazione della vessatorietà della clausola, che risulterebbe dall’oggettiva asimmetria di posizione negoziale “a prescindere dalla volontà del professionista di approfittare della debolezza altrui”⁹⁵².

Una seconda impostazione formatasi sull’interpretazione dell’inciso “malgrado buona fede”, ritiene che il riferimento di cui all’art. 33 cod. cons. concerna la violazione delle regole di correttezza che presiedono alla predisposizione ed alla esecuzione del regolamento contrattuale, collegando a tale violazione uno squilibrio normativo tra le posizioni delle parti contrattuali⁹⁵³.

Tale orientamento conduce, quindi, all’immedesimazione del criterio del “significativo squilibrio” con la “buona fede”, costituendo il primo una “derivazione logica” di quest’ultimo, tanto da fondersi “in un unico, inscindibile, parametro di giudizio”⁹⁵⁴.

In realtà, appare il caso di propendere per la prima ricostruzione, in quanto maggiormente coerente con la finalità di tutela perseguite dal legislatore italo-comunitario, e perciò volto a rendere immediatamente rilevante l’asimmetria delle posizioni dei contraenti, indipendentemente dalla condizione psicologica dell’imprenditore, con conseguente agevolazione del consumatore sul piano probatorio⁹⁵⁵.

Tuttavia, non può disattendersi il rilievo secondo cui la questione ha una valenza prevalentemente teorica, in quanto entrambi gli orientamenti esposti finiscono per giungere, seppur seguendo diversi *iter* logico-giuridici, ad affermare la valenza concreta che la buona

seppur con riferimento al previgente testo dell’art. 1469-bis c. c., come “La locuzione <<malgrado la buona fede>> corrisponde al testo italiano della Direttiva del 1993, che, sul punto, si discosta dagli altri testi ufficiali. Gli altri testi, infatti, abusive le clausole che in contrasto con la buona fede squilibrano la posizione del consumatore. In tali testi la buona fede è quindi assunta in senso obiettivo, come precetto di condotta. Il testo italiano, invece, assume la buona fede in senso soggettivo, come credenza di non ledere l’altrui diritto. Il testo italiano ha in tal modo introdotto un’indicazione irrilevante, essendo ovvio che il convincimento personale del professionista di agire secondo legge non potrebbe mai rendere lecite clausole vietate”.

952 v. dettagliatamente CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 114 ss., il quale afferma che “sembra più ragionevole desumere dal testo italiano della direttiva, pedissequamente ripreso dal legislatore interno, un riferimento alla buona fede in senso soggettivo, quale stato della conoscenza e della volontà del predisponente. La *ratio* dell’inciso, in definitiva, parrebbe quella di escludere, dalla valutazione in ordine alla vessatorietà delle clausole, la rilevanza del fatto che il professionista predisponga una clausola oggettivamente squilibrata in circostanze di approfittamento dell’altrui condizione di dipendenza economica. Insomma, per il giudizio di vessatorietà, è sufficiente che il rapporto sia squilibrato in sé, per effetto di una asimmetria di potere presupposta, a prescindere dalla volontà del professionista di approfittare della debolezza altrui. Se così è, non pare che l’inciso sia irrilevante perché se è vero che lo stato di buona fede del professionista non può mai rendere lecite clausole vietate, è altresì vero che la legge potrebbe in astratto non considerare abusive clausole non dettate dalla volontà di profittare, in analogia col meccanismo della rescissione per lesione. Dunque, quell’inciso orienta l’interprete verso la definitiva oggettivazione dei parametri di vessatorietà”.

953 v. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice vile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 411; DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 16); CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c. d. vessatorie cioè abusive*, cit., p. 5 ss.

954 v. TROIANI, Commento “Art. 33 – Sez. I cod. cons. Osservazioni generali, la vessatorietà delle clausole e la presunzione di cui al 2° comma”, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 247.

955 v. SCIANCALEPORE, *Le clausole abusive*, cit., p. 511, il quale afferma che “si reputa fondato affermare che l’assenza di trattative apre la strada alla verifica di tipo contenutistico e che la buona fede diviene, a sua volta, <<criterio valutativo della significatività dello squilibrio>> del rapporto contrattuale e non autonomo criterio di abusività della clausola [...] In effetti, soprattutto in situazioni di imprecisione del testo non è affatto consigliabile allontanarsi troppo dal dato letterale perché si finirebbe per accentuare l’incertezza interpretativa. Orbene, dal testo dell’originario art. 1469 bis c. c., fedelmente riprodotto – rispetto a questo punto – nell’art. 33 cod. cons., si evince – in buona sostanza – che il giudizio di abusività non può essere evitato facendo appello alla buona fede del predisponente, laddove la presenza della clausola realizzi una sproporzione rilevante tra le contrapposte posizioni contrattuali”.

fede oggettiva riveste nel giudizio di vessatorietà, differenziandosi – come appena visto - solo sul piano dell'autonomia o della unitarietà dei parametri da seguirsi in tale valutazione⁹⁵⁶.

La definizione dei parametri attraverso cui deve effettuarsi il giudizio di vessatorietà è contenuta nell'art. 34 cod. cons.

Questa norma stabilisce che la valutazione deve essere effettuata tenendo conto della natura del bene o del servizio⁹⁵⁷ oggetto del contratto, facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del medesimo negozio, ovvero di un negozio collegato. Inoltre, esclude – come già visto – che il carattere vessatorio possa essere riferito alla determinazione dell'oggetto ovvero all'adeguatezza del corrispettivo di beni o servizi, purché indicati in modo chiaro e comprensibile.

In questo senso il legislatore italo-comunitario ha ritenuto di indicare i criteri che devono essere seguiti dal giudice nella valutazione relativa al carattere abusivo della clausola denunciata.

Al riguardo - oltre che a rilevare sul piano dell'indifferenza per l'equilibrio economico del rapporto la dichiarata irrilevanza dell'adeguatezza del corrispettivo – la norma si segnala per il riferimento che fa alle altre clausole del contratto ovvero di un contratto collegato, quale parametro di giudizio, in quanto evidenzia l'importanza di una valutazione sostanziale dell'intera operazione negoziale, che non sia limitata all'analisi contenutistica ed aprioristica della singola clausola, scollegandola dalla restante parte del regolamento negoziale in cui essa si inserisce e che concorre a definire.

Un ulteriore aspetto assume un ruolo importante ai fini dell'equilibrio contrattuale, ossia quello che individua nel momento della conclusione del contratto il contesto temporale in cui i vari criteri devono essere apprezzati al fine della valutazione di vessatorietà, in quanto rende in

956 Il rilievo si deve a TROIANI, Commento "Art. 33 – Sez. I cod. cons. Osservazioni generali, la vessatorietà delle clausole e la presunzione di cui al 2° comma", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 245, il quale osserva come "i due orientamenti formati in Italia, pur muovendo da premesse opposte, giungono a soluzioni non dissimili lì dove si tratta di riconoscere nella buona fede oggettiva il fondamento della tutela, gli uni ritenendo il riferimento alla buona fede oggettiva testualmente contenuto nella norma, gli altri recuperandolo per via sistematica tramite il richiamo ai principi generali del diritto dei contratti. dove le posizioni si dividono, in modo eguale all'interno dell'uno o dell'altro orientamento, è sul rapporto tra buona fede oggettiva e significativo squilibrio, se siano, cioè, due criteri autonomi o formino un unico criterio di giudizio"; in senso conforme depone l'orientamento della Suprema Corte, in tema di buona fede nell'interpretazione dei contratti. Al riguardo v. Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 maggio 2001, n. 6819, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3183, in cui si afferma che "Il criterio della buona fede nella interpretazione dei contratti, applicabile anche agli atti prenegoziali, deve ritenersi funzionale ad escludere il ricorso a significati unilaterali o contrastanti con un criterio di affidamento dell'uomo medio, ma non consente di assegnare all'atto una portata diversa da quella che emerge dal suo contenuto obiettivo, corrispondente alla convinzione soggettiva di una singola persona. Esso rappresenta, difatti, il punto di sutura tra la ricerca della reale volontà delle parti (costituente il primo momento del processo interpretativo, in base alla comune intenzione ed al senso letterale delle parole) ed il persistere di un dubbio sul preciso contenuto della volontà contrattuale (in base ad un criterio obiettivo, fondato su di un canone di reciproca lealtà nella condotta tra le parti, ed inteso alla tutela dell'affidamento che ciascuna parte deve porre nel significato della dichiarazione dell'altra), e, rappresenta, pertanto, un mezzo, al fine, soltanto sussidiario, dell'interpretazione, non invocabile quando il giudice di merito abbia, attraverso l'esame degli elementi di prova raccolti, già "aliunde" accertato l'effettiva volontà delle parti".

957 v. AZZARO-SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in *I contratti del consumatore*, a cura di Gabrielli e Minervini, Torino, 2005, p. 62 ss., i quali ritengono che attraverso il riferimento alla natura del bene o del servizio "s'individua il tipo di prestazione che caratterizza una specifica tipologia contrattuale, e che, ai fini del sindacato di vessatorietà, la differenza da fattispecie riconducibili entro lo stesso tipo legale: per modo che, clausole che in un dato contesto regolamentare determinano, in ragione di quell'elemento, uno squilibrio significativo, in altre possono non avere tale valenza. [...]. Dal dato normativo si evince, dunque, inequivocabilmente, come il parametro in esame attenga, non già al tipo contrattuale, ma allo specifico tipo di prestazione cui il professionista è tenuto. Nessuna valenza qualificativa spiega, in tal senso, invece, la controprestazione, dato che essa nei contratti di massa ha sempre natura pecuniaria, e come tale è semmai soggetta alla specifica disciplina che la concerne".

questo senso totalmente irrilevanti le eventuali sopravvenienze che dovessero ingenerare uno squilibrio – soprattutto di ordine economico – tra le posizioni contrattuali delle parti⁹⁵⁸.

Tale soluzione è analoga a quella adottata dal legislatore italiano in tema di usura sopravvenuta con il decreto legge 29 dicembre 2000, n. 394, convertito con modificazioni nella Legge 28 febbraio 2001, n. 24, recante norme di interpretazione autentica della legge n. 108 del 1996, in cui si precisava che, ai fini della determinazione del carattere usurario del tasso d'interesse convenuto, non doveva farsi riferimento al tempo del pagamento, ma a quello in cui gli interessi stessi fossero stati promessi o convenuti⁹⁵⁹.

L'art. 34 cod. cons., peraltro, individua anche l'ambito applicativo entro cui il predetto sindacato può operare, escludendo che possano essere tacciate di vessatorietà le clausole che riproducano norme di legge - nella cui nozione si fanno comunemente rientrare anche i regolamenti e gli atti amministrativi⁹⁶⁰ - o siano attuative di disposizioni e principi contenuti in convenzioni internazionali cui abbiano preso parte tutti gli Stati membri ovvero l'Unione europea, nonché le clausole che abbiano formato oggetto di trattativa individuale.

La negoziazione non può essere un indice assoluto del carattere non vessatorio della clausola, che dovrà essere valutata nell'intero contesto negoziale, e rispetto alla quale, comunque, il consumatore deve ritenersi abilitato a fornire ulteriori prove di supposta abusività.

Sul piano probatorio, infatti, una particolare rilevanza assume l'ultimo comma dell'art. 34 cod. cons., che pone a carico del professionista l'onere di dimostrare che le clausole da lui unilateralmente predisposte ed inserite nell'ambito di un contratto concluso mediante la sottoscrizione di un modulo e formulario, siano state oggetto di specifica trattativa con il consumatore⁹⁶¹.

Nel quadro dell'equilibrio normativo si inserisce anche l'art. 35 cod. cons.⁹⁶², il quale prescrivendo il rispetto di criteri formali specifici nella predisposizione del contratto e definendo appositi parametri di interpretazione del contenuto dell'accordo, realizza una positivizzazione concreta del principio di trasparenza.

958 v. FARNETI, Commento "Art. 34 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 347, che rileva come il riferimento alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto renda "evidente la necessità che l'applicaz. dei criteri valutativi avvenga in modo contestuale e cumulativo, anziché "atomistico". Il senso della previsione è evidentem. quello di conferire un rilievo decisivo alla contestualizzaz. del contratto, indirizzando l'attenzione dell'interprete verso tutte le vicende che abbiano condotto all'instauraz. di quel rapporto, nei termini specifici in cui si presenta all'indagine del giudice: in questo il criterio in parola consente (ed impone) di apprezzare, negli equilibri del sindacato di vessatorietà, anche elementi di giudizio esterni al contratto vero e proprio, implicando di fatto che i connotati di vessatorietà di una clausola possano trascendere o esulare dal <<contenuto>> negoziale in senso stretto".

959 cfr. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Contr.*, 2001, p. 1454 ss.; FERRONI, *Ius superveniens, rapporti in corso e usurarietà sopravvenuta*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 524 ss.; DI BENEDETTO, *Riflessi penali della giurisprudenza civile sulla riscossione di interessi divenuti usurari successivamente all'entrata in vigore della l. n. 108 del 1996, nota a Trib. Roma, 4 giugno 1998; Trib. Velletri, 3 dicembre 1997; Trib. Milano, 13 novembre 1997*, in *Banca, borsa ecc.*, 1998, II, 1998, p. 534; MORERA, *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso soglia << soglia >> e...usurario sopravvenuto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, p. 517 ss.; MANIACI, *La nuova normativa in materia di usura ed i rapporti negoziali in corso*, in *Contr.*, 2000, p. 687 ss.

960 v. RUFFOLO (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusiva"*. *Gli artt. 1469 bis ss. c. c. e i contratti con il consumatore*, Milano, 1997, p. 104 ss.

961 cfr. PATTI, *La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 513 ss.

962 Art. 35 cod. cons. (*Forma e interpretazione*). 1. Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. 2. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. 3. La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all'articolo 37

La disposizione in esame, infatti, impone che nei contratti in cui tutte le clausole siano proposte al consumatore per iscritto, le stesse siano redatte in modo chiaro e comprensibile⁹⁶³.

Non sfugge, al riguardo, la svista – stigmatizzata dalla dottrina più attenta – in cui è incorso il legislatore italiano, il quale ha rubricato sotto la dicitura “forma e interpretazione”, una norma – l’art. 1469 *quater* c. c., oggi art. 35 cod. cons. – che, al contrario, non impone alcun requisito formale per la validità del contratto, limitandosi “alla generale proclamazione della regola di chiarezza e comprensibilità delle clausole”⁹⁶⁴, ossia del “principio di trasparenza”⁹⁶⁵.

Il secondo comma sancisce, poi, una regola interpretativa contro il predisponente ed a favore del consumatore, da applicarsi alle clausole di dubbio significato. Tale disposizione non fa altro che ribadire, nell’ambito dei rapporti di consumo, il principio ermeneutico già consacrato nell’art. 1370 c. c. con riferimento all’interpretazione della clausole “*inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti*”⁹⁶⁶.

È opportuno aggiungere, in ordine alla disciplina delle invalidità contenuta nell’art. 36 cod. cons., che la dibattuta questione relativa alla tipologia delle sanzioni da collegare alla vessatorietà della clausola, inserita in un contratto tra professionista e consumatore, è stata chiarita nel senso che la clausola è nulla, a norma degli artt. 33 e 34 cod. cons., in quanto cagiona uno squilibrio tra le posizioni negoziali, mentre il contratto rimane valido per il resto: la generica sanzione di invalidità indicata nella formula dell’abrogato 1469-quinquies c. c. – che discorreva di “inefficacia” –, è stata specificata nella normativa italo-comunitaria nella “nullità” della clausola vessatoria, estesa anche alle ipotesi definite dall’art. 36, comma secondo, cod. cons., comprese nella c. d. “lista nera”⁹⁶⁷.

963 Significativa, in ordine ad un incremento della tutela del consumatore, è l’opinione di SCIANCALEPORE, *Le clausole abusive*, cit., p. 514, il quale afferma che “la sussistenza del requisito della trasparenza non deve essere limitata soltanto alla contrattazione standardizzata. Proprio in ragione del fatto che essa attiene alle modalità con cui la clausola sia stata formulata, non può essere escluso che anche nel caso in cui quest’ultima venga concordata con il consumatore singolo, ben potrebbe accadere che il professionista – al quale, di solito, compete la materiale redazione del contratto – dopo averne pattuito il contenuto con il consumatore, approfittando dell’inesperienza di quest’ultimo, provveda di proposito alla redazione di clausole non del tutto intelligibili e comprensibili. È chiaro che un simile comportamento debba essere adeguatamente sanzionato, al pari del caso in cui il consumatore non abbia partecipato ad alcuna forma di trattativa”.

964 v. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza, in I contratti del consumatore*, a cura di Gabrielli e Minervini, cit., p. 417, il quale afferma che “La radicata propensione [...] a ravvisare nel formalismo uno strumento di promozione e protezione della trasparenza contrattuale, non ha mancato di spiegare la propria influenza anche in sede di recepimento della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori. Non è un caso, infatti, che l’art. 1469 *quater* c. c., dedicato appunto alla generale proclamazione della regola di chiarezza e comprensibilità delle clausole, sia stato introdotto nel codice sotto la rubrica <<forma ed interpretazione>>. E ciò benché tra le norme dettate dalla disposizione in parola non sia dato di ravvisare alcun precetto di forma (se si intende per tale la prescrizione relativa alle modalità vincolate di conclusione del contratto). Anzi, la norma dell’art. 1469 *quater* c. c. fa riferimento alla forma del contratto (e segnatamente alla forma scritta) solo per contemplare un’ipotesi, rispetto alla quale l’esigenza di protezione della trasparenza contrattuale è semmai più accentuata (o almeno così pare essere reputata dalla norma), tanto da esigere una speciale cautela. La legge, cioè, nel caso di specie, lungi dal considerare lo scritto come una migliore garanzia delle ragioni dell’aderente, pare considerare la redazione per iscritto delle clausole predisposte con una certa dose di diffidenza”.

965 v. MINERVINI, Commento “Art. 35 cod. cons.”, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 369, il quale, nell’esaminare la citata norma del codice del consumo, rileva come “Il 1° co. codifica espressamente il principio della trasparenza del contratto. Emerge allora evidente l’erroneità della rubrica dell’art. 35 (forma e interpretazione), dato che il legislatore non pone un requisito di forma (*ad substantiam* o *ad probationem*), ma impone un obbligo di trasparenza a carico del professionista”.

966 cfr. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell’interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 947 ss.; DI MAJO, *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 528 ss.; STELLA RICHTER, *L’interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1027 ss.

967 v. CHINÈ, Voce “Consumatore (contratti del)”, cit., p. 419 ss., il quale, nel pieno vigore di tale problematica ed in presenza di una formulazione normativa che parlava di “inefficacia”, sottolineava “la contraddittorietà di una figura di inefficacia parziale, relativa e rilevabile d’ufficio”, nonché “le maggiori difficoltà applicative di una

Si tratta di una nullità posta a protezione del contraente debole, rispondente a criteri operativi differenti rispetto alla figura tradizionale, essendo funzionale al ripristino dell'equilibrio normativo e rilevabile d'ufficio dal giudice esclusivamente qualora ciò sia rispondente all'interesse del consumatore⁹⁶⁸.

Va ribadito che l'esaminato meccanismo correttivo è diretto a ripianare l'originaria asimmetria di potere negoziale intercorrente *ab origine* tra le parti ed è impostato sul principio della trasparenza nelle contrattazioni, quale criterio generale sotteso al nuovo diritto dei contratti⁹⁶⁹.

In sintesi, l'attuazione di tale principio ai fini della informazione si estrinseca nelle prescrizioni in tema di forma, nella disciplina del recesso e negli altri strumenti di riequilibrio normativo previsti per le operazioni commerciali⁹⁷⁰.

sanzione che non può giovare del corposo diritto vivente formatosi con riferimento alla più tradizionale categoria della nullità". Del resto, l'A. rilevava come "l'abbandono dei primi progetti di recepimento che contemplavano la nullità delle clausole vessatorie è stato indotto dal timore dei redattori di favorire un'applicazione diffusa della regola della nullità parziale contenuta nell'art. 1419 comma 1, con effetti negativi nella sfera giuridica del consumatore al quale sarebbe stato in ultima istanza impedito di accedere al bene o servizio oggetto del contratto. la scelta dell'inefficacia, seppure coerente con taluni importanti esperienze straniere, è più il risultato di un rifiuto che di un preciso indirizzo disciplinatorio. Ma se il pericolo per gli interessi dei consumatori connesso all'estensione della nullità dalla singola clausola all'intero contratto secondo il meccanismo della nullità parziale appare tutt'altro che il risultato di un eccesso di zelo legislativo, una lettura sistematica del dato positivo avrebbe certamente potuto ispirare una scelta diversa ove fosse stata adeguatamente valutata l'indicazione, proveniente dalla direttiva, di necessaria sopravvivenza del contratto alla declaratoria di abusività".

968 v. SCIANCALEPORE, *Le clausole abusive*, cit., p. 517-518, il quale rileva come "La nullità in commento deriva, infatti, prevalentemente dalla presenza di uno squilibrio contrattuale che – a ben guardare – inficia il vincolo e, pertanto, accede alla liceità dell'elemento causale dell'accordo. In effetti, pare che il legislatore con la normativa *de qua* abbia voluto prevedere un metodo per interferire sul contenuto del contratto – senza, comunque, intaccare la determinazione dell'oggetto o del corrispettivo del bene o del servizio – nonché sul modo in cui entrambe le parti abbiano esercitato la libertà contrattuale, per valutare in concreto la conformità dello stesso ai principi generali di equità e buona fede, che trascendono gli interessi eventuali e contingenti del singolo consumatore"; v. anche POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1024; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 14; D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, cit., p. 740 ss.; MANTOVANI, *Le nullità di protezione nella tassonomia dei rimedi*, cit., p. 1619 ss.; CALVARI, *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti del consumatore: dialogo tra la giurisprudenza italiana e tedesca*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 70 ss.

969 v. DI MARZIO, *Regolamento contrattuale, intervento giudiziario e tutela dei consumatori*, cit., p. 9, il quale afferma che "L'obbiettivo del riequilibrio normativo del regolamento contrattuale è perseguito attraverso lo strumento della "nullità di protezione" (come testualmente recita la rubrica dell'art. 36 cod. cons., recependo così una terminologia invalsa nella dottrina e nella giurisprudenza). Proseguono infatti i redattori: "trova conferma nella previsione di meccanismi di riequilibrio, basati su "nullità di protezione", rilevabili, anche d'ufficio, ma solo a vantaggio del contraente debole". Scopo della legge è di contenere l'asimmetria contrattuale; di rendere pertanto il contratto, da squilibrato che era, sufficientemente simmetrico; di conservare, pertanto e alla fine, il contratto (parzialmente modificato). La semplice caducazione del regolamento (che si limiterebbe a preservare il consumatore da un accesso svantaggioso al contratto e dunque al mercato) non è funzionale all'interesse del consumatore e all'interesse del mercato, la soddisfazione dei quali richiede – molto diversamente – la conformazione del contratto inizialmente predisposto come squilibrato (che consenta al consumatore un accesso equo al contratto e dunque al mercato). Su questo abbrivio si comprende agevolmente la disciplina della nullità protettiva, pensata in alternativa alle regole speculari poste dagli artt. 1419, comma 1 e 1421 c. c.: non assolutezza ma relatività dell'azione (riconosciuta solo al consumatore); necessaria parzialità della nullità; rilevabilità di ufficio della nullità ma alla condizione che tale rilievo operi a vantaggio del consumatore (cfr. art. 36, commi 1 e 3, cod. cons.) e dunque, innanzitutto, che non contraddica alla esigenza di conservazione del contratto".

970 cfr. MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, cit., p. 698; DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, cit., p. 301 ss.; AMAGLINI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, cit., p. 47; MESSINA, *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, cit., p. 112 ss.; MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, cit., p. 12.; PUTTI, *Il neoformalismo negoziale*, cit., p. 360 ss.; ZORZI GALGANO, *Lo jus poenitendi del consumatore*, cit., p. 55.

7. *I contratti del consumatore nella disciplina italo-comunitaria e la tutela dell'equilibrio normativo del contratto: a) contratti negoziati fuori dei locali commerciali*

Il diritto comunitario, come accennato, ha provveduto mediante svariati interventi legislativi destinati a specifiche tipologie di transazioni commerciali, a tutelare l'equilibrio normativo del contratto, secondo differenti modalità: dal punto di vista formale, richiedendo il requisito della scrittura al fine di richiamare l'attenzione del contraente debole; da quello della tecnica compilativa ed interpretativa, imponendo uno stile chiaro e comprensibile e prevedendo un metodo esegetico favorevole al consumatore in caso di dubbio; da quello della corretta informazione, prescrivendo a carico dell'imprenditore specifici obblighi di trasparenza con riferimento al contenuto e alle conseguenze dell'accordo; da quello della stabilità del contratto, legittimando il consumatore a liberarsi senza alcun pregiudizio economico dal vincolo contrattuale, in presenza di modifiche del contenuto del negozio unilateralmente apportate dall'imprenditore dopo la conclusione, o a seguito di un semplice ripensamento⁹⁷¹.

In questa linea si colloca la direttiva 85/577/CEE relativa ai "contratti negoziati fuori dei locali commerciali", le cui disposizioni attuate con il d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, sono confluite negli artt. 45-49 cod. cons.⁹⁷².

Tale normativa è intervenuta al fine di tutelare il consumatore che viene a trovarsi in situazione di debolezza quando addiviene alla stipulazione di un contratto fuori dei locali utilizzati dal professionista per lo svolgimento della sua attività di impresa.

Infatti, si è rilevato come nell'ipotesi menzionata il consumatore possa trovarsi non preparato dinanzi all'iniziativa commerciale dell'imprenditore, potendo essere indotto alla conclusione di un contratto, che non avrebbe posto in essere ove avesse avuto il tempo di ponderare con calma ed attenzione la convenzione, l'utilità e le altre circostanze riferite alla natura della specifica tipologia negoziale⁹⁷³.

A questo quadro circostanziale si riferisce l'art. 45 cod. cons., che definisce l'ambito di applicazione della disciplina, circoscrivendola ai contratti riguardanti la fornitura di beni o

971 Sul punto si rinvia all'ampia bibliografia in precedenza citata. Nello specifico si v. FEBBRAJO, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, cit., p. 7 ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 13 ss.; GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 641 ss.; DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 222 ss.; MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, cit., p. 698; DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, cit., p. 301 ss.; AMAGLINI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, cit., p. 47; MESSINA, "Libertà di forma" e nuove forme negoziali, cit., p. 112 ss.; MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, cit., p. 12.; PUTTI, *Il neoformalismo negoziale*, cit., p. 360 ss.; DI MAJO, *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, cit., p. 528 ss.; STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1027 ss.; ZORZI GALGANO, *Lo jus poenitendi del consumatore*, cit., p. 55; ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 75; A. M. GAMBINO, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., p. 252 ss.; BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, cit., p. 380; DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del <<diritto di recesso>>: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, cit., p. 355.

972 v. JANNARELLI, *La tutela dei consumatori nella negoziazione fuori dai locali commerciali: introduzione generale*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di Id., Napoli, 1995; ASTONE, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Tratt. dir. priv. europ.*, a cura di Lipari, Padova, 2003, p. 30 ss.; MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50)*, Torino, 1998, p. 13 ss.; PIZZOLANTE, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 389 ss.

973 v. MUSIO, *I contratti conclusi fuori dai locali commerciali*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, cit., p. 284, il quale rileva come "in questo tipo di contrattazioni il consumatore viene, di norma, a trovarsi in una situazione psicologica subalterna rispetto al professionista e, proprio per questo, non è in grado di valutare correttamente l'utilità e la convenienza dell'operazione propositagli. In effetti, mentre nell'ipotesi in cui è il consumatore a recarsi presso locali commerciali egli è preparato alla trattativa e normalmente determinato ad acquistare un bene o un servizio, nel caso, invece, in cui sia il professionista a sollecitare l'acquisto in luoghi diversi rispetto ai locali di vendita, l'acquirente si trova colto di sorpresa e, quindi, non pronto a valutare adeguatamente la convenienza e l'opportunità dell'operazione economica".

servizi, in qualunque forma conclusi, stipulati: durante una visita del professionista al domicilio del consumatore o al suo posto di lavoro; ovvero anche in locali in cui questi si trovi temporaneamente per motivi di studio, cura o lavoro; nel corso di un'escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali; in un'area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d'ordine; per corrispondenza o sulla base di un catalogo visionato dal consumatore in assenza del professionista; ed in generale nei casi di proposte contrattuali effettuate in condizioni analoghe a quelle indicate, per le quali non sia giunta l'accettazione del professionista medesimo⁹⁷⁴.

Le situazioni appena descritte rendono evidente la posizione di asimmetria di potere negoziale in cui viene a trovarsi il contraente debole, non preparato alla contrattazione, rispetto alla quale il legislatore italo-comunitario ha ritenuto di dover intervenire al fine di ripristinare l'equilibrio contrattuale menomato dall'effetto sorpresa determinato dall'iniziativa del professionista.

La "sorpresa", infatti, è ritenuta idonea ad incidere sul processo interno di autodeterminazione del consumatore alla conclusione del contratto, inducendolo al compimento di atti giuridicamente rilevanti, fondati su una volontà non genuinamente formatasi⁹⁷⁵.

La norma non fa riferimento a specifiche fattispecie negoziali, richiedendo soltanto che si tratti di contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni o servizi, e, per contro, escludendo espressamente, nell'art. 46 cod. cons.⁹⁷⁶, alcune tipologie, in ragione della loro particolare natura ovvero del modesto valore⁹⁷⁷.

Ma il "cuore" della regolamentazione protezionistica predisposta dal legislatore italo-comunitario risiede nella disciplina del diritto di recesso – inteso come *jus poenitendi* ossia

974 Sottolinea ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2003, p. 255 ss., come "la Direttiva si applica comunque a tutte le ipotesi di vendita a domicilio, siano esse eseguite con le tecniche della offerta fatta "porta a porta", ovvero telefonicamente, o mediante l'invio di campioni, di cataloghi, o di inviti specifici; anche le c. d. vendite imposte, pertanto, ricadono sotto questa Direttiva. Il solo fatto del mutamento del luogo della vendita, operato dai locali dell'impresa al domicilio del consumatore, costituisce presupposto sufficiente per assoggettare tutte le vendite alla disciplina progettata, senza differenziazione alcuna delle tecniche di distribuzione del prodotto".

975 v. sul punto GALLO, *Trattato del contratto*, cit., p. 829, il quale rileva come "in dottrina si è parlato di effetto sorpresa, tenuto conto del fatto che il consumatore raggiunto dal professionista al suo domicilio, o in luoghi diversi da quelli tradizionalmente deputati agli scambi commerciali, può essere indotto a concludere contratti a condizioni svantaggiose o che comunque non avrebbe concluso se idoneamente informato, o se avesse avuto la possibilità di confrontare più offerte"; in generale sul ruolo della "sorpresa" nella formazione del consenso v. GIANOLA, Voce "Sorpresa", cit., p. 510 ss.

976 Art. 46 cod. cons. (*Esclusioni*). 1. Sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni della presente sezione: a) i contratti per la costruzione, vendita e locazione di beni immobili ed i contratti relativi ad altri diritti concernenti beni immobili, con eccezione dei contratti relativi alla fornitura di merci e alla loro incorporazione in beni immobili e dei contratti relativi alla riparazione di beni immobili; b) i contratti relativi alla fornitura di prodotti alimentari o bevande o di altri prodotti di uso domestico corrente consegnati a scadenze frequenti e regolari; c) i contratti di assicurazione; d) i contratti relativi a strumenti finanziari. 2. Sono esclusi dall'applicazione della presente sezione anche i contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni o la prestazione di servizi per i quali il corrispettivo globale che deve essere pagato da parte del consumatore non supera l'importo di 26 euro, comprensivo di oneri fiscali ed al netto di eventuali spese accessorie che risultino specificamente individuate nella nota d'ordine o nel catalogo o altro documento illustrativo, con indicazione della relativa causale. Si applicano comunque le disposizioni della presente sezione nel caso di più contratti stipulati contestualmente tra le medesime parti, qualora l'entità del corrispettivo globale, indipendentemente dall'importo dei singoli contratti, superi l'importo di 26 euro.

977 Rileva, condivisibilmente, CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 73, come "La diffusione delle fattispecie di vendita fuori dai locali commerciali è tale da far assumere alle regole in esame una portata di carattere generale, indipendentemente dalla regolamentazione di singole tipologie di contratti, che pure il legislatore sta via via introducendo".

come diritto di ripensamento –, contenuta negli artt. 64-67 e 47-48 cod. cons., diretti a riequilibrare le posizioni delle parti⁹⁷⁸.

L'art. 64 cod. cons.⁹⁷⁹ prevede che, per i contratti e per le proposte contrattuali a distanza o negoziate fuori dai locali commerciali, il consumatore ha sempre il "diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo", secondo le modalità indicate nella legge, entro dieci giorni.

La decorrenza di questo termine, è differentemente individuata dall'art. 65 cod. cons., a seconda delle circostanze concrete in cui è avvenuta la negoziazione, riferita ai contratti indicati nel primo comma dell'art. 45 cod. cons.⁹⁸⁰.

Il professionista, ai sensi dell'art. 47 cod. cons.⁹⁸¹, è tenuto ad informare per iscritto il consumatore del diritto di recesso a lui spettante per legge, indicando i termini, le modalità e le

978 v. A. M. GAMBINO, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., p. 252 ss.; BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, cit., p. 380; ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 555; DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del <<diritto di recesso>>: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, cit., p. 355.

979 Art. 64 cod. cons. (*Esercizio del diritto di recesso*). 1. Per i contratti e per le proposte contrattuali a distanza ovvero negoziati fuori dai locali commerciali, il consumatore ha diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di dieci giorni lavorativi, salvo quanto stabilito dall'articolo 65, commi 3, 4 e 5. 2. Il diritto di recesso si esercita con l'invio, entro i termini previsti dal comma 1, di una comunicazione scritta alla sede del professionista mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. La comunicazione può essere inviata, entro lo stesso termine, anche mediante telegramma, telex, posta elettronica e fax, a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro le quarantotto ore successive; la raccomandata si intende spedita in tempo utile se consegnata all'ufficio postale accettante entro i termini previsti dal codice o dal contratto, ove diversi. L'avviso di ricevimento non è, comunque, condizione essenziale per provare l'esercizio del diritto di recesso. 3. Qualora espressamente previsto nell'offerta o nell'informazione concernente il diritto di recesso, in luogo di una specifica comunicazione è sufficiente la restituzione, entro il termine di cui al comma 1, della merce ricevuta.

980 cfr. GIAMPIETRAGLIA, *Il diritto di recesso nei contratti con i consumatori*, in *Europa y los nuevos limites de la autonomia privada*, a cura di Ossorio Serrano, Granata-Roma-Napoli, 2005, p. 187 ss.; LO BUONO, *Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di Jannarelli, cit., p. 132.

981 Art. 47 cod. cons. (*Informazione sul diritto di recesso*). 1. Per i contratti e per le proposte contrattuali soggetti alle disposizioni della presente sezione, il professionista deve informare il consumatore del diritto di cui agli articoli da 64 a 67. L'informazione deve essere fornita per iscritto e deve contenere: a) l'indicazione dei termini, delle modalità e delle eventuali condizioni per l'esercizio del diritto di recesso; b) l'indicazione del soggetto nei cui riguardi va esercitato il diritto di recesso ed il suo indirizzo o, se si tratti di società o altra persona giuridica, la denominazione e la sede della stessa, nonché l'indicazione del soggetto al quale deve essere restituito il prodotto eventualmente già consegnato, se diverso. 2. Qualora il contratto preveda che l'esercizio del diritto di recesso non sia soggetto ad alcun termine o modalità, l'informazione deve comunque contenere gli elementi indicati nella lettera b) del comma 1. 3. Per i contratti di cui all'articolo 45, comma 1, lettere a), b) e c), qualora sia sottoposta al consumatore, per la sottoscrizione, una nota d'ordine, comunque denominata, l'informazione di cui al comma 1 deve essere riportata nella suddetta nota d'ordine, separatamente dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento. Una copia della nota d'ordine, recante l'indicazione del luogo e della data di sottoscrizione, deve essere consegnata al consumatore. 4. Qualora non venga predisposta una nota d'ordine, l'informazione deve essere comunque fornita al momento della stipulazione del contratto ovvero all'atto della formulazione della proposta, nell'ipotesi prevista dall'articolo 45, comma 2, ed il relativo documento deve contenere, in caratteri chiaramente leggibili, oltre agli elementi di cui al comma 1, l'indicazione del luogo e della data in cui viene consegnato al consumatore, nonché gli elementi necessari per identificare il contratto. Di tale documento il professionista può richiederne una copia sottoscritta dal consumatore. 5. Per i contratti di cui all'articolo 45, comma 1, lettera d), l'informazione sul diritto di recesso deve essere riportata nel catalogo o altro documento illustrativo della merce o del servizio oggetto del contratto, o nella relativa nota d'ordine, con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli delle altre informazioni concernenti la stipulazione del contratto, contenute nel documento. Nella nota d'ordine, comunque, in luogo della indicazione completa degli elementi di cui al comma 1, può essere riportato il solo riferimento al diritto di esercitare il recesso, con la specificazione del relativo termine e con rinvio alle indicazioni contenute nel catalogo o altro documento illustrativo della merce o del servizio per gli ulteriori elementi previsti nell'informazione. 6. Il professionista non

condizioni poste all'esercizio dello stesso e gli estremi identificativi del soggetto nei cui confronti si può avvalere di siffatta facoltà⁹⁸².

Sono previsti, oltre la scrittura, specifici requisiti di forma per queste informazioni: per i contratti stipulati durante una visita del professionista al domicilio o al posto di lavoro del consumatore ovvero nel corso di un'escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali o in un'area pubblica o aperta al pubblico, esse devono risultare dalla nota d'ordine – di cui deve essere consegnato un esemplare al consumatore – separatamente dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli degli altri elementi del testo negoziale. Qualora non sia stata predisposta una nota d'ordine, le informazioni dovranno comunque essere fornite al momento della conclusione del contratto o della formulazione della proposta e risultare da un apposito documento, redatto secondo le modalità su indicate, di cui il consumatore potrà chiedere una copia sottoscritta⁹⁸³.

Nel caso di contrattazione per corrispondenza o sulla base di un catalogo visionato dal consumatore in assenza del professionista ed in generale di proposte contrattuali, le indicazioni relative al recesso dovranno essere riportate nello stesso catalogo od in altro documento illustrativo della merce o del servizio oggetto del contratto ovvero nella nota d'ordine⁹⁸⁴.

L'esercizio del recesso da parte del consumatore determina lo scioglimento del contratto e la liberazione delle parti dalle rispettive obbligazioni (art. 66 cod. cons.).

Tuttavia, nell'ipotesi in cui queste siano state in tutto o in parte adempiute, dal venir meno del contratto derivano ulteriori obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di rimborso e restituzione, onde evitare che possano residuare dei trasferimenti patrimoniali che, essendo divenuti privi di una titolo, diano luogo ad arricchimenti ingiustificati (art. 67 cod. cons.⁹⁸⁵).

potrà accettare, a titolo di corrispettivo, effetti cambiari che abbiano una scadenza inferiore a quindici giorni dalla stipulazione del contratto e non potrà presentarli allo sconto prima di tale termine.

982 v. MUSIO, *I contratti conclusi fuori dai locali commerciali*, cit., p. 301, il quale, in merito alla indicazione dei dati identificativi del venditore, rileva come "E' evidente che la necessità di individuare il destinatario della manifestazione di recesso deriva dalla natura recettizia del recesso stesso che, per poter produrre effetto, deve essere portato a conoscenza del suo destinatario (art. 1334 c. c.). Se il consumatore non fosse in grado di sapere a chi inviare la dichiarazione con la quale esprime la sua intenzione di avvalersi di questo suo diritto, egli vedrebbe di fatto neutralizzato il diritto che non potrebbe produrre alcun effetto".

983 cfr. ASTONE, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, cit., p. 30 ss.; MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50)*, cit., p. 13 ss.

984 v. anche CARTELLA, *La disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 753, il quale rileva come "ragioni di carattere pratico indurranno a preferire l'incorporazione dell'informazione nel catalogo" e ciò poiché spesso in tale tipologia negoziale "il catalogo può costituire la base di ordini fatti per corrispondenza tramite l'uso del buono d'ordine, come di ordini fatti telefonicamente. In questo caso [...] se l'informazione non è inserita nel catalogo l'operatore commerciale si trova in difficoltà nel provare che il consumatore è stato informato in ordine al diritto di recesso. Se viceversa nel catalogo o nell'altro documento illustrativo del prodotto o del servizio oggetto del contratto è già contenuta l'informazione, nella nota d'ordine [...] può essere riportato il solo riferimento al diritto di recesso, con la specificazione del relativo termine con rinvio alle indicazioni contenute nel catalogo o nel documento informativo per gli ulteriori elementi dell'informazione".

985 Art. 67 cod. cons. (*Ulteriori obbligazioni delle parti*). 1. Qualora sia avvenuta la consegna del bene il consumatore è tenuto a restituirlo o a metterlo a disposizione del professionista o della persona da questi designata, secondo le modalità ed i tempi previsti dal contratto. Il termine per la restituzione del bene non può comunque essere inferiore a dieci giorni lavorativi decorrenti dalla data del ricevimento del bene. Ai fini della scadenza del termine la merce si intende restituita nel momento in cui viene consegnata all'ufficio postale accettante o allo spedizioniere. 2. Per i contratti riguardanti la vendita di beni, qualora vi sia stata la consegna della merce, la sostanziale integrità del bene da restituire è condizione essenziale per l'esercizio del diritto di recesso. È comunque sufficiente che il bene sia restituito in normale stato di conservazione, in quanto sia stato custodito ed eventualmente adoperato con l'uso della normale diligenza. 3. Le sole spese dovute dal consumatore per l'esercizio del diritto di recesso a norma del presente articolo sono le spese dirette di restituzione del bene al mittente, ove espressamente previsto dal contratto. 4. Se il diritto di recesso è esercitato dal consumatore conformemente alle disposizioni della presente sezione, il professionista è tenuto al rimborso delle somme versate dal consumatore, ivi comprese le somme versate a titolo di caparra. Il rimborso deve avvenire gratuitamente, nel minor tempo possibile e in ogni caso entro trenta giorni dalla data in cui il professionista è venuto a conoscenza dell'esercizio del diritto di

Nel caso di contratti aventi ad oggetto prestazioni di servizi, che siano già state eseguite, l'irripetibilità degli stessi esclude l'esperibilità del recesso (art. 48 cod. cons.)⁹⁸⁶.

La disciplina esaminata è finalizzata a riequilibrare l'asimmetria contrattuale tra le parti sul piano normativo, riconoscendo un ruolo primario all'istituto del recesso, applicabile a livello generale in deroga alla normativa di diritto comune, ed imponendo un elevato livello di trasparenza in ordine alle condizioni di esercizio dello stesso ed alle conseguenze che ne discendono, realizzato per mezzo di precisi obblighi informativi e vincoli formali, secondo la consueta tecnica utilizzata dal legislatore italo-comunitario⁹⁸⁷.

7.1. b) contratti a distanza.

Il Codice del consumo disciplina negli artt. 50-61 – nei quali è confluita con modificazioni la regolamentazione contenuta nella direttiva 97/7 CE recepita con il d.lgs 22 maggio 1999, n. 185 - i contratti a distanza, cioè i negozi aventi ad oggetto beni o servizi conclusi tra un professionista ed un consumatore nell'ambito di un sistema di vendite commerciali che si svolge tra le parti a distanza, mediante l'impiego di tecniche di comunicazione idonee a determinare la conclusione dell'accordo⁹⁸⁸. Tali tecniche non definite con precisione nella norma, sono individuabili in qualsiasi strumento idoneo a consentire il compimento dell'operazione negoziale, senza che vi sia la simultanea presenza fisica del professionista e del consumatore⁹⁸⁹.

recesso da parte del consumatore. Le somme si intendono rimborsate nei termini qualora vengano effettivamente restituite, spedite o riaccreditate con valuta non posteriore alla scadenza del termine precedentemente indicato. 5. Nell'ipotesi in cui il pagamento sia stato effettuato per mezzo di effetti cambiari, qualora questi non siano stati ancora presentati all'incasso, deve procedersi alla loro restituzione. È nulla qualsiasi clausola che preveda limitazioni al rimborso nei confronti del consumatore delle somme versate in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso. 6. Qualora il prezzo di un bene o di un servizio, oggetto di un contratto di cui al presente titolo, sia interamente o parzialmente coperto da un credito concesso al consumatore, dal professionista ovvero da terzi in base ad un accordo tra questi e il professionista, il contratto di credito si intende risolto di diritto, senza alcuna penalità, nel caso in cui il consumatore eserciti il diritto di recesso conformemente alle disposizioni di cui al presente articolo. È fatto obbligo al professionista di comunicare al terzo concedente il credito l'avvenuto esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore. Le somme eventualmente versate dal terzo che ha concesso il credito a pagamento del bene o del servizio fino al momento in cui ha conoscenza dell'avvenuto esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore sono rimborsate al terzo dal professionista, senza alcuna penalità, fatta salva la corresponsione degli interessi legali maturati.

986 v. FARNETI, Commento "Art. 48 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 436; GELLI, *Condizioni per l'esercizio del diritto di recesso*, in *Decreto legislativo 15.1.1992 n. 50, Attuazione della direttiva n. 85/577/CE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, a cura di Lipari, in *Nuov. leg. civ. comm.*, 1993, p. 218 ss.

987 Con riferimento specifico alla disciplina in esame, v. DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 241, il quale rileva come "i contratti negoziati fuori dei locali commerciali si pongono come un nuovo modello di contratto e di mercato, caratterizzato da un nuovo meccanismo di contrattazione che pone il consumatore, parte debole del rapporto contrattuale, in posizione di asimmetria informativa rispetto al professionista. Le tecniche di contrattazione, proprie di questa tipologia contrattuale, tendono a superare il sistema di confronto tipico della contrattazione tradizionale, e a sfruttare l'isolamento del consumatore dal circuito delle informazioni. L'intervento del legislatore comunitario e, di conseguenza, del legislatore italiano, ha inteso ripristinare una posizione di parità tra le parti, che avvicinasse, il più possibile, tale nuovo modello contrattuale a quello tradizionale: tale obiettivo è stato perseguito attraverso l'introduzione di specifiche disposizioni che obbligano la parte contrattualmente più forte a rendere determinate informazioni al consumatore".

988 v. DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, Milano, 1999; ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contr.*, 1999, p. 849 ss.; FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002; REGOLI, *La direttiva 97/7/CE riguardante la protezione del consumatore nei contratti a distanza*, in *Contr. e impr. eur.*, 1997, p. 835 ss.

989 v. Cass. civ., Sez. III, 3 ottobre 2005, n. 19304, in *CED Cassazione*, 2005, in cui si afferma che "In tema di contratti a distanza, la competenza territoriale inderogabile del giudice del luogo di residenza o di domicilio del

Ne sono esclusi i contratti relativi ai servizi finanziari o conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati; quelli conclusi con operatori di telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici; quelli relativi alla costruzione e disposizione di immobili, tranne le locazioni; quelli conclusi nelle vendite all'asta (art. 51 cod. cons.)⁹⁹⁰.

La normativa in esame attualmente ha una grande importanza a causa della diffusione generalizzata delle negoziazioni a distanza, realizzate prevalentemente mediante l'ausilio di strumenti informatici e su scala internazionale, sicché può dirsi che tale modello rappresenta lo schema "tipico" delle contrattazioni nell'ambito del mercato globale⁹⁹¹.

Tuttavia, è evidente che le accennate tecniche non possono pregiudicare il consumatore, il quale, essendo limitato nell'acquisizione delle informazioni pre-contrattuali, non è in grado di interagire simultaneamente con il venditore del bene o del servizio⁹⁹².

A tale squilibrio – aggravato dalla circostanza che la conclusione del contratto non è preceduta dalle trattative – la legge italo-comunitaria fa fronte mediante la predisposizione di una serie di rimedi atti a ripianare l'originaria asimmetria, sul piano essenzialmente normativo, in diverse direzioni: definendo dettagliatamente le informazioni che il consumatore ha diritto di ricevere e la collocazione cronologica delle stesse rispetto alla conclusione del contratto; attribuendo al contraente debole lo *jus poenitendi*; introducendo particolari limitazioni con riferimento a specifiche tecniche di comunicazione a distanza⁹⁹³.

consumatore, prevista dall'art. 14 del d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 per le relative controversie, non si estende ai contratti relativi ai servizi finanziari, i quali, ai sensi dell'art. 2, lettera a), restano esclusi dall'ambito applicativo della disciplina introdotta dal d.lgs. citato, ferma restando, per le clausole che derogano alla competenza del giudice del luogo di residenza o domicilio elettivo del consumatore, l'applicabilità della disciplina generale delle clausole vessatorie, dettata dagli artt. 1469-bis e ss. cod. civ.; la precisa indicazione dei servizi finanziari, contenuta nell'elenco indicativo di cui all'allegato II del d.lgs. n. 185 del 1999, non consente, peraltro, d'includervi qualsiasi servizio che possa avere attinenza con il settore finanziario, con la conseguenza che non può ritenersi escluso dal campo di applicazione dell'art. 14 un contratto avente ad oggetto la prestazione di un servizio consistente nella fornitura d'informazioni sull'andamento dei mercati finanziari e su possibili strategie d'investimento".

990 La diversità delle ipotesi indicate nell'art. 51 cod. cons. ha portato la dottrina a desistere dal tentativo di individuare tra le stesse una *ratio* comune di collegamento, ascrivendo per contro la motivazione dell'esclusione a ragioni differenti da caso a caso. v. al riguardo VIGLIONE, commento "Art. 51 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristoforo e Zaccaria, cit., p. 443 ss.

991 v. SCANNICCHIO, *La vendita a distanza con mezzi di comunicazione istantanei*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di Jannarelli, cit., p. 193 ss.

992 v. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di Gabrielli e Minervini, cit., p. 719, la quale afferma che "Il consumatore già nella fase di semplice valutazione dell'opportunità della contrattazione deve essere <<aiutato>> da alcune informazioni per evitare o diminuire il rischio che il fornitore possa profittare della circostanza che non vi è visione diretta del bene offerto e non si possono accertare materialmente con sufficiente precisione le caratteristiche tecniche del bene o del servizio offerto. Le informazioni precontrattuali assurgono, così, a mezzo di riequilibrio per una contrattazione che sembra contrassegnata dall'assenza di trattative e dalla standardizzazione del regolamento; quasi che si possa azzerare il rapporto tra le parti, sostituendolo con il <<rapporto fisico fra le merci e la massa degli acquirenti>>".

993 v. SAPORITO, *I contratti a distanza*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, cit., p. 319-320, la quale rileva come "La formazione del contratto a distanza è, invero, un'attività composita, che consta di più fasi (negoiazione, stipulazione, conclusione, esecuzione, recesso), dirette a fornire un'adeguata protezione al consumatore nell'intero arco di tempo in cui si articola il <<rapporto di consumo>>, che va – conformemente al criterio che ha ispirato la selezione di norme confluite nel Codice – dal <<contatto sociale>> tra le parti al formale raggiungimento dell'in idem placitum ed, oltre, all'esecuzione delle rispettive obbligazioni, fermo restando il diritto per il c. d. contraente debole di <<pentirsi>>. L'endemica impossibilità di visionare il bene o servizio offerto a distanza e, conseguentemente, di acquistare una piena conoscenza delle sue caratteristiche e qualità determina (no), per un verso, un <<arretramento>> della soglia di tutela del consumatore al momento antecedente le vere e proprie trattative, testimoniato dalla previsione di pregnanti obblighi – in primo luogo di informazione – in capo al proponente, e, per altro verso, un sindacato del legislatore sul contenuto del contratto, che si realizza attraverso le disposizioni in materia di diritto di recesso, esecuzione del contratto da parte del fornitore, pagamento mediante carta, divieto di fornitura non richiesta, irrinunciabilità dei diritti da parte dei consumatori, legittimazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti".

In ordine alle informazioni pre-contrattuali, l'art. 52 cod. cons. stabilisce che il consumatore debba ricevere, in tempo utile e comunque prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, le seguenti informazioni: l'identità del professionista e, qualora sia previsto il pagamento anticipato, il suo indirizzo; le caratteristiche essenziali del bene o del servizio; il prezzo comprensivo di tasse, imposte e spese di consegna; le modalità di pagamento, di consegna del bene o di esecuzione del servizio ed in generale del contratto; l'esistenza del diritto di recesso, delle modalità di esercizio dello stesso e le conseguenze che da ciò discendono anche per ciò che concerne le azioni restitutorie; il costo della tecnica di comunicazione a distanza, se calcolato in modo diverso dalla tariffa base; la durata della validità dell'offerta e del prezzo, nonché la durata minima del contratto nel caso di negozi relativi alla fornitura di prodotti o alla prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica⁹⁹⁴.

La norma sancisce, inoltre, la piena operatività del principio di trasparenza in materia, stabilendo che le informazioni devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza che è stata utilizzata, "*osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali*", da doversi valutare alla stregua "*delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili*". Il riferimento alla buona fede assume chiaramente una connotazione oggettiva, quale regola di condotta che deve ispirare il comportamento del professionista e la cui concreta osservanza deve essere riscontrata sulla base del parametro del consumatore "*particolarmente vulnerabile*"⁹⁹⁵. Quest'ultimo riferimento non allude alla capacità di agire del contraente, ma alla sua particolare "influenzabilità" nelle attività commerciali, dovuta a ragioni culturali, sociali o all'età, e conseguentemente ad una situazione di debolezza "sostanziale"⁹⁹⁶.

Con questa statuizione si attua un significativo innalzamento dello standard di tutela comunitaria del consumatore, nella dimensione personalistica, con particolare considerazione del suo diverso grado di "avvedutezza" nella conduzione della attività negoziale.

Nell'ambito delle comunicazioni telefoniche viene prescritto, a pena di nullità del contratto, l'obbligo del professionista di dichiarare in modo inequivocabile, all'inizio della telefonata, la propria identità e lo scopo commerciale della comunicazione. Inoltre, il terzo comma dell'art. 65 cod. cons. riconosce al consumatore, in caso di mancata osservanza degli obblighi informativi previsti al primo comma lett. f) e g) dell'art. 52 cod. cons., il diritto di recedere dal

994 v. sul punto DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, cit., p. 17 ss.; REGOLI, *La direttiva 97/7/CE riguardante la protezione del consumatore nei contratti a distanza*, cit., p. 835 ss.; PIZZOLANTE, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore*, cit., p. 389 ss.; ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, cit., p. 849 ss.

995 Ritiene, invece, SAPORITO, *I contratti a distanza*, cit., p. 335, che la regola di buona fede non integri una regola di condotta, ma di validità. Al riguardo, infatti, l'A. afferma che "L'assorbimento degli obblighi di informazione nei principi di correttezza e lealtà contrattuali non rappresenta [...] una valida opzione ricostruttiva. L'informazione costituisce, invero, un obbligo di contenuto, normativamente imposto, la cui violazione, lungi dal determinare una responsabilità di tipo precontrattuale, genera un vero e proprio inadempimento"; cfr. DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, cit., p. 17 ss.

996 Sul punto v. CINQUE, *Commento "Art. 52 cod. cons."*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristoforo a Zaccaria, cit., p. 452, il quale in ordine al significato dell'espressione "categorie di consumatori particolarmente vulnerabili", rileva come essa "si discosta da quella dell'art. 4 della dir. 1997/7/CE che prevede non uno, ma due distinti principi, quello di <<lealtà in materia di (...)>> e quello di <<protezione di coloro che (...)>>; inoltre, la direttiva non parla di <<consumatori particolarmente vulnerabili>>, ma di soggetti <<incapaci di manifestare il loro consenso>> (secondo le leggi del singolo Stato membro). L'essersi liberati della nozione tecnica di <<incapacità>> consente di ritenere compresi nella particolare protezione delineata dal legislatore anche categorie di soggetti – quali gli anziani – che, sebbene non incapaci, possono risultare influenzabili o meno avvedute, specie in una contrattazione a distanza".

contratto entro novanta giorni decorrenti "per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore" e "per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto"⁹⁹⁷.

Per quanto concerne la violazione delle ulteriori prescrizioni informative non si riscontra nella formulazione legislativa la previsione di sanzioni specifiche, con la conseguenza che deve ritenersi implicitamente richiamato il disposto di cui all'art. 36, comma secondo, cod. cons., riferito alla nullità, seppur nella variante "protettiva" introdotta dal Codice del consumo.

La tutela del consumatore, sul piano dell'equilibrio normativo collegato agli obblighi informativi, è rafforzato dalla previsione di cui all'art. 53 cod. cons., che prevede il diritto del contraente debole di ricevere, per iscritto o, a sua scelta, su altro supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile, la conferma di tutte le informazioni contemplate nel primo comma dell'art. 52 cod. cons., con la precisazione che questo adempimento deve avvenire prima o, al massimo, al momento della conclusione del contratto⁹⁹⁸.

Questa disposizione si inserisce nel binomio informazione-forma in cui si sostanzia il neoformalismo protettivo tipico del diritto comunitario dei contratti.

In ogni caso, al momento della stipulazione del negozio, il professionista deve fornire, con le modalità predette le informazioni pertinenti alle condizioni e modalità di esercizio del diritto di recesso; all'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può proporre gli eventuali reclami; ai servizi di assistenza ed alle garanzie commerciali esistenti, nonché alle condizioni di recesso dal contratto, qualora questo abbia una durata indeterminata ovvero ecceda l'anno⁹⁹⁹. L'art. 53, comma secondo, cod. cons. esclude dalla disciplina in esso considerata i servizi la cui esecuzione è immediata e concentrata in un unico momento, benché anche in tale ipotesi il professionista sia tenuto ad indicare il proprio indirizzo geografico, al fine di consentire al contraente debole di proporre eventuali reclami.

997 v. SANNA, *Considerazioni a margine del d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 478, il quale pone dei dubbi sulla effettività della tutela a cui è deputata la disposizione in esame, asserendo che "sarà [...] ben arduo per il consumatore riuscire a dimostrare che, pur quando ciò corrisponda al vero, all'inizio della conversazione a <<fini contrattuali>>, egli non sia stato inequivocabilmente reso edotto dell'identità del fornitore e dello scopo commerciale della telefonata. La sanzione della nullità rischia di essere inutiliter data, se non si accompagna ad una previsione che ponga, nel contempo, a carico del fornitore, l'onere di provare l'adempimento dell'obbligo di informazione o di essere addirittura dannosa, qualora venga eccepita dallo stesso fornitore che valuti sconveniente <<sciogliersi>> in tal modo dal vincolo contrattuale".

998 v. sul punto v. DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuale*, cit., p. 297-298, il quale rileva la specificità della disciplina degli obblighi informativi con riferimento ai contratti a distanza, che costituiscono l'unica categoria negoziale "in cui il dovere di informazione del professionista è ripartito e viene considerato in due momenti distinti: a) prima della conclusione del contratto a distanza, grava sul professionista il dovere di mera informazione, ossia di comunicare determinate informazioni al consumatore, in qualunque forma e con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione utilizzata; b) prima o al momento dell'esecuzione del contratto, il professionista ha il dovere di documentare alcune delle informazioni precontrattuali, mediante la consegna, al consumatore, di un documento scritto o mediante altro supporto duraturo scelto dal consumatore e a lui accessibile. Nelle altre tipologie di contratti dei consumatori, invece, la parte contrattuale forte deve adempiere il dovere di informazione documentata già prima della conclusione del contratto. La ragione di tale novità è riposta nella particolare natura delle tecniche di comunicazione impiegate per la conclusione di un contratto a distanza, mediante le quali è possibile fornire, generalmente, solo informazioni non documentali, di conseguenza, il legislatore non ha voluto imporre, al professionista, l'obbligo di adottare la forma scritta nella fase delle trattative e della promozione del contratto, rinviandolo ad un momento successivo alla conclusione del contratto ma antecedente all'esecuzione".

999 v. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, cit., p. 69 ss.; REGOLI, *La direttiva 97/7/CE riguardante la protezione del consumatore nei contratti a distanza*, cit., p. 838 ss.; DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, cit., p. 22 ss.

Siffatta previsione ha provocato dubbi di comprensione, riconducibili al rilievo secondo cui non sarebbe possibile tutelare il consumatore, stante l'esecuzione istantanea del contratto, mediante il riconoscimento del diritto di recesso¹⁰⁰⁰.

La violazione degli obblighi di conferma appena considerati dà luogo all'applicazione delle sanzioni indicate nell'art. 65, comma terzo, cod. cons., che stabilisce il termine entro cui il consumatore potrà recedere dal contratto in novanta giorni, ed all'applicazione del quarto comma, che estende la detta prescrizione all'ipotesi in cui il professionista abbia fornito una informazione incompleta o errata che non consenta al consumatore il corretto esercizio dello *jus poenitendi*¹⁰⁰¹.

Se, però, la carenza informativa riguarda direttamente l'oggetto del contratto, non consentendone una definizione precisa sì da renderlo indeterminato, l'unica conseguenza sanzionatoria ragionevolmente prospettabile è la nullità del negozio¹⁰⁰².

Il diritto di recesso, costituente uno dei principali strumenti di riequilibrio normativo del contratto a distanza, oltre a trovare applicazione, come già visto, ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, a norma degli artt. 64 ss. cod. cons., può essere esercitato, ai sensi dell'art. 59 cod. cons., nelle ipotesi di vendite realizzate per il tramite di mezzi televisivi o audiovisivi, telematici e informatici, in relazione alle quali l'informazione sullo *jus poenitendi* "deve essere fornita nel corso della presentazione del prodotto o del servizio oggetto del contratto"¹⁰⁰³. Inoltre, nelle fattispecie specifiche di negozi destinati alla conclusione sulla base di una offerta televisiva, "l'informazione sul diritto di recesso deve essere fornita all'inizio e nel corso della trasmissione", in forma scritta, in ogni caso, non oltre il momento in cui avviene la consegna della merce; dalla data del ricevimento della merce decorre il termine per l'invio della comunicazione relativa all'esercizio dello *jus poenitendi*¹⁰⁰⁴.

La disciplina italo-comunitaria dei contratti a distanza è completata dalle disposizioni del Codice del consumo riferite ai termini posti a carico del professionista per l'esecuzione del contratto ed alle conseguenze sul rapporto negoziale in caso di indisponibilità del bene o servizio, nonché alla possibilità per il professionista di adempiere l'obbligazione mediante una fornitura diversa da quella pattuita, anche se di valore e qualità equivalenti o superiori, previo

1000 v. CINQUE, Commento "Art. 53 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristoforo a Zaccaria, cit., p. 457, il quale rileva come "la ratio della norma non è del tutto limpida, tuttavia sembra da ricercare nell'«incompatibilità» delle fattispecie richiamate dal 2° co. Dell'art. 53 con l'esercizio del diritto recesso; è precipuamente all'esercizio dello *jus poenitendi* che sono diretti gli adempimenti di cui al 1° co. dell'art. in commento".

1001 v. TORIELLO, *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contr. e impr. eur.*, 1997, p. 852 ss.; in giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. III sentenza 3 ottobre 2003, n. 14762, in cui si afferma che "L'informazione è incompleta quando manca l'esatta indicazione di tutte le circostanze che giustificano il recesso e la natura dei suoi termini di ricezione o di spedizione o di semplice comunicazione; l'informazione è scorretta o errata quando, pur nella completezza, mancano i requisiti di forma che ne impediscano la immediata e preventiva rilevanza, ancora prima di sottoscrivere il contratto o al tempo stesso della sua sottoscrizione".

1002 v. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, cit., p. 727, la quale afferma che "Occorre porsi il problema, se alla carenza degli obblighi di informazione relativi ad elementi strutturali si possa correlare, in via interpretativa, l'invalidità del contratto secondo i principi generali applicabili anche in questa ipotesi. Se si condivide l'impostazione che gli obblighi di informazione sono obblighi di contenuto della proposta e se si considera che tutte le negoziazioni non sono frutto di trattative tra offerenti e consumatori e che, anzi, si abbreviano i tempi decisionali di quest'ultimi con l'alto rischio che non possano ponderare bene la proposta ricevuta, è facile considerare che omissioni o infedeltà riguardano elementi del contratto, anche se dalla definizione normativa (informazioni preliminari) si potrebbe semplicisticamente dedurre un diverso ruolo".

1003 v. LO BUONO, *Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di Jannarelli, cit., p. 132 ss.; SAPORITO, *I contratti a distanza*, cit., p. 343 ss.; MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50)*, cit., p. 60 ss.

1004 v. DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 297-298.

consenso del consumatore (art. 54 cod. cons.¹⁰⁰⁵); alle esclusioni dell'operatività del diritto di recesso previsto dagli artt. 64 cod. cons. e ss. ed agli obblighi informativi e di conferma di cui agli artt. 52 e 53 cod. cons. (art. 55 cod. cons.¹⁰⁰⁶); al pagamento mediante carta (art. 56 cod. cons.); alle forniture non richieste dal consumatore, rispetto alle quali questi non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva (art. 57 cod. cons.¹⁰⁰⁷).

Un ultimo aspetto da affrontare è quello relativo alle limitazioni che il legislatore ha previsto con riferimento a specifiche tecniche di comunicazione a distanza.

L'art. 58, comma primo, cod. cons., prescrive che l'impiego, da parte del professionista per lo svolgimento di attività commerciale, del telefono, della posta elettronica o "di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax", necessita del consenso del consumatore preventivamente espresso, mentre, per altre tecniche di comunicazione a distanza, il comma secondo, richiede solo che il contraente debole non si dichiari esplicitamente contrario¹⁰⁰⁸.

Tale disposizione non incide sui profili inerenti all'equilibrio contrattuale, ma trova la *ratio* giustificativa nella tutela che l'ordinamento italo-comunitario riconosce alla vita privata del consumatore, quale esplicitazione esistenziale del sua personalità, proteggendolo da pratiche commerciali che, avvalendosi di strumenti di comunicazione capaci di insinuarsi in ambiti di vita riservata, possano assumere carattere "invasivo" o "aggressivo"¹⁰⁰⁹.

In via conclusiva, può osservarsi come la disciplina dei contratti a distanza integra uno dei settori nei quali è garantito un più elevato grado di protezione al consumatore, che, attraverso i

1005 Art. 54 cod. cons. (*Esecuzione del contratto*). 1. Salvo diverso accordo tra le parti, il professionista deve eseguire l'ordinazione entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui il consumatore ha trasmesso l'ordinazione al professionista. 2. In caso di mancata esecuzione dell'ordinazione da parte del professionista, dovuta alla indisponibilità, anche temporanea, del bene o del servizio richiesto, il professionista, entro il termine di cui al comma 1, informa il consumatore, secondo le modalità di cui all'articolo 53, comma 1, e provvede al rimborso delle somme eventualmente già corrisposte per il pagamento della fornitura. Salvo consenso del consumatore, da esprimersi prima o al momento della conclusione del contratto, il professionista non può adempiere eseguendo una fornitura diversa da quella pattuita, anche se di valore e qualità equivalenti o superiori.

1006 Art. 55 cod. cons. (*Esclusioni*). 1. Il diritto di recesso previsto agli articoli 64 e seguenti, nonché gli articoli 52 e 53 ed il comma 1 dell'articolo 54 non si applicano: *a*) ai contratti di fornitura di generi alimentari, di bevande o di altri beni per uso domestico di consumo corrente forniti al domicilio del consumatore, al suo luogo di residenza o al suo luogo di lavoro, da distributori che effettuano giri frequenti e regolari; *b*) ai contratti di fornitura di servizi relativi all'alloggio, ai trasporti, alla ristorazione, al tempo libero, quando all'atto della conclusione del contratto il professionista si impegna a fornire tali prestazioni ad una data determinata o in un periodo prestabilito. 2. Salvo diverso accordo tra le parti, il consumatore non può esercitare il diritto di recesso previsto agli articoli 64 e seguenti nei casi: *a*) di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine previsto dall'articolo 64, comma 1; *b*) di fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni dei tassi del mercato finanziario che il professionista non è in grado di controllare; *c*) di fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati o che, per loro natura, non possono essere rispediti o rischiano di deteriorarsi o alterarsi rapidamente; *d*) di fornitura di prodotti audiovisivi o di software informatici sigillati, aperti dal consumatore; *e*) di fornitura di giornali, periodici e riviste; *f*) di servizi di scommesse e lotterie.

1007 Art. 57 cod. cons. (*Fornitura non richiesta*). 1. Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso l'assenza di risposta non implica consenso del consumatore. 2. Salve le sanzioni previste dall'articolo 62, ogni fornitura non richiesta di cui al presente articolo costituisce pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 21, 22, 23, 24, 25 e 26.

1008 v. ATELLI (a cura di), *La disciplina del codice del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001, p. 266 ss.

1009 v. RICCI, Commento "Art. 58 cod. cons.", in *Codice ipertestuale del consumo*, diretto da Franzoni, cit., p. 227, la quale sottolinea come "Considerata nel suo complesso, la disposizione in esame si inquadra all'interno di un più ampio quadro normativo che si propone di garantire il diritto alla tranquillità individuale a fronte della diffusione incontrastata degli strumenti della tecnologia informatica e telematica per scopi di promozione, di pubblicità e di commercializzazione diretta. Le tecnologie utilizzate a fini pubblicitari possono risultare, infatti, aggressive e determinare forti interferenze nella vita privata degli utenti, che spesso vengono sottoposti loro malgrado all'invio di messaggi a contenuto pubblicitario, dagli stessi non sollecitati, con conseguente violazione della loro *privacy*".

penetranti obblighi informativi ed il diritto del contraente debole di recedere dal negozio, trova il principale riconoscimento.

7.2. c) la disciplina dei contratti bancari nel T.U.B.

Il settore dei rapporti bancari è stato assoggettato, a far tempo dagli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, ad un'ampia ed articolata disciplina da parte del legislatore italo-comunitario, finalizzata a tutelare il cliente rispetto allo strapotere finanziario dell'istituto di credito.

La prassi segue il modello della negoziazione di massa mediante contratti per adesione, stipulati senza l'interazione di trattative individuali.

La giurisprudenza negli ultimi decenni ha stigmatizzato gli abusi di tale posizione di potere contrattuale perpetrati dalle banche in danno della clientela, inserendo nei testi contrattuali clausole ambigue e di contenuto vessatorio.

Tale sistema operativo è stato praticato in tema di anatocismo bancario, laddove il diritto vivente ha reagito alla prassi dell'inserimento, nelle condizioni generali di contratto, di clausole di capitalizzazione degli interessi primari a cadenza temporale sfalsata, trimestrale in favore della banca ed annuale per il cliente, modificando nettamente l'orientamento precedente.

In contrasto con queste anomalie incidenti sull'equilibrio normativo dei contratti creditizi¹⁰¹⁰, il legislatore italo-comunitario ha seguito il consueto piano di intervento basato sulla realizzazione piena, nell'ambito delle contrattazioni, del principio di trasparenza esplicito nella prescrizione di penetranti obblighi informativi a carico dell'istituto di credito nella fase pre-contrattuale e nello svolgimento del rapporto¹⁰¹¹, nell'imposizione di incisivi vincoli di "forma"¹⁰¹², nel riconoscimento al cliente del diritto di recesso "impugnatorio"¹⁰¹³ nelle ipotesi in cui la banca, in esercizio dello *jus variandi*, modifichi unilateralmente le condizioni del contratto.

In tale contesto si collocano: le direttive 87/102/CEE e 88/90/CEE, attuate dalle leggi 19 febbraio 1992, n. 142 e 17 febbraio 1992, n. 154, recanti disposizioni per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari; la direttiva 89/646/CEE e il d.lgs 1° settembre 1993, n. 385, meglio noto come Testo unico delle leggi in materia bancaria (TUB).

Questo *corpus* normativo (al Titolo VI) regola la trasparenza delle condizioni contrattuali, individuandone l'ambito di applicazione nelle attività svolte in territorio italiano dalle banche e dagli intermediari finanziari (art. 115 TUB).

Sono ricompresi nel piano operativo di queste disposizioni tutte le operazioni ed i servizi di investimento e risparmio che intercorrono tra istituti di credito e clienti o che, comunque, si avvalgono dell'intermediazione di soggetti abilitati allo svolgimento di attività finanziaria,

1010 v. DALIA, *L'equilibrio normativo del contratto tra codice civile e leggi speciali*, cit., p. 3 ss.; TROIANI, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Art. 1469-bis 1° comma*, in *Clausole vessatorie e contratti del consumatore* a cura di Alpa e Patti, in *Commentario al Codice civile* diretto da Schelinger, Milano, 2003, p. 67 ss.

1011 v. MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, p. 698; CHIAPPETTA, *Il principio di autodeterminazione da leale informazione ed il corretto funzionamento del mercato*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di Perlingieri e Caterini, I, Rende-Napoli, 2004, p. 171 ss.

1012 cfr. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 641 ss.; AMAGLINI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, cit., p. 47; MESSINA, *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, cit., p. 112 ss.; MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, cit., p. 12.; PUTTI, *Il neoformalismo negoziale*, cit., p. 360 ss.; DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 397 ss.; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit., p. 133.

1013 v. DE NOVA, *Voce "Recesso"*, cit., p. 316 ss.

inclusi gli istituti "emittenti" moneta elettronica, secondo quanto stabilito dall'art. 114-*quater* TUB¹⁰¹⁴.

Il principio di trasparenza ha un riconoscimento più diretto nell'art. 116 TUB, il quale stabilisce che in ciascun locale aperto al pubblico per l'esercizio di attività creditizia e bancaria debbono essere pubblicizzati i tassi di interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti, compresi gli interessi di mora e le modalità per il calcolo degli interessi stessi; per le operazioni di finanziamento deve, altresì, essere pubblicizzato il tasso effettivo globale medio.

Viene espressamente esclusa l'ammissibilità del rinvio agli usi.

Questa previsione ha determinato un mutamento di orientamento giurisprudenziale in tema di anatocismo ed il riconoscimento della natura "negoziale" e non "normativa" delle disposizioni contenute nelle c. d. "norme bancarie uniformi"¹⁰¹⁵.

Il citato art. 116 TUB demanda all'autorità amministrativa il compito di determinare i parametri ed i criteri per assicurare la trasparenza delle operazioni finanziarie e creditizie, a tutela del cliente¹⁰¹⁶.

1014 v. CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2002, p. 202 ss.; RAZZANTE, *La <<trasparenza bancaria>> entra nell'ordinamento*, in *Le Soc.*, 2004, p. 38 ss.; ALPA, *Nota sulla trasparenza e delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr.*, 2003, p. 1045.

1015 v. *ex multis* Cass. civ. Sez. I, sentenza 11 novembre 1999, n. 12507, in *Corriere Giur.*, 1999, 12, p. 1485, nota di Carbone, in cui si afferma che "La clausola di un contratto bancario, che preveda la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, deve reputarsi nulla, in quanto si basa su un uso negoziale (ex art. 1340 c.c.) e non su un uso normativo (ex art. 1 ed 8 delle preleggi al c.c.), come esige l'art. 1283 c.c., laddove prevede che l'anatocismo (salve le ipotesi della domanda giudiziale e della convenzione successiva alla scadenza degli interessi) non possa ammettersi, "in mancanza di usi contrari". L'inserimento della clausola nel contratto, in conformità alle cosiddette norme bancarie uniformi, predisposte dall'A.B.I., non esclude la suddetta nullità, poichè a tali norme deve riconoscersi soltanto il carattere di usi negoziali non quello di usi normativi"; v. sempre per Cass. civ. Sez. I, sentenza 11 novembre 1999, n. 12507 in *Mass. Giur. It.*, 1999, secondo cui "La configurabilità di un uso normativo richiede due requisiti, l'uno - di natura oggettiva - consistente nella uniforme e costante ripetizione di un dato comportamento, l'altro - di natura soggettiva o psicologica - consistente nella consapevolezza di prestare osservanza, operando in un certo modo, ad una norma giuridica, di modo che venga a configurarsi una norma - sia pure di rango terziario, in quanto subordinata alla legge ed ai regolamenti - avente i caratteri della generalità e della astrattezza. L'esigenza del requisito soggettivo deve reputarsi imprescindibile, posto che altrimenti si ridurrebbe il fenomeno consuetudinario al rango della mera prassi; in dottrina v. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova giurisprudenza in materia di anatocismo: riflessioni critiche sul revirement della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1999, II, pp. 1873 ss.; PALMIERI - PARDOLESI, *Nota a Cass. 16.3.1999, n. 2374 e Cass. 30.3.1999, n. 3096*, in *Foro it.*, 1999, I, pp. 1154 ss.; DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: verso un revirement della Cassazione?*, in *Contr.*, 1999, p. 422 ss.; COTTINO, *La Cassazione muta indirizzo in tema di anatocismo*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1221; CARBONE, *Anatocismo e usi bancari: la Cassazione ci ripensa*, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 570 ss.

1016 Art. 116 T.U.B. (*Pubblicità*). 1. In ciascun locale aperto al pubblico sono pubblicizzati i tassi di interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi. 2. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la CONSOB e la Banca d'Italia, stabilisce, con riguardo ai titoli di Stato: a) criteri e parametri per la determinazione delle eventuali commissioni massime addebitabili alla clientela in occasione del collocamento; b) criteri e parametri volti a garantire la trasparente determinazione dei rendimenti; c) gli ulteriori obblighi di pubblicità, trasparenza e propaganda, da osservare nell'attività di collocamento. 3. Il CICR: a) individua le operazioni e i servizi da sottoporre a pubblicità; b) detta disposizioni relative alla forma, al contenuto, alle modalità della pubblicità e alla conservazione agli atti dei documenti comprovanti le informazioni pubblicizzate; c) stabilisce criteri uniformi per l'indicazione dei tassi d'interesse e per il calcolo degli interessi e degli altri elementi che incidono sul contenuto economico dei rapporti; d) individua gli elementi essenziali, fra quelli previsti dal comma 1, che devono essere indicati negli annunci pubblicitari e nelle offerte, con qualsiasi mezzo effettuati, con cui i soggetti indicati nell'art. 115 rendono nota la disponibilità delle operazioni e dei servizi. 4. Le informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico a norma dell'art. 1336 del codice civile.

Coerentemente con la linea italo-comunitaria di intervento, la funzione di assicurare la corretta formazione del consenso è ulteriormente rafforzata dalla previsione di cui all'art. 117 T.U.B., che impone specifici requisiti formali¹⁰¹⁷.

È prescritto, infatti, che i contratti debbano essere redatti per iscritto, col rilascio di un esemplare al cliente, fatta salva la possibilità del CICR di prevedere una forma diversa per particolari negozi sulla base di ragioni di ordine tecnico, sotto pena di nullità.

Inoltre, è essenziale l'indicazione del tasso di interesse e di ogni altro prezzo e condizione, inclusi, in caso di mora, gli eventuali maggiori oneri; l'eventuale *jus variandi* della banca, riferito agli indicati elementi, deve essere contemplato in un'apposita clausola contrattuale specificamente approvata dal cliente¹⁰¹⁸.

È ribadita la sanzione della nullità delle clausole di rinvio agli usi, per la determinazione dei tassi d'interesse e di ogni altro onere accessorio all'obbligazione principale, con la conseguente applicazione, anche a norma dell'art. 1339 c. c. che prevede l'inserzione di diritto di clausole obbligatorie, del tasso nominale minimo e di quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, mentre gli altri prezzi e condizioni pubblicizzate nel corso della durata del rapporto, per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi, non sono dovuti in mancanza di un'apposita pubblicità.

Un problema delicato, su cui è intervenuto il T.U.B., concerne il c. d. *jus variandi*, ossia il potere riconosciuto, in via di prassi negoziale, agli istituti di credito di modificare in corso di svolgimento del contratto, unilateralmente ed in senso sfavorevole al cliente, le clausole originariamente convenute¹⁰¹⁹.

Siffatta facoltà integra una vistosa deroga ai principi civilistici generali, in virtù dei quali il regolamento negoziale è il risultato della convergenza delle volizioni delle parti sul medesimo assetto di interessi: essa è stata (ed a certe condizioni ancora è) tradizionalmente riconosciuta alle banche in virtù della rilevanza pubblicistica della funzione di raccolta del credito¹⁰²⁰.

1017 Art. 117 T.U.B. (Contratti) 1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. 2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma. 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo. 4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. 5. La possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con clausola approvata specificamente dal cliente. 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. 7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto. 8. La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia".

1018 v. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1994, I, p. 473 ss.; RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro*, in *Banca bors. tit. cred.*, 1987, II, p. 94 ss.

1019 v. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999; CARRIERO, *Commento agli artt. 117 e 118 T. U. bancario*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2001, p. 910 ss.; SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (<<jus variandi>>) del rapporto contrattuale*, cit., p. 413 ss.; MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie*, cit., p. 186 ss.; NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, cit., p. 528 ss.

1020 v. SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, in *Effetti*, a cura di Costanza, in *Tratt. del contr.*, diretto da Roppo, III, Milano, 2006, p. 141 ss.

L’art. 118 T.U.B.¹⁰²¹, specificando la generica previsione dell’art. 117 TUB avente ad oggetto la predetta facoltà di apportare variazioni al contratto in danno del cliente, mediante una specifica clausola contrattuale da questo approvata, sotto pena di nullità, ha introdotto un meccanismo di parziale e non esaustiva garanzia in favore del contraente debole¹⁰²².

La normativa, infatti, fornisce una tutela apparente, più che reale, alla parte debole, in quanto legittima la clausola negoziale con cui si attribuisce all’istituto di credito lo *jus variandi* in ordine ai tassi, ai prezzi e alle altre condizioni di contratto, subordinandola al rispetto di particolari condizioni inidonee a garantire il complessivo equilibrio del regolamento negoziale.

Innanzitutto va osservato che l’art. 118 TUB ha una portata limitata ai c. d. contratti di durata, aventi ad oggetto molteplici prestazioni finanziarie destinate a protrarsi con carattere di continuità, e non estende la protezione ai singoli affari; inoltre, è dubbio se lo *jus variandi* operi solo con riferimento agli aspetti economici del negozio (quali tassi di interesse e prezzi vari) oppure riguardi anche i profili normativi, come lascerebbe intendere il generico richiamo alle “*altre condizioni di contratto*”.

Se si prende in considerazione la finalità limitativa a cui è volta la regolamentazione, in quanto destinata a riequilibrare normativamente le posizioni delle parti contraenti originariamente asimmetriche, sembra opportuno propendere per la prima soluzione, atteso che il riconoscimento in favore dell’istituto di credito di un potere di modificazione unilaterale di ogni clausola contrattuale, altro non farebbe che vanificare l’obiettivo a cui è diretta la disciplina del TUB.

In quest’ultimo caso, infatti, si riconoscerebbe alla banca un potere “generale” di alterare in corso di rapporto gli equilibri normativi che si era tentato di ristabilire nella fase precontrattuale e stipulativa mediante l’imposizione degli obblighi informativi e formali già considerati.

Pertanto, la modifica apportata al testo dell’art. 118 TUB dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141¹⁰²³ ha ristretto ulteriormente il tenore applicativo della disposizione, introducendo alcune

1021 Art. 118 T.U.B. (Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali) a seguito della modifica apportata dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248 di conversione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223. 1. Nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall’art. 1341, secondo comma, del codice civile. 2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula “Proposta di modifica unilaterale del contratto”, con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese dal contratto entro sessanta giorni. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all’applicazione delle condizioni precedentemente praticate. 3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. 4. Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.

1022 cfr. STESURI, *I contratti di credito al consumo tra jus variandi e trasparenza*, in *Contr.*, 2003, p. 304, il quale afferma che “Con riferimento all’esercizio dello *jus variandi* e al rispetto dell’obbligo d’informazione nei confronti del consumatore, ci si chiede quale sia la conseguenza giuridica delle variazioni *in peius* apportate al contratto senza la specifica approvazione del cliente e/o in violazione del dovere di comunicazione: la soluzione che appare più conforme alla ratio del T.U. 385/93, accolta anche dalla dottrina dominante, sembra essere quella della inefficacia assoluta delle modificazioni in danno del consumatore”; cfr. GAGGERO, *La disciplina del jus variandi nel Testo Unico bancario*, Padova, 1995, p. 367 ss.

1023 Art. 118 TUB (Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali) a seguito della modifica apportata dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 di attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori e di modifica del testo unico bancario. 1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo. 2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula “Proposta di

specificazioni. Nella nuova formulazione, infatti, al comma primo, si è introdotta una differenziazione di disciplina tra i contratti a tempo indeterminato, per i quali lo *jus variandi* può essere previsto con clausola specificamente approvata dal cliente, e gli “*altri contratti di durata*” – ossia quelli a tempo determinato - rispetto ai quali la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta soltanto per le clausole che non concernano i tassi di interesse e sempre che vi sia un giustificato motivo¹⁰²⁴.

Il riferimento ad “un giustificato motivo”, quale presupposto di esercizio dello *jus variandi*, pone delicati problemi esegetici conseguenti alla sua genericità¹⁰²⁵.

Affinché non si addivenga a risultati aberranti e lesivi della tutela del cliente, devono prendersi in considerazione le finalità ispiratrici della normativa.

Adottando un approccio teleologico, è possibile individuare nel potere di modifica unilaterale riconosciuto all’istituto di credito uno strumento preordinato al mantenimento nel corso del tempo degli originari rapporti di proporzione economica tra le prestazioni corrispettive delle parti, mutati per effetto di sopravvenienze oggettivamente riscontrabili nel mercato bancario e finanziario in generale.

Soltanto propendendo per tale configurazione è possibile “sottrarre” (per lo meno parzialmente) lo *jus variandi* dal rischio di un asservimento a finalità meramente egoistiche e lucrative della banca, riconducendolo nell’ambito dei rimedi previsti nei contratti di durata.

Inoltre, l’art. 118 TUB stabilisce che la facoltà di modificare unilateralmente i tassi e le altre condizioni del contratto per giustificato motivo, debba essere contemplata da clausola specificamente approvata dal cliente¹⁰²⁶.

modifica unilaterale del contratto”, con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all’applicazione delle condizioni precedentemente praticate. 3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. 4. Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente

1024 v. sul punto i rilievi di CENTINI, *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Contr.*, 2011, p. 393, il quale afferma che “Quanto all’ambito di applicazione della norma in esame è da considerare che, in luogo della precedente dizione <<contratti di durata>>, è stata effettuata una distinzione fra contratti a <<tempo indeterminato>> e <<altri contratti di durata>> intendendo quelli a tempi determinato. È interessante ricordare che l’originaria (ed unica) dizione “contratti di durata” era stata foriera di dubbi interpretativi ad una più attenta valutazione, tanto da far affermare che il riferimento <<rendeva labile l’ambito applicativo della norma>> [cit. SIRENA, *Lo ius variandi della banca dopo il c. d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *www.judicium.it*]. Ed ancora veniva rilevato che <<un interrogativo esegetico rimasto irrisolto è se tra i contratti di durata vadano compresi solo i contratti a tempo indeterminato o anche quelli a tempo determinato>> [cit. SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca bors. tit. cred.*, 2007, p. 254 ss.]. Alla luce di questa situazione si deve leggere l’originario intervento correttivo del testo, che aveva prospettato la sostituzione della citata dizione con <<contratti a tempo indeterminato>>”. Alla luce di queste premesse e del tenore della disposizione, l’A. afferma che “Il testo post modifica, evitando i precedenti dubbi interpretativi sulla portata del concetto contratti di durata, ha il pregio di prevedere una specifica e distinta disciplina per tutti i contratti di durata a seconda che questi abbiano durata indeterminata ovvero determinata. In quelli con durata determinata viene confermata la precedente disposizione, mentre per quelli con durata determinata viene confermata l’applicabilità della norma, escludendo però la possibilità di mutamento del tasso di interesse”.

1025 cfr. CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Studi in onore di Ugo Maiello*, I, Napoli, 2005, p. 289 ss.; IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, p. 76 ss.; BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *dir. banc. merc. fin.*, 2005, p. 24 ss.

1026 v. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. Ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contr.* 2011, p. 195-196, il quale rileva come “nel nuovo quadro normativo è scomparso il quinto comma dell’art. 117 e la formulazione dell’art. 118 comma 1, è adesso seccamente nel senso di una clausola “approvata specificamente”.

La dottrina ha diversamente risolto la questione concernente la sanzione da applicarsi nell'ipotesi in cui la detta prescrizione non sia stata osservata: si è orientata nel senso dell'inefficacia¹⁰²⁷, a norma del terzo comma del citato art. 118 TUB, secondo cui "le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli al cliente", ed ha riferito la sanzione alla singola clausola non specificamente approvata; è, viceversa, incline alla nullità, la tesi che si basa sul vizio radicale della clausola squilibratrice del rapporto.

La seconda soluzione appare preferibile anche in considerazione del fatto che la disciplina dettata per la clausola *de qua* dal TUB è sostanzialmente sovrapponibile a quella delle clausole vessatorie di cui agli artt. 33-37 cod. cons., ragione per cui, sembra opportuno propendere per la nullità, che, peraltro, potrebbe essere anche desunta dal sesto comma dell'art. 117 TUB, che considera nulle e non apposte le clausole contrattuali che "prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati"¹⁰²⁸.

Il secondo comma dell'art. 118 TUB impone alla banca, in osservanza del binomio protettivo informazione-forma, di comunicare al cliente qualsiasi modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, per iscritto e con diciture in parte predeterminate dalla legge, con l'osservanza di un termine di preavviso, ed il riconoscimento allo stesso del diritto di recedere dal contratto entro sessanta giorni, senza spesa o penalità alcuna¹⁰²⁹.

Al mancato rispetto di queste condizioni è connessa l'inefficacia-nullità delle variazioni operate dalla banca, qualora siano sfavorevoli al cliente.

Quindi un richiamo implicito all'art. 1341 comma 2 c. c.? E' quel che, istintivamente, verrebbe da suggerire: se non fosse che, nei contratti b2c, è acclarata l'inattitudine della specifica sottoscrizione ad emendare la vessatorietà di una clausola. Si potrebbe perciò pensare ad un rinvio all'art. 34 comma 4 cod. cons. immaginando così che soltanto una specifica trattativa individuale annulli l'abusività della clausola patrizia di *ius variandi*. Ma, questo poi diviene l'aspetto determinante, nella sola classe dei rapporti di consumo, col risultato di rinnovare surrettiziamente una disciplina binaria, oppure anche per i contratti b2b, sebbene non constino altre fattispecie ove l'elemento della trattativa faccia registrare un qualche valore esimente? [...] All'interprete che non voglia affannarsi in approcci ricostruttivi, magari sofisticati ma con più di una controdeduzione sistematica, rimane infatti una sola possibile lettura: intendere l'approvarsi specificamente alla stregua di una necessaria accettazione separata per iscritto, negli stessi termini quindi di cui all'art. 1284 comma 3 c. c. per altro, l'inefficacia delle modifiche, a causa del loro essere in tutto o in parte amorfe, è circoscritta dalla legge (art. 118 comma 3) a quelle sfavorevoli al cliente. Quindi, nel segno per altro della disciplina previgente, un'inefficacia unidirezionale".

1027 cfr. STESURI, *I contratti di credito al consumo tra jus variandi e trasparenza*, cit., p. 304; BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, cit., p. 24 ss.; CARRIERO, *Commento agli artt. 117 e 118 T. U. bancario*, cit., p. 910 ss.

1028 In tal senso v. GAGGERO, *La trasparenza dei contratti delle banche, degli intermediari finanziari e di credito al consumo*, in Carriero-Gaggero, *I servizi finanziari*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 588, il quale afferma che "L'inosservanza delle modalità di esercizio del *jus variandi* che, originariamente, il legislatore delegato aveva in parte precisato e, per altra parte, demandato alla determinazione del CICR in sede di attuazione della normativa primaria, già prima della citata novella era sanzionata con l'inefficacia delle variazioni contrattuali unilaterali, anziché con la nullità comminata dall'art. 117, 6° comma, per le clausole più sfavorevoli per il cliente dell'imprenditore bancario o finanziario rispetto alle condizioni pubblicizzate. Il t.u.b., dunque, fin dall'inizio ha fornito una protezione del contraente dell'imprenditore bancario o finanziario più incisiva rispetto al passato, quando il controllo sull'esercizio del *jus variandi* della banca poteva essere compiuto dalla giurisprudenza ricorrendo unicamente al principio di buona fede, ma è stata peraltro revocata in dubbio l'effettiva idoneità del modello a conseguire la finalità di protezione del cliente, atteso che l'estinzione del rapporto consolida in capo al sovenuto un debito immediatamente esigibile da parte del finanziatore". Importante è inoltre il rilievo che l'A. in ordine alla disciplina delle clausole vessatorie, secondo cui "Sempre in ordine al *jus variandi* dell'imprenditore bancario o finanziario, si deve infine segnalare che la disciplina contenuta nel t.u.b. deve essere coordinata con le disposizioni concernenti le clausole abusive contenute nei contratti conclusi con i consumatori, che contengono espresse presunzioni di abusività di clausole aventi per l'appunto ad oggetto la riserva del *jus variandi* al prestatore di servizi finanziari".

1029 cfr. FAVALE, *Le clausole di forma scritta e la tutela del contraente debole*, in *Il diritto dei consumi*, III, cit., p. 239 ss.

Il quarto comma dell'art. 118 TUB dispone in particolare che le variazioni dei tassi di interesse, conseguenti a decisioni di politica monetaria, debbano operare contestualmente (ed egualmente) sia per i tassi creditori che per quelli debitori, in modo da escludere meccanismi e saggi differenziati rispetto alla banca ed al cliente.

Il principio di trasparenza, infine, a norma dell'art. 119 TUB, trova applicazione nei contratti di durata, imponendo alle banche e agli intermediari finanziari di comunicare alla scadenza e, comunque, almeno una volta all'anno, in modo chiaro, completo e preciso, le modalità di svolgimento del rapporto¹⁰³⁰.

In conclusione, sebbene la disciplina del TUB sia volta a tutelare il cliente, riconducendo le posizioni contrattuali delle parti ad un rapporto di equilibrio, sia pure solo a livello normativo, questo obiettivo non ha un riconoscimento in sede operativa, essendo tuttora, in questo settore, prevalenti i valori e le esigenze generali del mercato su quelli della persona.

Infatti, l'attribuzione all'imprenditore bancario del potere di modificare unilateralmente le condizioni di contratto, nonostante i tentativi di razionalizzazione, lede la simmetria delle posizioni normative delle parti, in mancanza di una regolamentazione precisa e specificamente diretta al perseguimento di interessi meritevoli.

Il diritto di recesso riconosciuto al cliente non è in grado di ripristinare l'equilibrio negoziale leso, risolvendosi lo *jus variandi*, in uno strumento contrastante con la tutela costituzionale del risparmio¹⁰³¹.

7.3. d) credito al consumo, trasparenza e "completezza" del regolamento negoziale. Connessione con i principi personalistici.

La legislazione italo-comunitaria disciplina con una normativa particolare i rapporti di "credito al consumo", in riferimento alle operazioni di concessione, nell'esercizio di una attività commerciale o professionale, di finanziamenti o di dilazioni di pagamento in favore di soggetti-consumatori, che agiscono al di fuori dell'attività imprenditoriale eventualmente svolta (art. 121 TUB)¹⁰³².

1030 cfr. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1998, I, p. 29 ss.; CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, cit., p. 202 ss.; RAZZANTE, *La <<trasparenza bancaria>> entra nell'ordinamento*, cit., p. 37 ss.

1031 cfr. CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, cit., p. 119 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 433 ss.

1032 Art. 121 T.U.B. (*Nozione*). 1. Per credito al consumo si intende la concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (consumatore). 2. L'esercizio del credito al consumo è riservato: a) alle banche; b) agli intermediari finanziari; c) ai soggetti autorizzati alla vendita di beni o di servizi nel territorio della Repubblica, nella sola forma della dilazione del pagamento del prezzo. 3. Le disposizioni del presente capo e del capo III si applicano, in quanto compatibili, ai soggetti che si interpongono nell'attività di credito al consumo. 4. Le norme contenute nel presente capo non si applicano: a) ai finanziamenti di importo rispettivamente inferiore e superiore ai limiti stabiliti dal CICR con delibera avente effetto dal trentesimo giorno successivo alla relativa pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana; b) ai contratti di somministrazione previsti dagli articoli 1559 e seguenti del codice civile, purché stipulati preventivamente in forma scritta e consegnati contestualmente in copia al consumatore; c) ai finanziamenti rimborsabili in un'unica soluzione entro diciotto mesi, con il solo eventuale addebito di oneri non calcolati in forma di interesse, purché previsti contrattualmente nel loro ammontare; d) ai finanziamenti privi, direttamente o indirettamente, di corrispettivo di interessi o di altri oneri, fatta eccezione per il rimborso delle spese vive sostenute e documentate; e) ai finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o da edificare, ovvero all'esecuzione di opere di restauro o di miglioramento; f) ai contratti di locazione, a condizione che in essi sia prevista l'espressa clausola che in nessun momento la proprietà della cosa locata possa trasferirsi, con o senza corrispettivo, al locatario.

Questo settore si caratterizza per la maggiore esigenza di tutela in favore del contraente-debole, in ragione delle immediate implicazioni personalistiche derivanti dalla prevalente destinazione del "credito", al soddisfacimento di bisogni primari o, comunque, di ordine esistenziale e per la semplificazione ed agevolazione all'accesso al risparmio¹⁰³³.

La funzione prioritaria e prevalente dei beni destinati alle necessità essenziali della persona giustifica l'enorme diffusione, nella prassi commerciale globale tra gli strati economicamente più deboli della popolazione, del credito al consumo, che ha soppiantato la c. d. "vendita a rate", divenendo lo strumento privilegiato per il compimento di contrattazioni di valore medio-basso¹⁰³⁴.

La regolamentazione del settore è collocata sia nel Testo unico delle norme in materia bancaria, agli artt. 121-126, sia nel Codice del consumo, agli artt. 40-44¹⁰³⁵.

Queste ultime disposizioni non definiscono un assetto disciplinare compiuto, in quanto si limitano all'enunciazione di regole relative al tasso annuo effettivo globale, c.d. "TAEG", negli artt. 40-41 cod. cons.¹⁰³⁶, agli inadempimenti del fornitore di beni e servizi, nell'art. 42 cod.

1033 v. CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, cit., p. 143, il quale, nell'esaminare i contratti di credito al consumo non solo sotto il profilo creditizio, ma anche di semplificazione dell'accesso al risparmio, osserva che "La funzione di risparmio, sebbene connessa a quella creditizia, assolve ad un valore primario riconducibile alle istanze di sicurezza della persona: sicurezza per fronteggiare i bisogni dei superstiti nelle assicurazioni sulla vita, i bisogni dei dipendenti dalle invalidità, dagli infortuni, dalla disoccupazione involontaria, dall'inabilità al lavoro, dalla longevità. Il risparmio è, dunque, una modalità di previdenza volta ad affrontare alcune esigenze di vita della persona. Esso implica un'indisponibilità del bene risparmiato per il tempo medio-lungo dell'investimento, ovvero una piena disponibilità qualora l'investimento è a breve termine. La funzione creditizia comporta la messa a disposizione di un bene risparmiato da altri o da se stesso, ovvero risparmiabile. Dunque, le funzioni del credito e del risparmio sono complementari sebbene l'una attiene all'esercizio dell'impresa, l'altra al valore della sicurezza".

1034 v. CARRIERO, *Il credito al consumo*, in Carriero-Gaggero, *I servizi finanziari*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 558, il quale, sulla base di un'analisi dettagliata della realtà economica e sociale, rileva come "Lo strumento giuridico originariamente volto a regolare i rapporti della specie era rappresentato dalla vendita a rate, la nota vendita con riserva di proprietà. La ripartizione del rischio ed i profili di imputazione della responsabilità seguivano i consueti canoni formalizzati dalle corrispondenti norme civilistiche. Venivano così in evidenza i rimedi sanciti dagli artt. 1525 e 1526 c. c. in tema di importanza dell'inadempimento del compratore ai fini della risoluzione del contratto e del beneficio del termine, da un lato; di effetti della risoluzione in punto di restituzione delle rate riscosse al compratore, dall'altro. Il descritto scenario muta allorché, a seguito della crescita dei consumi per effetto di una più elevata propensione all'indebitamento, il fenomeno inizia ad assumere dimensioni sempre più vaste. Muta, di conseguenza, anche la struttura del rapporto, in quanto il credito, lungi dal continuare ad essere concesso direttamente dal venditore, ormai incapace di fornire autonomamente i crescenti volumi di finanziamento richiesti, viene fornito da un terzo nell'ambito della sua peculiare attività d'impresa (banche, istituti finanziari)".

1035 In materia di credito al consumo esiste ormai un'ampia bibliografia. Particolare attenzione merita TORCHIA, *Il consumo di microcredito e la tutela della persona*, Napoli, 2006; v. inoltre FALCO, *Il credito al consumo (d.lg. 1.9.1993, n. 385 T. U. delle leggi in materia bancaria e creditizia)*. Artt. 121-128, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, p. 605 ss.; CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, c. 354 ss.; ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 6 ss.; GAGGERO, *Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo*, in *Contr. e impr. eur.*, 1996, p. 622; per i nuovi profili v. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la Direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione <<completa>> delle disposizioni nazionali concernenti <<alcuni aspetti>> dei <<contratti di credito ai consumatori>>*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 255 ss.

1036 Art. 40 cod. cons. (*Credito al consumo*). 1. Il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) provvede ad adeguare la normativa nazionale alla direttiva 98/7/CE del 16 febbraio 1998 del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica la direttiva 87/102/CEE, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, con particolare riguardo alla previsione di indicare il Tasso annuo effettivo globale (TAEG) mediante un esempio tipico; art. 41 cod. cons. (*Tasso annuo effettivo globale e pubblicità*). 1. Ai fini di cui all'articolo 40, il CICR, apporta, ai sensi degli articoli 122, comma 2, e 123, comma 2, del testo unico della legge in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, le necessarie modifiche alla disciplina recata dal

cons.¹⁰³⁷ (nel quale è confluita la previsione dell'art. 125, commi quarto e quinto, TUB) ed al rinvio generale per tutti gli altri aspetti al Testo unico bancario, nel quale risiede il nucleo centrale della normativa.

Il fenomeno del "credito al consumo" è preso in considerazione particolarmente sotto il profilo della trasparenza e della pubblicità delle condizioni contrattuali, del flusso di informazioni che precede la conclusione del contratto, delle "forme" da rispettare e degli obblighi di contenuto, ed in funzione di tali finalità e requisiti sono apprestati i mezzi di tutela del consumatore in posizione di debolezza contrattuale ed economica¹⁰³⁸.

Al riguardo, l'art. 123 TUB¹⁰³⁹ stabilisce che alle operazioni di credito al consumo si applicano le condizioni stabilite nell'art. 116 TUB, integrando la pubblicità con l'indicazione del tasso annuo effettivo globale relativo al periodo di validità, che deve risultare in tutti gli annunci pubblicitari ed offerte, con qualsiasi mezzo effettuati.

In dottrina è stato sostenuto che la piena realizzazione del principio di trasparenza – quale criterio strumentale alla realizzazione dell'equilibrio contrattuale – non possa limitarsi al mero rispetto degli obblighi informativi indicati dal TUB, ma deve essere integrato con un "giudizio di merito del regolamento contrattuale concretamente osservato"; si perviene, così, alla condivisibile conclusione che in siffatta tipologia negoziale "la trasparenza si risolve nella completezza dell'oggetto", dal punto di vista formale ed in prospettiva di ogni prevedibile sviluppo che possa incidere sull'equilibrio contrattuale¹⁰⁴⁰.

Particolarmente dettagliata è la prescrizione delle indicazioni di contenuto che i contratti di credito al consumo devono possedere, ai sensi dell'art. 124 TUB¹⁰⁴¹.

decreto del Ministro del tesoro in data 8 luglio 1992, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 169 del 20 luglio 1992.

1037 Art. 42 cod. cons. (*Inadempimento del fornitore*).1. Nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore. La responsabilità si estende anche al terzo, al quale il finanziatore abbia ceduto i diritti derivanti dal contratto di concessione del credito

1038 v. CARRIERO, *Il credito al consumo*, cit., p. 561, il quale rileva come "La disciplina legale del credito al consumo consta fondamentalmente di norme di trasparenza informativa, tese ad agevolare la formazione di una volontà consapevole del cliente, e di norme di protezione o di (ri)equilibrio eteronomo del rapporto, che impattano sulla negoziabilità dei contenuti del contratto, vietando al <<professionista>>, a pena di nullità relativa, l'impiego di determinate clausole o condizioni, estendendo a questi rapporti disposizioni del codice civile relative a particolari tipi contrattuali, o integrandole, o facendo a tali disposizioni derogare". cfr. CLARIZIA, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e obblighi di informazione*, in *Riv. it. leasing*, 1992, p. 213 ss.; ALPA, *La <<trasparenza>> del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Enc. Dir. terz.*, 1992, p. 655 ss.; MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 94 ss.

1039 Art. 123 T.U.B. (*Pubblicità*). 1. Alle operazioni di credito al consumo si applica l'art. 116. La pubblicità è, in ogni caso, integrata con l'indicazione del TAEG e del relativo periodo di validità. 2. Gli annunci pubblicitari e le offerte, effettuati con qualsiasi mezzo, con cui un soggetto dichiara il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito, indicano il TAEG e il relativo periodo di validità. Il CICR individua i casi in cui, per motivate ragioni tecniche, il TAEG può essere indicato mediante un esempio tipico.

1040 Tale approfondita analisi è realizzata da CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, cit., p. 152-153, il quale rileva come "il regolamento del credito al consumo per l'acquisto di beni o servizi determinati a vantaggio del consumatore richiede oltre alla trasparenza la sua <<completezza>>. Non si può cioè dedurre la trasparenza dell'oggetto del contratto se esso non contempla ogni sviluppo in termini di comportamenti dovuti dalle parti in presenza di circostanze prevedibili che interferiscono con l'equilibrio contrattuale nel suo complesso. Ciò rende il giudizio di trasparenza non semplicemente un giudizio di aderenza formale a dei canoni normativi ma un giudizio di merito del regolamento contrattuale concretamente osservato". L'illustre A., quindi, conclude ritenendo che "nella specie del contratto di credito al consumo <<finalizzato>> la trasparenza si risolve nella completezza dell'oggetto".

1041 Art. 124 T.U.B. (*Contratti*). 1. Ai contratti di credito al consumo si applica l'art. 117, commi 1 e 3. 2. I contratti di credito al consumo indicano: a) l'ammontare e le modalità del finanziamento; b) il numero, gli importi e la scadenza delle singole rate; c) il TAEG; d) il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG può

Questa norma prende in considerazione una molteplicità di aspetti riferiti essenzialmente alle condizioni economiche del rapporto, al fine di assicurare la chiarezza e la comprensibilità del testo del contratto.

Come conseguenza sanzionatoria per la violazione degli obblighi di contenuto, la legge prevede la nullità (art. 124, comma terzo, TUB), analogamente a quanto disposto per le clausole di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche applicate, le quali si considerano non apposte secondo la regola del *vitiatur sed non vitiat* (art. 124, comma quarto, TUB)¹⁰⁴².

Nel comma quinto dell'art. 124 TUB è anche stabilito che nell'ipotesi di "*assenza o nullità delle clausole contrattuali*", queste vengono sostituite di diritto seguendo i criteri in esso prescritti: cioè il TAEG deve corrispondere al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di titoli analoghi indicati dall'autorità governativa, emessi nei dodici mesi antecedenti alla conclusione del contratto; la scadenza del contratto di concessione del credito deve essere individuata al trentesimo mese; non deve essere riconosciuta nessuna garanzia o copertura assicurativa in favore del finanziatore.

Il meccanismo che risulta da tale assetto disciplinare è chiaramente riconducibile al modello della sostituzione di diritto delle clausole nulle con clausole legislative, per ciò che concerne gli aspetti connessi ai criteri definiti dall'art. 124, comma quinto, TUB, lett. a), b) e c), aprendo necessariamente, per ciò che concerne eventuali aspetti non regolati, all'intervento interpretativo ed eventualmente eterointegrativo dell'autorità giudiziaria, al fine di favorire la conservazione del contratto e la prosecuzione del sotteso rapporto giuridico¹⁰⁴³.

Questa soluzione appare condivisibile in considerazione della rispondenza della tipologia contrattuale in esame allo schema del negozio di durata avente ad oggetto la concessione di un finanziamento o di un credito al consumatore. Se il contratto residuo – a seguito della nullità

essere eventualmente modificato; e) l'importo e la causale degli oneri che sono esclusi dal calcolo del TAEG. Nei casi in cui non sia possibile indicare esattamente tali oneri, deve esserne fornita una stima realistica; oltre essi, nulla è dovuto dal consumatore; f) le eventuali garanzie richieste; g) le eventuali coperture assicurative richieste al consumatore e non incluse nel calcolo del TAEG. 3. Oltre a quanto indicato nel comma 2, i contratti di credito al consumo che abbiano a oggetto l'acquisto di determinati beni o servizi contengono, a pena di nullità: a) la descrizione analitica dei beni e dei servizi; b) il prezzo di acquisto in contanti, il prezzo stabilito dal contratto e l'ammontare dell'eventuale acconto; c) le condizioni per il trasferimento del diritto di proprietà, nei casi in cui il passaggio della proprietà non sia immediato. 4. Nessuna somma può essere richiesta o addebitata al consumatore se non sulla base di espresse previsioni contrattuali. Le clausole di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche applicate sono nulle e si considerano non apposte. 5. Nei casi di assenza o nullità delle clausole contrattuali, queste ultime sono sostituite di diritto secondo i seguenti criteri: a) il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto; b) la scadenza del credito è a trenta mesi; c) nessuna garanzia o copertura assicurativa viene costituita in favore del finanziatore.

1042 cfr. MACARIO, *Trasparenza bancaria, clausole abusive e credito al consumo*, in *Incontro di studio del C.S.M. sul tema "I contratti di impresa tra legislatore comunitario e mercato globale, (Frascati 24-26 febbraio 2000)*, p. 1 ss.; MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1099 ss.;

1043 v. DE POLI, Commento "*Art. 124 TUB*", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristoforo a Zaccaria, cit., p. 1451, che al riguardo rileva come "Il problema principale che si pone all'interprete è quello di ricostruire, sul piano sistematico, le conseguenze delle rimanenti nullità o lacune (fra cui quelle previste dal 3° co. con riferimento ai contratti di credito al consumo che abbiano ad oggetto beni o servizi determinati). L'alternativa è quella tra l'integrazione o sostituzione automatica riferita, ove possibile, alle condizioni pubblicizzate – che sconta, tuttavia, il limite del carattere eccezionale della norma sulla sostituzione automatica, nonché le difficoltà connesse all'inserimento nel contenuto contrattuale della pubblicità [...] – e la nullità parziale (e relativa) del contratto (nel senso della integrazione riferita alle condizioni pubblicizzate [...]); v. anche PIGNATARO, *Il credito al consumo, in La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, cit., p. 247-248, la quale rileva come il meccanismo apprestato sia volto a fornire una "adeguata tutela al consumatore, perché a <<senso unico>>, e probabilmente" è idoneo ad indurre "gli operatori a desistere da pratiche fuorvianti con un uso discorsivo della nullità tradizionalmente intesa".

di alcune clausole – fosse anch'esso nullo, in quanto non più in grado di svolgere alcuna apprezzabile funzione, l'invalidità, invece di produrre effetti protettivi del contraente-debole, lo potrebbe pregiudicare, esponendolo all'obbligo di restituire le somme percepite e utilizzate in esecuzione del negozio nullo.

La disciplina del Testo unico bancario inerente al credito al consumo viene completata dalle previsioni di cui agli artt. 125 e 126.

La prima norma definisce disposizioni generali volte alla tutela dei consumatori, prevedendo l'estensione dell'art. 1525 c. c., relativo alla vendita con riserva di proprietà, a tutti i contratti di credito al consumo, rispetto ai quali sia stato concesso un diritto reale di garanzia sul bene acquistato con il finanziamento ricevuto; nonché le facoltà del debitore di adempiere anticipatamente o di recedere dal contratto senza penalità e senza possibilità di patto contrario, con la conseguenza, nella prima ipotesi, che il contraente ha diritto ad un'equa riduzione del costo complessivo del credito¹⁰⁴⁴. Disposizione, quest'ultima, a cui è affidato un ruolo significativo nel riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti¹⁰⁴⁵.

L'art. 126 TUB costituisce una disciplina speciale per le aperture di credito in conto corrente non connesse all'uso di una carta di credito, stabilendo, sotto pena di nullità - da intendersi relativa -, determinati requisiti di contenuto, consistenti nell'indicazione del massimale e dell'eventuale scadenza del credito; del tasso di interesse annuo, col dettaglio analitico degli oneri applicabili al momento della conclusione del contratto, nonché delle condizioni di esercizio dello *jus variandi* da parte del finanziatore, precisando che, oltre ai detti interessi ed oneri, nulla è dovuto dal consumatore; infine devono essere indicate le modalità di esercizio del diritto di recesso dal contratto¹⁰⁴⁶.

La regolamentazione descritta, secondo un diffuso parere degli operatori - anche in sede comunitaria - non costituirebbe un approdo definitivo, essendo necessario accrescere il livello di tutela del consumatore, in una situazione di continuo aumento del credito al consumo, che, soprattutto nei momenti di crisi economica e finanziaria globale, tende ad assolvere rilevanti funzioni di "ausilio" sociale, attuative dei principi costituzionali di ordine solidaristico.

7.4. e) commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Il Codice del consumo agli artt. 67 *bis* – 67 *vicies bis* – inseriti dall'art. 9, comma primo, del d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221 - regola la commercializzazione a distanza di servizi finanziari, al fine di apprestare strumenti di tutela adeguati in favore del consumatore¹⁰⁴⁷.

1044 v. CARRIERO, *Il credito al consumo*, cit., p. 595-596, il quale, in merito al rinvio in commento, rileva come "La norma prevede talune provvidenze che sono estese ai rapporti obbligatori tra il sovenuto e il sovventore risolvendo i dubbi afferenti l'ammissibilità di applicare la disposizione sulla vendita con riserva di proprietà alle operazioni di credito al consumo in cui al finanziamento provvedesse un terzo sovventore. La questione dell'applicabilità alle operazioni di credito al consumo delle disposizioni relative alla vendita con riserva di proprietà è peraltro solo parzialmente risolta. La questione sembra destinata a riproporsi nei consueti termini e a trovare soluzioni diverse a seconda di come si ricostruisca la relazione tra il contratto di acquisto di beni o servizi e il contratto di finanziamento".

1045 In termini generali sul problema dell'equilibrio contrattuale nell'ambito delle negoziazioni bancarie v. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie: la difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1992.

1046 v. PIGNATARO, *Il credito al consumo*, cit., p. 278 ss.

1047 cfr. ALPA, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Contr.*, 2005, p. 1173 ss.; ZENO ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi ai risparmiatori*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2002, p. 520 ss.; PONTIROLI, *La disciplina del pagamento nella vendita a distanza di servizi finanziari: prime considerazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, p. 679 ss.

Per servizio finanziario deve intendersi qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale¹⁰⁴⁸.

Il riequilibrio del rapporto è anche in questo caso realizzato sul piano normativo, mediante la previsione di penetranti obblighi informativi a carico del fornitore.

L'art. 67 *quater* cod. cons. dispone che nella fase delle trattative e comunque prima che avvenga alla stipulazione del contratto ovvero sia vincolato da un offerta, il consumatore ha diritto a ricevere le informazioni riguardanti: il fornitore, il servizio finanziario, il contratto a distanza, il ricorso. Tali informazioni devono indicare in maniera inequivocabile il fine commerciale e devono essere fornite in forma chiara e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza, tenendosi conto dei doveri di correttezza e buona fede nella fase precontrattuale e dei principi disciplinanti la protezione degli incapaci di agire e dei minori¹⁰⁴⁹.

Le informazioni concernenti gli obblighi contrattuali - da comunicarsi al consumatore nella fase delle trattative - devono essere conformi alle prescrizioni stabilite dalla legge applicabile al contratto a distanza, anche se la tecnica di comunicazione impiegata sia quella elettronica.

Tali previsioni sono volte a ribadire, nello specifico settore disciplinare, il ruolo cardine svolto dal principio di trasparenza, attraverso il quale si persegue l'obiettivo complesso di realizzare un assetto contrattuale funzionale all'efficienza dei traffici commerciali, anche sotto il profilo della protezione del consumatore¹⁰⁵⁰.

Il codice del consumo prescrive il contenuto delle informazioni concernenti il fornitore (art. 67 *quinquies* cod. cons.¹⁰⁵¹) - ossia la persona fisica o giuridica, soggetto pubblico o privato, che, nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali, è il fornitore contrattuale dei servizi finanziari oggetto di contratti a distanza -, il servizio finanziario commercializzato (art. 67 *sexies* cod. cons.¹⁰⁵²), il tipo di contratto a distanza (art. 67 *septies* cod. cons.¹⁰⁵³), con

1048 v. sul punto BRAVO, *Nozione di <<servizi finanziari>> di cui al d.lgs n. 190 del 2005 sulla <<commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori>> e collocabilità della disciplina nel codice del consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 594 ss.

1049 Si rinvia ai principi generali sul ruolo dell'informazione nell'ambito del diritto dei consumatori, v. FEBBRAJO, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006, p. 7 ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 13 ss.; GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 641 ss.; DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 222 ss.

1050 v. LEMMA, *Commento "Art. 67 quater cod. cons."*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 547, che rileva come "Nel siste,a dei contratti a distanza, il consenso del contraente è fondato sulle comunicazioni ricevute dal fornitore; è lo stretto rapporto che lega informazione-consenso ad imporre che i contenuti siano forniti in modo trasparente (nel senso che privilegia chiarezza e comprensibilità) perché la prima non si trasformi in uno strumento di <<indebito condizionamento>> del secondo. Solo una informazione di qualità può, infatti, assecondare un corretto processo di formazione della volontà e, quindi, favorire un comportamento che si ispiri a criteri di razionalità economica".

1051 Art. 67-*quinquies* cod. cons. (*Informazioni relative al fornitore*).1. Le informazioni relative al fornitore riguardano:a) l'identità del fornitore e la sua attività principale, l'indirizzo geografico al quale il fornitore è stabilito e qualsiasi altro indirizzo geografico rilevante nei rapporti tra consumatore e fornitore;b) l'identità del rappresentante del fornitore stabilito in Italia e l'indirizzo geografico rilevante nei rapporti tra consumatore e rappresentante, quando tale rappresentante esista;c) se il consumatore ha relazioni commerciali con un professionista diverso dal fornitore, l'identità del professionista, la veste in cui agisce nei confronti del consumatore, nonché l'indirizzo geografico rilevante nei rapporti tra consumatore e professionista;d) se il fornitore è iscritto in un registro commerciale o in un pubblico registro analogo, il registro di commercio in cui il fornitore è iscritto e il numero di registrazione o un elemento equivalente per identificarlo nel registro;e) qualora l'attività del fornitore sia soggetta ad autorizzazione, gli estremi della competente autorità di controllo.

1052 Art. 67-*sexies* cod. cons. (*Informazioni relative al servizio finanziario*).1. Le informazioni relative al servizio finanziario riguardano:a) una descrizione delle principali caratteristiche del servizio finanziario;b) il prezzo totale che il consumatore dovrà corrispondere al fornitore per il servizio finanziario, compresi tutti i relativi oneri, commissioni e spese e tutte le imposte versate tramite il fornitore o, se non è possibile indicare il prezzo esatto, la base di calcolo del prezzo, che consenta al consumatore di verificare quest'ultimo;c) se del caso, un avviso indicante che il servizio finanziario è in rapporto con strumenti che implicano particolari rischi dovuti a loro specifiche caratteristiche o alle operazioni da effettuare, o il cui prezzo dipenda dalle fluttuazioni dei mercati

particolare riferimento al diritto di recesso, alla durata del rapporto, ai diritti vari delle parti, all'esistenza o meno di una clausola penale, al ricorso giurisdizionale o amministrativo a tutela dei diritti del consumatore (art. 67 *octies* cod. cons.¹⁰⁵⁴). Particolari disposizioni sono dettate in relazione alle informazioni da fornire nell'ipotesi di comunicazioni mediante telefonia vocale, rispetto alle quali si pone con maggiore intensità l'esigenza di tutelare la posizione del consumatore, anche in considerazione del fatto che la modalità di contrattazione utilizzata è idonea a cogliere il contraente debole in momenti di particolare vulnerabilità, esponendolo al rischio di concludere negozi, a cui non sarebbe giunto se avesse potuto ponderare la situazione con attenzione¹⁰⁵⁵.

L'oggetto degli obblighi informativi è articolato e, comunque, concerne tanto l'identità del consumatore e la finalità della chiamata, che le caratteristiche del prodotto finanziario commercializzato e le condizioni economiche dell'operazione (art. 67 *novies* cod. cons.¹⁰⁵⁶).

finanziari su cui il fornitore non esercita alcuna influenza, e che i risultati ottenuti in passato non costituiscono elementi indicativi riguardo ai risultati futuri;d) l'indicazione dell'eventuale esistenza di altre imposte e costi non versati tramite il fornitore o non fatturati da quest'ultimo;e) qualsiasi limite del periodo durante il quale sono valide le informazioni fornite;f) le modalità di pagamento e di esecuzione, nonché le caratteristiche essenziali delle condizioni di sicurezza delle operazioni di pagamento da effettuarsi nell'ambito dei contratti a distanza;g) qualsiasi costo specifico aggiuntivo per il consumatore relativo all'utilizzazione della tecnica di comunicazione a distanza, se addebitato;h) l'indicazione dell'esistenza di collegamenti o connessioni con altri servizi finanziari, con la illustrazione degli eventuali effetti complessivi derivanti dalla combinazione.

1053 Art. 67-septies cod. cons. (*Informazioni relative al contratto a distanza*).1. Le informazioni relative al contratto a distanza riguardano:a) l'esistenza o la mancanza del diritto di recesso conformemente all'articolo 67-*duodecies* e, se tale diritto esiste, la durata e le modalità d'esercizio, comprese le informazioni relative all'importo che il consumatore può essere tenuto a versare ai sensi dell'articolo 67-*terdecies*, comma 1, nonché alle conseguenze derivanti dal mancato esercizio di detto diritto;b) la durata minima del contratto a distanza, in caso di prestazione permanente o periodica di servizi finanziari;c) le informazioni relative agli eventuali diritti delle parti, secondo i termini del contratto a distanza, di mettere fine allo stesso prima della scadenza o unilateralmente, comprese le penali eventualmente stabilite dal contratto in tali casi;d) le istruzioni pratiche per l'esercizio del diritto di recesso, comprendenti tra l'altro il mezzo, inclusa in ogni caso la lettera raccomandata con avviso di ricevimento, e l'indirizzo a cui deve essere inviata la comunicazione di recesso;e) lo Stato membro o gli Stati membri sulla cui legislazione il fornitore si basa per instaurare rapporti con il consumatore prima della conclusione del contratto a distanza;f) qualsiasi clausola contrattuale sulla legislazione applicabile al contratto a distanza e sul foro competente;g) la lingua o le lingue in cui sono comunicate le condizioni contrattuali e le informazioni preliminari di cui al presente articolo, nonché la lingua o le lingue in cui il fornitore, con l'accordo del consumatore, si impegna a comunicare per la durata del contratto a distanza.

1054 Art. 67-octies cod. cons. (*Informazioni relative al ricorso*).1. Le informazioni relative al ricorso riguardano:a) l'esistenza o la mancanza di procedure extragiudiziali di reclamo e di ricorso accessibili al consumatore che è parte del contratto a distanza e, ove tali procedure esistono, le modalità che consentono al Consumatore di avvalersene; b) l'esistenza di fondi di garanzia o di altri dispositivi di indennizzo.

1055 v. MEOLI, *I contratti di prestazione di servizi di investimento*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, cit., p. 474-475, il quale rileva come le previsioni normative in materia tendano a specificare "l'obbligo informativo gravante sull'intermediario, in considerazione del particolare tipo di procedura utilizzata per il perfezionamento dell'accordo, ponendo l'accento, ad esempio, sulla comunicazione di notizie relative all'intermediario (in modo da accorciare le distanze che lo separano dal cliente); sul contenuto del contratto, con particolare riferimento anche alle procedure di definizione delle contestazioni, e alla legge applicabile in conseguenza della opzione prevista in contratto – opzione che però non può, in alcun caso, determinare un effetto di riduzione del livello di tutela assicurato dalla legge -, oltre che alle caratteristiche del contratto, del servizio fornito e del suo eventuale grado di rischio".

1056 Art. 67-novies cod. cons. (*Comunicazioni mediante telefonia vocale*). 1. In caso di comunicazioni mediante telefonia vocale:a) l'identità del fornitore e il fine commerciale della chiamata avviata dal fornitore sono dichiarati in maniera inequivoca all'inizio di qualsiasi conversazione con il consumatore;b) devono essere fornite, previo consenso del consumatore, solo le informazioni seguenti:1) l'identità della persona in contatto con il consumatore e il suo rapporto con il fornitore;2) una descrizione delle principali caratteristiche del servizio finanziario;3) il prezzo totale che il consumatore dovrà corrispondere al fornitore per il servizio finanziario, comprese tutte le imposte versate tramite il fornitore o, se non è possibile indicare il prezzo esatto, la base di calcolo del prezzo, che consenta al consumatore di verificare quest'ultimo;4) l'indicazione dell'eventuale esistenza di altre imposte e/o costi non versati tramite il fornitore o non fatturati da quest'ultimo;5) l'esistenza o la mancanza del diritto di recesso

In ordine a questa tipologia contrattuale, il legislatore ha direttamente connesso l'adempimento degli obblighi informativi al rispetto di determinati requisiti formali, prescrivendo che le informazioni siano fornite su supporto cartaceo o su un altro supporto durevole, disponibile e accessibile per il consumatore in tempo utile, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta; procrastinando tale adempimento al momento della conclusione del negozio, se questo è stipulato su richiesta del contraente debole, per mezzo di una tecnica di comunicazione a distanza che non consenta la trasmissione delle condizioni contrattuali e delle informazioni indicate (art. 67 *undecies* cod. cons.).

Sempre nel medesimo contesto normativo si inserisce un'altra importante previsione posta a favore del consumatore, al quale viene riconosciuto, dopo la conclusione del contratto, il diritto di ricevere, su richiesta ed in qualsiasi momento, la comunicazione delle condizioni contrattuali su supporto cartaceo, nonché il diritto di cambiare la tecnica di comunicazione a distanza da utilizzare, salvo che ciò non sia incompatibile con le caratteristiche del servizio finanziario negoziato nello specifico¹⁰⁵⁷.

La dottrina sul punto ha osservato come la predetta statuizione integri un'ulteriore forma di tutela riconosciuta al consumatore, destinata ad operare in sede di svolgimento del rapporto, agevolandolo¹⁰⁵⁸.

L'equilibrio normativo del contratto avente ad oggetto servizi di investimento commercializzati a distanza è ulteriormente preservato mediante il riconoscimento, irrinunciabile, salve determinate esclusioni, del diritto di recesso, inteso come *jus poenitendi*, in favore del consumatore, esercitabile senza penali e senza obbligo di indicazione del motivo, essendo egli tenuto a pagare solo l'importo del servizio finanziario effettivamente prestatato dal fornitore conformemente al contratto a distanza (artt. 67 *duodecies* e 67 *terdecies* cod. cons.)¹⁰⁵⁹.

conformemente all'articolo 67-*duodecies* e, se tale diritto esiste, la durata e le modalità d'esercizio, comprese le informazioni relative all'importo che il consumatore può essere tenuto a versare ai sensi dell'articolo 67-*terdecies*, comma 1. 2. Il fornitore comunica al consumatore che altre informazioni sono disponibili su richiesta e ne precisa la natura. Il fornitore comunica in ogni caso le informazioni complete quando adempie ai propri obblighi ai sensi dell'articolo 67-*undecies*.

1057 cfr. BRAVO, *La commercializzazione a distanza dei <<servizi finanziari>> ai consumatori nel d.lgs. n. 190/2005 di attuazione della Direttiva 2002/65/CE*, in *Commercio elettronico*, a cura di Rossello-Finocchiaro e Tosi, Torino, 2007, p. 359 ss.

1058 v. LEMMA, Commento "Art. 67 *undecies* cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 574, il quale rileva come, mediante la predetta statuizione normativa, si introduca "una clausola di salvaguardia per il consumatore; il ricorso a strumenti di comunicazione di carattere tradizionale diviene una misura di salvaguardia laddove quest'ultimo non intenda proseguire nell'impiego di strumenti telematici di supporto alle comunicazioni a distanza. È questa una forma di tutela individuale che può essere fatta valere direttamente dal consumatore, prescindendo da ogni intervento rimediabile [...]; sicché viene rimessa alla sfera dell'autonomia privata la determinazione delle modalità di esercizio di tali diritti, nonché ogni determinazione in merito alla ripartizione delle eventuali spese rivenienti dall'opzione per una forma di comunicazione più onerosa".

1059 v. SABBATELLI, Commento "Art. 67 *duodecies* cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 576, il quale opportunamente rileva come "La previsione di tale periodo di riflessione assolve in sostanza la funzione, sul presupposto della dianzi riferita differenza di potere contrattuale tra il professionista e il consumatore, di riequilibrare la posizione delle parti, e correggere tale distorsione, consentendo al consumatore di raccogliere ulteriori informazioni sul servizio acquistato e di fare una scelta quanto più ragionato e oculata possibile: si tratterebbe in definitiva di un meccanismo di autotutela per il consumatore [...] ex post che si aggiunge a quella ex ante data dall'obbligo di informativa. Con la dir. 2002/65/CE la tutela del risparmiatore si è allineata definitivamente a quella del consumatore, il risparmiatore diventa <<il consumatore della società postindustriale>>"; Art. 67-*duodecies* cod. cons. (*Diritto di recesso*). 1. Il consumatore dispone di un termine di quattordici giorni per recedere dal contratto senza penali e senza dover indicare il motivo. 2. Il predetto termine è esteso a trenta giorni per i contratti a distanza aventi per oggetto le assicurazioni sulla vita di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, recante Codice delle assicurazioni private, e le operazioni aventi ad oggetto gli schemi pensionistici individuali. 3. Il termine durante il quale può essere esercitato il diritto di recesso decorre alternativamente: a) dalla data della conclusione del contratto, tranne nel caso delle assicurazioni sulla vita,

La normativa esaminata eleva notevolmente i margini di tutela del consumatore, incidendo, attraverso la previsione di obblighi informativi e formali penetranti già nella fase delle trattative, sul processo di autodeterminazione del privato contraente in ordine alla stipula del contratto, e rafforzando la genuinità del consenso mediante il riconoscimento a quest'ultimo dello *jus poenitendi* e della possibilità di chiedere, nel corso del rapporto, la modifica della tecnica di comunicazione utilizzata *ab origine*.

7.5. *f) i prodotti assicurativi nella disciplina del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209).*

per le quali il termine comincia a decorrere dal momento in cui al consumatore è comunicato che il contratto è stato concluso; *b)* dalla data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'articolo 67-undecies, se tale data è successiva a quella di cui alla lettera *a)*. 4. L'efficacia dei contratti relativi ai servizi di investimento è sospesa durante la decorrenza del termine previsto per l'esercizio del diritto di recesso. 5. Il diritto di recesso non si applica: *a)* ai servizi finanziari, diversi dal servizio di gestione su base individuale di portafogli di investimento se gli investimenti non sono stati già avviati, il cui prezzo dipende da fluttuazioni del mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare e che possono aver luogo durante il periodo di recesso, quali ad esempio i servizi riguardanti: 1) operazioni di cambio; 2) strumenti del mercato monetario; 3) valori mobiliari; 4) quote di un organismo di investimento collettivo; 5) contratti a termine fermo (futures) su strumenti finanziari, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti; 6) contratti a termine su tassi di interesse (FRA); 7) contratti swaps su tassi d'interesse, su valute o contratti di scambio connessi ad azioni o a indici azionari (equity swaps); 8) opzioni per acquistare o vendere qualsiasi strumento previsto dalla presente lettera, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti. Sono comprese in particolare in questa categoria le opzioni su valute e su tassi d'interesse; *b)* alle polizze di assicurazione viaggio e bagagli o alle analoghe polizze assicurative a breve termine di durata inferiore a un mese; *c)* ai contratti interamente eseguiti da entrambe le parti su esplicita richiesta scritta del consumatore prima che quest'ultimo eserciti il suo diritto di recesso, nonché ai contratti di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per i danni derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, per i quali si sia verificato l'evento assicurato; *d)* alle dichiarazioni dei consumatori rilasciate dinanzi ad un pubblico ufficiale a condizione che il pubblico ufficiale confermi che al consumatore sono garantiti i diritti di cui all'articolo 67-undecies, comma 1. 6. Se esercita il diritto di recesso, il consumatore invia, prima dello scadere del termine e secondo le istruzioni che gli sono state date ai sensi dell'articolo 67-septies, comma 1, lettera *d)*, una comunicazione scritta al fornitore, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o altro mezzo indicato ai sensi dell'articolo 67-septies, comma 1, lettera *d)*. 7. Il presente articolo non si applica alla risoluzione dei contratti di credito disciplinata dagli articoli 67, comma 6, e 77.8. Se ad un contratto a distanza relativo ad un determinato servizio finanziario è aggiunto un altro contratto a distanza riguardante servizi finanziari prestati da un fornitore o da un terzo sulla base di un accordo tra il terzo e il fornitore, questo contratto aggiuntivo è risolto, senza alcuna penale, qualora il consumatore eserciti il suo diritto di recesso secondo le modalità fissate dal presente articolo; Art. 67-terdecies cod. cons. (*Pagamento del servizio fornito prima del recesso*). 1. Il consumatore che esercita il diritto di recesso previsto dall'articolo 67-duodecies, comma 1, è tenuto a pagare solo l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore conformemente al contratto a distanza. L'esecuzione del contratto può iniziare solo previa richiesta del consumatore. Nei contratti di assicurazione l'impresa trattiene la frazione di premio relativa al periodo in cui il contratto ha avuto effetto. 2. L'importo di cui al comma 1 non può: *a)* eccedere un importo proporzionale all'importanza del servizio già fornito in rapporto a tutte le prestazioni previste dal contratto a distanza; *b)* essere di entità tale da poter costituire una penale. 3. Il fornitore non può esigere dal consumatore il pagamento di un importo in base al comma 1 se non è in grado di provare che il consumatore è stato debitamente informato dell'importo dovuto, in conformità all'articolo 67-septies, comma 1, lettera *a)*. Egli non può tuttavia in alcun caso esigere tale pagamento se ha dato inizio all'esecuzione del contratto prima della scadenza del periodo di esercizio del diritto di recesso di cui all'articolo 67-duodecies, comma 1, senza che vi fosse una preventiva richiesta del consumatore. 4. Il fornitore è tenuto a rimborsare al consumatore, entro quindici giorni, tutti gli importi da questo versatigli in conformità del contratto a distanza, ad eccezione dell'importo di cui al comma 1. Il periodo decorre dal giorno in cui il fornitore riceve la comunicazione di recesso. L'impresa di assicurazione deve adempiere alle obbligazioni derivanti dal contratto, concernenti il periodo in cui il contratto medesimo ha avuto effetto. 5. Il consumatore paga al fornitore il corrispettivo di cui al comma 1 e gli restituisce qualsiasi bene o importo che abbia ricevuto da quest'ultimo entro quindici giorni dall'invio della comunicazione di recesso. Non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte dall'impresa agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative. 6. Per i finanziamenti diretti principalmente a permettere di acquistare o mantenere diritti di proprietà su terreni o edifici esistenti o progettati, o di rinnovare o ristrutturare edifici, l'efficacia del recesso è subordinata alla restituzione di cui al comma 5.

Il mercato dei prodotti assicurativi, a partire dalla metà degli anni Novanta, ha subito un intenso processo, in ambito italo-comunitario, di adeguamento ai principi di tutela del consumatore, attraverso misure finalizzate a garantire l'equilibrio dei relativi contratti.

La normativa è stata avviata per mezzo delle direttive 92/96/CEE del 10 novembre 1992 e 92/49/CEE del 18 giugno 1992, recanti rispettivamente disposizioni in materia di assicurazione sulla vita e di assicurazione contro i danni, alle quali si è data attuazione con i d.lgs. 17 marzo 1995, nn. 174 e 175¹⁰⁶⁰.

L'adeguamento è stato completato con il d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (che ha abrogato i menzionati decreti legislativi), costituente un *corpus* organico di norme in materia assicurativa, noto come "Codice delle assicurazioni private". In esso sono contenute numerose disposizioni volte a tutelare la posizione di debolezza del consumatore mediante la predisposizione di considerevoli obblighi informativi e di trasparenza, nonché attraverso il riconoscimento in svariate ipotesi del diritto di recesso.

Tali interventi normativi hanno compiutamente disciplinato il mercato assicurativo al fine di favorire un riavvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri a quella dell'Unione europea.

Tuttavia, stante la strutturazione imprenditoriale a dimensione multinazionale degli operatori del settore, la nuova regolamentazione ha rivolto particolare attenzione alla figura dell'assicurato, onde garantirne la protezione anche mediante la predisposizione di specifici e penetranti obblighi informativi in suo favore.

Diverse disposizioni del Codice delle assicurazioni, dirette alla tutela del contraente debole riguardano la trasparenza dell'attività di intermediazione assicurativa, la chiarezza e la comprensibilità delle informative precontrattuali.

L'art. 120 cod. ass. stabilisce che gli intermediari assicurativi, prima della conclusione del contratto e in caso di successive modifiche di rilievo o di rinnovo, forniscano al contraente specifiche informazioni¹⁰⁶¹.

I soggetti obbligati a questo adempimento, in relazione al contratto proposto sono tenuti a dichiarare all'assicurato se forniscano consulenze fondate su un'analisi imparziale, se propongano prodotti assicurativi per conto di una o più imprese di assicurazione, dovendone in tal caso comunicare la denominazione; se propongano prodotti assicurativi in assenza di un obbligo contrattuale nei confronti di imprese del settore, individuando in questo caso le imprese con le quali hanno o potrebbero avere rapporti di affari, fermo restando l'obbligo di informare il contraente del suo diritto di richiedere tali informazioni.

L'intermediario assicurativo è, altresì, tenuto, prima della conclusione del contratto ed in base alle informazioni acquisite, a proporre o consigliare al contraente, un prodotto adeguato alle sue esigenze, illustrando le caratteristiche essenziali del contratto e le prestazioni alle quali è obbligata l'impresa di assicurazione¹⁰⁶².

1060 v. CIPRIAN, *Il regime italiano delle assicurazioni si adegua alle norme comunitarie*, in *Riv. dir. com. int.*, 1996, p. 676; ANTONUCCI, *La nuova disciplina del contratto di assicurazione fra tutela della concorrenza e protezione del consumatore*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1996, I, p. 473; LA TORRE, *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in *Assicuraz.*, 1996, I, p. 129.; si consideri il seguente iter normativo in sede comunitaria: Direttive: n. 73/239-240 del 24 luglio 1973 e n. 79/267 del 5 marzo 1979; n. 88/357 del 22 giugno 1988 e n. 90/619 dell'8 novembre 1990; n. 92/49 del 18 giugno 1992 e n. 92/96 del 10 novembre 1992, confluite nella Direttiva 83/2002 del 5 novembre 2002, che ha determinato la promulgazione in Italia dei decreti legislativi di attuazione nn. 174 e 175 del 17 marzo 1995 a loro volta confluiti nel decreto legislativo n. 209 del 7 settembre 2005, noto come "Codice delle assicurazioni private".

1061 v. LONCIARI, Commento "Art. 120 cod. ass.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 1620 ss.

1062 v. BIELLI, Commento "Art. 120 cod. ass.", in *Le assicurazioni*, a cura di La Torre, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2007, p. 1250 ss.

Nell'ipotesi di vendita a distanza di prodotti assicurativi, l'art. 121 cod. ass.¹⁰⁶³ impone articolati obblighi di informazione precontrattuale volti a riequilibrare la posizione di debolezza contrattuale del contraente, accentuata dalla mancanza di una contrattazione alla presenza simultanea delle parti.

La norma in esame, benché possa apparire attinente in generale alle negoziazioni a distanza di prodotti assicurativi, ha un ambito di applicazione circoscritto alle sole contrattazioni che si svolgono mediante una tecnica di comunicazione telefonica, come si deduce dai riferimenti testuali della disposizione alla "chiamata" dell'intermediario ed alle tipologie di informazioni che questi deve fornire.

In via generale l'informazione deve precedere la conclusione del contratto. Tuttavia, in considerazione della particolare natura del prodotto commercializzato e della sua rilevanza anche a fini sociali, è previsto un temperamento del principio delle forme, essendo consentito che l'informativa sia fornita anche verbalmente, a richiesta del contraente o nella ipotesi che sia necessaria una copertura immediata del rischio, fermo restando l'obbligo di trasmettere subito dopo la stipulazione del negozio, un supporto fisico durevole¹⁰⁶⁴.

Nell'art. 116 cod. ass. sono previsti specifici requisiti formali del testo negoziale, strumentali alla genuina formazione del consenso del contraente debole: precisamente, il testo del contratto assicurativo e qualsiasi altro documento consegnato dall'impresa al contraente devono essere redatti in modo chiaro ed esauriente ed in particolare le clausole relative a decadenze, nullità o limitazioni delle garanzie ovvero ad oneri a carico del contraente devono essere espresse con caratteri grafici di immediato risalto e di chiara evidenza.

Siffatta disposizione si inserisce nel piano attuativo del principio di trasparenza che caratterizza la normativa italo-comunitaria e che trova riscontro anche in materia di clausole vessatorie¹⁰⁶⁵.

Problematica e di notevole importanza per le ricadute sulle vicende del contratto è la questione concernente gli effetti sanzionatori derivanti dalla violazione delle prescrizioni aventi ad oggetto gli obblighi della trasparenza e della informazione-forma¹⁰⁶⁶.

1063 Art. 121 cod. ass. (*Informazione precontrattuale in caso di vendita a distanza*). 1. In caso di vendita a distanza, l'intermediario rende note al contraente almeno le seguenti informazioni preliminari: a) l'identità dell'intermediario e il fine della chiamata; b) l'identità della persona in contatto con il contraente ed il suo rapporto con l'intermediario assicurativo; c) una descrizione delle principali caratteristiche del servizio o prodotto offerto; d) il prezzo totale, comprese le imposte, che il contraente dovrà corrispondere. 2. In ogni caso l'informazione è fornita al contraente prima della conclusione del contratto di assicurazione. Può essere fornita verbalmente solo a richiesta del contraente o qualora sia necessaria una copertura immediata del rischio. In tali casi l'informazione è fornita su un supporto durevole subito dopo la conclusione del contratto. 3. L'ISVAP, con regolamento, determina le informazioni sull'intermediario e sulle caratteristiche del contratto, che sono comunicate al contraente in modo chiaro e comprensibile nel rispetto di quanto previsto ai commi 1 e 2.

1064 cfr. C. RUSSO, *Trasparenza ed informazione nel contratto di assicurazione*, Padova, 2001.

1065 In tal senso v. DELLA VEDOVA, Commento "Art. 166 cod. ass.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 1632-1633, il quale rileva che "confrontando la tipologia di clausole che devono essere evidenziate con caratteri tipografici di <<particolare evidenza>> con le clausole c. d. vessatorie che richiedono la doppia sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341 c. c., ci si rende conto che la tecnica dell'evidenziazione grafica stabilita dall'art. 166 ha una portata più ampia del meccanismo della doppia sottoscrizione (che ovviamente rimane in vigore non essendo stato sostituito da quello in commento), atteso che la forma grafica <<di particolare evidenza>> dovrà essere utilizzata sia per le clausole che contengono <<decadenze...o limitazioni delle garanzie>> (formula, quest'ultima, che riecheggia le <<limitazioni di responsabilità>> contenuta nell'art. 1341, 2° co, c. c.), sia per le clausole che sanciscano nullità (si pensi alle disposizioni contenute negli artt. 1909 e 1915 c. c.), sia per tutte le altre clausole che comunque prevedono oneri a carico del contraente o dell'assicurato. In altre parole, l'ampia formula utilizzata dal legislatore lascia intendere che tutte le clausole vessatorie contenute nelle condizioni generali di polizza – per tali intendendosi quelle riprodotte di norme di legge ai sensi dell'art. 34, 3° co., c. cons. e/o quelle oggetto di trattativa individuale ai sensi del comma 4 del medesimo articolo, atteso che in tutti gli altri casi si tratterebbe di clausole nulle ai sensi dell'art. 36 le quali, quindi, non dovrebbero nemmeno rientrare nelle condizioni generali di polizza-; dicevamo, tutte le clausole vessatorie dovranno essere rese evidenti mediante accorgimenti grafici.

Come si è rilevato in precedenza, gli orientamenti dottrinali sul punto sono incerti, oscillando tra la posizione di chi opta per l'inefficacia delle clausole viziate e quella di chi le ritiene nulle, con riflessi invalidanti sul contratto, se le clausole viziate abbiano una ricaduta negativa su elementi essenziali del negozio.

Appare preferibile far leva sulla interpretazione "comunitaria", della norma in esame, secondo la quale le innovazioni introdotte dalla regolamentazione europea nel nostro sistema in tema di rapporti di consumo in generale, con riferimento ai requisiti della informazione-forma, abbiano attinenza alla essenza del contratto, con la conseguenza che l'inadempimento degli obblighi prescritti configuri un vizio radicalmente invalidante del rapporto.

Questa impostazione della questione, essendo incentrata su requisiti formali finalizzati al riequilibrio normativo delle posizioni dei contraenti, avente una valenza essenziale in tutta la materia contrattuale, è logicamente applicabile anche ai rapporti assicurativi.

Occorre aggiungere che, a norma dell'art. 182 cod. ass. la pubblicità dei prodotti assicurativi, deve essere effettuata con criteri di correttezza dell'informazione, con particolare riguardo al contenuto descritto nella nota informativa ed alle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono, attribuendo all'Isvap il compito di stabilire gli elementi di riconoscibilità della pubblicità.

Si tratta in sostanza della consueta disposizione che demanda alla linearità e comprensibilità delle informative precontrattuali il compito di assicurare la genuinità e spontaneità del processo di autodeterminazione del privato contraente alla conclusione del contratto¹⁰⁶⁷.

Tali prescrizioni sono rafforzate dal successivo art. 183 cod. ass.¹⁰⁶⁸, che specifica le regole di comportamento a cui devono sottostare le imprese e gli intermediari assicurativi nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti, comportamento qualificato dalla diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati.

1066 v. CANDIAN, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e Patti, Milano, 1997, p. 955 ss.; v. in particolare C. RUSSO, *Trasparenza ed informazione nel contratto di assicurazione*, cit., p. 39 che rileva come "la regola di trasparenza si caratterizza in ambito assicurativo per perseguire non solo la leggibilità delle clausole, ma anche una finalità ulteriore" ossia "la trasparenza del premio di tariffa applicato e, nei contratti vita a spiccata valenza finanziaria, lo sviluppo o il presumibile sviluppo delle prestazioni dovute dall'assicuratore, vale a dire due profili le cui componenti tecniche non sono normalmente comprensibili ai non addetti".

1067 Si rinvia alle fonti già menzionate ai paragrafi iniziali del presente capitolo in merito alla funzione svolta dalla informazione nel riequilibrio normativo del regolamento negoziale. Nello specifico v. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 641 ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 13 ss.; DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 222 ss.; FEBBRAJO, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, cit., p. 7 ss.

1068 Art. 183 cod. ass. (*Regole di comportamento*). 1. Nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati; b) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati; c) organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino loro pregiudizio; d) realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei contraenti e degli assicurati. 2. L'ISVAP adotta, con regolamento, specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti, in modo che l'attività si svolga con correttezza e con adeguatezza rispetto alle specifiche esigenze dei singoli. 3. L'ISVAP tiene conto, nel regolamento, delle differenti esigenze di protezione dei contraenti e degli assicurati, nonché della natura dei rischi e delle obbligazioni assunte dall'impresa, individua le categorie di soggetti che non necessitano in tutto o in parte della protezione riservata alla clientela non qualificata e determina modalità, limiti e condizioni di applicazione delle medesime disposizioni nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti di assicurazione dei rami danni, tenendo in considerazione le particolari caratteristiche delle varie tipologie di rischio.

Gli obblighi di informazione trovano la loro concreta estrinsecazione nella disciplina definita dal Capo II del Titolo XIII del Codice delle assicurazioni, che, all'art. 185¹⁰⁶⁹, prescrive l'obbligo delle imprese di assicurazione di consegnare al contraente, prima della conclusione del contratto ed unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota contenente le informazioni, diverse da quelle pubblicitarie, che sono necessarie, affinché il contraente medesimo o l'assicurato possa pervenire ad un fondato giudizio sui diritti e sugli obblighi contrattuali.

La norma demanda all'Isvap il compito di predisporre lo schema base della nota informativa, nonché la tipologia dettagliata delle indicazioni ed informazioni che devono esservi comprese. Lo stesso Istituto di vigilanza dispone, inoltre, del potere di chiedere all'impresa di assicurazione di apportare modifiche alla nota informativa utilizzata, allorché occorra fornire informazioni ulteriori e necessarie per la protezione degli assicurati (art. 187 cod. ass).

Per quanto attiene direttamente alla gestione del rapporto contrattuale, la legge garantisce l'equilibrio normativo del negozio mediante il riconoscimento all'assicurato del diritto di recesso – nella variante funzionale "impugnatoria" – da esercitare secondo determinate condizioni, al fine di sciogliere il vincolo obbligatorio in presenza di sopravvenienze che ne abbiano modificato i termini originari¹⁰⁷⁰.

L'art. 172 cod. ass.- in tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti – riconosce al contraente il diritto di recedere dall'assicurazione secondo precise modalità di comunicazione e termini, in caso di variazioni tariffarie, escluse quelle connesse all'applicazione di regole evolutive nelle varie formule tariffarie, superiori al tasso programmato di inflazione; il tutto sancendo l'inderogabilità della esposta disciplina se non in senso più favorevole al contraente.

Nell'ambito delle assicurazioni sulla vita, l'art. 177 cod. ass. attribuisce lo *jus poenitendi* all'assicurato, da esercitare nel termine di trenta giorni dalla comunicazione della conclusione del contratto. In questa ipotesi la dottrina ritiene che la norma trovi la propria *ratio* nel dislivello conoscitivo esistente tra assicuratore ed assicurato e nella contestuale esigenza di ripianarlo mediante l'attribuzione a quest'ultimo di un diritto di ripensamento, derogatorio dell'efficacia vincolante del contratto¹⁰⁷¹.

1069 Art. 185 cod. ass. (*Nota informativa*). 1. Le imprese di assicurazione italiane e quelle estere operanti nel territorio della Repubblica, sia in regime di stabilimento che in regime di libertà di prestazione di servizi, consegnano al contraente, prima della conclusione del contratto ed unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota informativa predisposta nel rispetto delle disposizioni del presente articolo. 2. La nota informativa contiene le informazioni, diverse da quelle pubblicitarie, che sono necessarie, a seconda delle caratteristiche dei prodotti e dell'impresa di assicurazione, affinché il contraente e l'assicurato possano pervenire a un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali e, ove opportuno, sulla situazione patrimoniale dell'impresa. 3. L'ISVAP disciplina, con regolamento, il contenuto e lo schema della nota informativa in modo tale che siano previste, oltre alle indicazioni relative all'impresa, le informazioni sul contratto con particolare riguardo alle garanzie e alle obbligazioni assunte dall'impresa, alle nullità, alle decadenze, alle esclusioni e alle limitazioni della garanzia e alle rivalse, ai diritti e agli obblighi in corso di contratto e in caso di sinistro, alla legge applicabile ed ai termini di prescrizione dei diritti, alla procedura da seguire in caso di reclamo e all'organismo o all'autorità eventualmente competente. 4. Nelle assicurazioni di cui ai rami I, II, III, IV e V dell'articolo 2, comma 1, l'ISVAP determina, con regolamento, le informazioni supplementari che sono necessarie alla piena comprensione delle caratteristiche essenziali del contratto con particolare riguardo ai costi ed ai rischi del contratto ed alle operazioni in conflitto di interesse. Al contraente di un'assicurazione sulla vita sono altresì comunicate, per tutto il periodo di durata del contratto, le informazioni indicate nel regolamento adottato dall'ISVAP con particolare riguardo alle spese, alla composizione ed ai risultati della gestione delle attività nelle quali è investito il premio o il capitale assicurato.

1070 v. ROSSETTI, Commento "Art. 172 cod. ass.", in *Le assicurazioni*, a cura di La Torre, in *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 977 ss.

1071 v. LOCATELLI, Commento "Art. 177 cod. ass.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 1669, che rileva come "il fondamento dell'attribuzione del diritto di recesso assolve ad una funzione di protezione dell'assicurato (c. d. contraente debole); l'assicurato, infatti, si colloca in una posizione di svantaggio rispetto all'impresa di assicurazione, dotata di maggiori informazioni tecniche e di strumenti, in grado di persuadere l'assicurato a contrarre, e tale squilibrio è tanto più sentito in un settore delicato

Il riconoscimento di tale facoltà – limitata ai contratti di durata superiore ai sei mesi - è congiunto all'obbligo dell'impresa di informare il contraente in merito ad essa, evidenziandone espressamente i termini e le modalità di esercizio in relazione sia alla proposta, che al contratto di assicurazione.

La violazione di questa prescrizione è dalla dottrina ricondotta nel contesto della responsabilità precontrattuale¹⁰⁷².

In questo paragrafo sono stati esaminati gli obblighi informativi e formali posti a carico dell'impresa di assicurazione nell'ambito dell'attività di pubblicizzazione e commercializzazione dei prodotti assicurativi, al fine di riequilibrare normativamente la posizione del contraente debole.

La specificità del contratto in esame – che si incentra su un corretto apprezzamento del fattore "rischio", al fine della determinazione proporzionata dell'entità del premio, nonché della supposta assicurabilità dello stesso – presenta un ulteriore risvolto, concernente il diritto dell'assicuratore ad ottenere informazioni esatte da parte del contraente in ordine alle caratteristiche del "rischio" assicurato, legate a fattori soggettivi inerenti all'attività svolta, nonché ad essere edotto di eventuali aggravamenti od attenuazioni.

In questo senso sono operative le norme di cui agli artt. 1892 e 1893 c. c., in tema di dichiarazioni inesatte o reticenze dell'assicurato, sanzionate con l'annullabilità del contratto o col diritto di recesso in favore dell'assicuratore a seconda che siano state supportate o meno da dolo o colpa grave del primo; nonché le norme ex artt. 1897 e 1898 c. c., che riconoscono all'assicuratore il diritto di recedere dal contratto in presenza di aggravamenti o diminuzioni del rischio assicurato, causative di una diversa valutazione economica o addirittura incidenti sulla convenienza dell'operazione negoziale nel suo complesso¹⁰⁷³.

Queste disposizioni intervengono sull'equilibrio del rapporto sotto diversi profili, sia indirizzando la tutela verso la genuina formazione del consenso dell'assicuratore in ordine alla conclusione del contratto, in modo da ripianare la mancata conoscenza, da parte dello stesso, di circostanze soggettive legate alla persona dell'assicurato, sia consentendogli di sciogliersi dal vincolo contrattuale in presenza di sopravvenienze che ne abbiano alterato la base originaria¹⁰⁷⁴.

In conclusione, la normativa in vigore ha notevolmente ampliato l'ambito degli interventi diretti al riequilibrio dei rapporti assicurativi. Da un lato, sono previsti incisivi obblighi di trasparenza ed informazione a carico dell'impresa di assicurazione nella fase formativa del

come quello delle assicurazioni sulla vita, in cui il contraente risente di una scarsa informazione, accentuata dalla complessità che investe i prodotti assicurativi sulla vita".

1072 v. CANDIAN-DE NOVA-ROPO-VOLPE PUTZOLU-ZENO ZENCOVICH, *Il diritto di <<ripensamento>> nella disciplina del contratto di assicurazione sulla vita: una nuova forma di tutela dell'assicurato*, in *Dir. econ. assic.*, 1996, p. 109.

1073 cfr. RECCHIONI, *Le difformità tra il rischio reale ed il rischio rappresentato nel contratto assicurativo. L'aggravamento del rischio*, in *Arch. giur. circ.*, 2000, p. 201 ss.

1074 cfr. GAGLIARDI, *Equilibri informativi e diritti fondamentali nel contratto di assicurazione*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, a cura di Comandè, cit., p. 192-193, la quale – interpretando la disciplina codicistica in commento come strumentale alla realizzazione della funzione sociale sottesa al sistema assicurativo - afferma che "si può dire, con una prima approssimazione, che in materia assicurativa gli interventi normativi volti a risolvere gli aspetti di asimmetria informativa rispondono all'esigenza di tutelare l'autonomia contrattuale in senso pieno, cioè tendono a riportare le posizioni contrattuali delle parti su un piano di parità, con tutte le conseguenze del caso. In estrema sintesi, si pensi alla regolamentazione delle dichiarazioni inesatte o reticenti e dell'aggravamento o diminuzione del rischio (artt. 1892, 1893 e 1897, 1898 cod. civ.), che – solitamente ritenuta a tutto vantaggio dell'assicuratore – rispecchia in realtà l'esigenza di porre quest'ultimo nella condizione di valutare correttamente il rischio laddove non ha sufficiente conoscenza delle informazioni necessarie alla conclusione del contratto. L'obbligo dell'assicurato di rendere le dichiarazioni relative al rischio risponde alla logica di riequilibrare l'asimmetria informativa, consentendo alle parti di esercitare i loro diritti di autonomia e, al contempo, nella logica della teoria di impresa, di salvaguardare l'interesse generale della comunità degli assicurati al corretto inserimento del singolo rischio nella categoria più appropriata".

contratto; ed, in particolari casi, è riconosciuto all'assicurato il diritto di recesso dal rapporto in considerazione della posizione e del comportamento dell'assicuratore; dall'altro, sono contemplati, a favore dell'assicuratore (artt. 1897 e 1898 c. c.), i rimedi dell'annullabilità del contratto o del diritto di recesso nelle ipotesi di inesatte o reticenti dichiarazioni dell'assicurato, che non abbiano consentito un reale apprezzamento del rischio.

7.6. g) *i contratti di viaggio e la tutela del consumatore debole nella commercializzazione di "pacchetti" turistici: la nuova disciplina dettata dal Codice del turismo (D.Lgs 23 maggio 2011, n. 79).*

La diffusione del turismo di massa ha determinato l'emersione, nella prassi commerciale, di figure negoziali miste, predisposte dagli operatori del settore ed aventi ad oggetto la vendita di "pacchetti" relativi all'organizzazione del viaggio in tutti i suoi aspetti, dai trasferimenti alla recezione alberghiera, alle attività culturali e di svago, etc.

La predisposizione e la commercializzazione dei predetti "pacchetti" turistici ha assunto, sul finire dello scorso secolo, una dimensione imponente, palesando altresì l'esigenza di tutela del viaggiatore rispetto ad eventuali disservizi ed inadempimenti contrattuali del professionista predisponente, che spesso lo raggiungevano in un paese straniero, senza la possibilità di un rimedio immediato¹⁰⁷⁵.

In tale settore si registra una notevole asimmetria di conoscenze tra l'operatore ed il contraente debole, con l'esigenza di dover analiticamente regolamentare la fase precontrattuale al fine di fornire al viaggiatore tutte le informazioni utili per una corretta determinazione in ordine alla conclusione del contratto.

Il legislatore italo-comunitario, alla luce degli abusi manifestatisi nel settore da parte degli operatori turistici, intervenne in un primo momento con la direttiva 90/314/CEE, attuata per mezzo del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111, riferita ai viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso"¹⁰⁷⁶.

La disciplina è poi confluita nel Codice del consumo (artt. 82-100) ed attualmente nel Codice del turismo (D.Lgs 23 maggio 2011, n. 79), che ha elevato lo standard di protezione del contraente-debole, attuando in estensione massima il principio di trasparenza, sia sotto il profilo informativo che sotto quello formale, oltre a riconoscere il diritto di recesso per la salvaguardia rispetto a variazioni degli assetti negoziali¹⁰⁷⁷.

1075 v. ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1998, p. 357 ss.; PIERALLINI, *Viaggi, vacanze, circuiti tutto compreso. Commento al decreto legislativo 17/3/1995, n. 111*, Roma, 1995; FLAMINI, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli, 1999; MONTICELLI, *Contratto di viaggio turistico: leggi di settore e disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Una difficile <<omogeneizzazione>>*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 799 ss.

1076 v. FRANCESCHELLI-SILINGARDI, *Manuale di diritto del turismo*, Torino, 1999, p. 403, i quale precisano come l'obiettivo dell'azione comunitaria in materia era quello di "eliminare punti di squilibrio ancora esistenti fra la posizione soggettiva dell'operatore e quella del consumatore del servizio turistico nella regolamentazione privatistico dei reciproci rapporti contrattuali"; v. anche DE MARCHI, *La Direttiva 314/90 del 13 giugno 1990, sui viaggi e vacanze <<tutto compreso>> e la recezione nel nostro ordinamento mediante il d.lgs 17 marzo 1995, n. 111*, in *I contratti di viaggio e turismo*, a cura di Vaccà, Milano, 1995, p. 20, che rileva come "l'esigenza fondamentale per ogni consumatore di ricevere adeguate informazioni sul servizio che egli ha intenzione di acquistare, è particolarmente presente con riferimento ai viaggi/vacanze, specialmente quando si svolgono in Paesi stranieri generalmente sconosciuti agli utenti. Molto opportunamente, quindi, la Direttiva ha disciplinato dettagliatamente l'obbligo dell'organizzatore e/o venditore di fornire adeguate informazioni sulle caratteristiche del servizio descritto nell'opuscolo informativo".

1077 cfr. ANTONIOLI-CORIGLIANO, *Le azioni comunitarie nel turismo: politiche, obiettivi e implicazioni*, in *I contratti di viaggio e turismo*, a cura di Vaccà, cit., p. 211 ss.; ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, cit., p. 357 ss.

Inoltre, è stata accresciuta, mediante interventi differenziati, la vigilanza sulle imprese di settore, imponendo alle stesse specifici obblighi e garanzie, funzionali al duplice obiettivo della tutela del consumatore e della competitività concorrenziale nel mercato¹⁰⁷⁸.

La disciplina che ne è risultata è molto articolata e dotata di un ampio ambito applicativo, essendo ormai operativa, in forza dell'art. 32 cod. tur. in qualsiasi attività commerciale di organizzazione e vendita di "pacchetti" di viaggi e vacanze, anche se realizzata con tecniche di comunicazione a distanza.

In riferimento al principio di trasparenza, il legislatore dispone che i contratti di specie abbiano la forma scritta ed una chiara formulazione testuale, prescrivendone altresì il rilascio al consumatore di una copia vidimata dal venditore (art. 35 cod. tur.)¹⁰⁷⁹.

La dottrina, in ordine alle conseguenze derivanti dall'omissione dei menzionati requisiti formali, è oscillante tra l'orientamento secondo cui la violazione del precetto darebbe luogo ad una limitazione per il professionista della facoltà di provare in giudizio di aver adempiuto gli obblighi di legge e la tesi incline a considerare il requisito formale come un elemento di validità del negozio, la cui assenza ne determinerebbe la nullità.

Sembra opportuno propendere – in coerenza con le linee guida dell'ordinamento italo-comunitario – verso l'impostazione che attribuisce alla forma una funzione "protettiva" del contraente-debole, riconnettendo alla sua violazione effetti analoghi a quelli connessi all'inadempimento degli obblighi di informazione¹⁰⁸⁰.

L'art. 36 cod. tur. indica gli elementi che devono essere specificamente indicati nel contratto al fine di garantirne la trasparenza: essi sono riferiti all'identificazione del professionista, ai prezzi e ai costi della negoziazione, alla tutela assicurativa, alle facoltà contrattuali e di azionamento della tutela dei diritti, alle caratteristiche logistiche del viaggio¹⁰⁸¹.

1078 v. FRAGOLA, *Profilo comunitario del turismo*, Padova, 1996, p. 272 ss., il quale ha rilevato, in ordine alla Direttiva 90/314/CEE, come "la ratio delle norme contenute nella Direttiva debba essere intesa nel senso di un riavvicinamento delle legislazioni nazionali che assicuri al consumatore turista una tutela adeguata qualora si verifichi un rapporto contrattuale con l'operatore turistico relativo al servizio tutto compreso. Siffatto aspetto viene in rilievo ogni qualvolta il consumatore si avvale delle prestazioni del suddetto operatore".

1079 Art. 35 Cod. tur. (Forma dei contratti turistici). 1. Il contratto di vendita di pacchetti turistici e' redatto in forma scritta in termini chiari e precisi. Al turista deve essere rilasciata una copia del contratto stipulato e sottoscritto dall'organizzatore o venditore. 2. Il venditore che si obbliga a procurare a terzi, anche in via telematica, un servizio turistico disaggregato, e' tenuto a rilasciare al turista i documenti relativi a questo servizio portanti la sua firma, anche elettronica. Questi documenti o la fattura relativa riportano la somma pagata per il servizio.

1080 cfr. DE NOVA, *Tipico e atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, a cura di Silingardi-Antonini-Morand, Milano, 1996, p. 368.

1081 Art. 36 Cod. tur. (Elementi del contratto di vendita di pacchetti turistici). 1. Il contratto contiene i seguenti elementi: a) destinazione, durata, data d'inizio e conclusione, qualora sia previsto un soggiorno frazionato, durata del medesimo con relative date di inizio e fine; b) nome, indirizzo, numero di telefono ed estremi dell'autorizzazione all'esercizio dell'organizzatore o dell'intermediario che sottoscrive il contratto; c) prezzo del pacchetto turistico, modalita' della sua revisione, diritti e tasse sui servizi di atterraggio, sbarco ed imbarco nei porti ed aeroporti e gli altri oneri posti a carico del turista; d) importo, comunque non superiore al venticinque per cento del prezzo, da versarsi all'atto della prenotazione, nonche' il termine per il pagamento del saldo; il suddetto importo e' versato a titolo di caparra ma gli effetti di cui all'articolo 1385 del codice civile non si producono qualora il recesso dipenda da fatto sopravvenuto non imputabile, ovvero sia giustificato dal grave inadempimento della controparte; e) estremi della copertura assicurativa obbligatoria e delle ulteriori polizze convenute con il turista; f) mezzi, caratteristiche e tipologie di trasporto, data, ora, luogo della partenza e del ritorno, tipo di posto assegnato; g) ove il pacchetto turistico includa il trasporto aereo, il nome del vettore e la sua eventuale non conformita' alla regolamentazione dell'Unione europea; h) ove il pacchetto turistico includa la sistemazione in albergo, l'ubicazione, la categoria turistica, il livello, l'eventuale idoneita' all'accoglienza di persone disabili, nonche' le principali caratteristiche, la conformita' alla regolamentazione dello Stato membro ospitante, i pasti forniti; i) itinerario, visite, escursioni o altri servizi inclusi nel pacchetto turistico, ivi compresa la presenza di accompagnatori e guide turistiche; l) termine entro cui il turista deve essere informato dell'annullamento del viaggio per la mancata adesione del numero minimo dei partecipanti eventualmente previsto; m) accordi specifici sulle modalita' del viaggio espressamente convenuti tra l'organizzatore o l'intermediario e il turista al momento

Particolarmente importanti, sotto il profilo dell'informazione del consumatore, sono gli artt. 37 e 38 cod. tur.

Il primo stabilisce che nel corso delle trattative e comunque prima della conclusione del contratto, il venditore deve fornire per iscritto le informazioni di carattere generale concernenti le condizioni applicabili ai cittadini comunitari, in materia di passaporto e visto, con l'indicazione dei termini per il rilascio, nonché gli obblighi sanitari e le relative formalità per l'effettuazione del viaggio e del soggiorno¹⁰⁸².

Sempre per iscritto e prima dell'inizio del viaggio, il venditore è obbligato alla comunicazione di dati ben precisi, relativi alle concrete modalità di svolgimento del viaggio ed alle soluzioni logistiche delle varie strutture recettive, nonché alla possibilità di concludere un contratto di assicurazione a copertura delle spese sostenute dal consumatore per l'annullamento del contratto o per il rimpatrio in caso di incidente o malattia¹⁰⁸³.

Il requisito della trasparenza attiene anche al divieto, contenuto nel quarto comma, di fornire informazioni ingannevoli sulle modalità del servizio offerto, sul prezzo e sugli altri elementi del contratto, qualunque sia il mezzo col quale le stesse sono portate a conoscenza del consumatore.

L'art. 38 cod. tur., dedicato al contenuto dell'opuscolo informativo, stabilisce che esso debba indicare con precisione e chiarezza, gli elementi essenziali dell'oggetto dell'informazione¹⁰⁸⁴.

della prenotazione; n) eventuali spese poste a carico del turista per la cessione del contratto ad un terzo; o) termine entro il quale il turista deve presentare reclamo per l'inadempimento o l'inesatta esecuzione del contratto; p) termine entro il quale il turista deve comunicare la propria scelta in relazione alle modifiche delle condizioni contrattuali di cui all'articolo 41.

1082 Art. 37 Cod. tur. (Informazione del turista). 1. Nel corso delle trattative e comunque prima della conclusione del contratto, l'intermediario o l'organizzatore forniscono per iscritto informazioni di carattere generale concernenti le condizioni applicabili ai cittadini dello Stato membro dell'Unione europea in materia di passaporto e visto con l'indicazione dei termini per il rilascio, nonché gli obblighi sanitari e le relative formalità per l'effettuazione del viaggio e del soggiorno. 2. Prima dell'inizio del viaggio l'organizzatore e l'intermediario comunicano al turista per iscritto le seguenti informazioni: a) orari, località di sosta intermedia e coincidenze; b) generalità e recapito telefonico di eventuali rappresentanti locali dell'organizzatore o dell'intermediario ovvero di uffici locali contattabili dal turista in caso di difficoltà; c) recapito telefonico dell'organizzatore o dell'intermediario utilizzabile in caso di difficoltà in assenza di rappresentanti locali; d) per i viaggi ed i soggiorni di minore età all'estero, recapiti telefonici per stabilire un contatto diretto con questi o con il responsabile locale del suo soggiorno; e) la facoltà di sottoscrivere un contratto di assicurazione a copertura delle spese sostenute dal turista per l'annullamento del contratto o per il rimpatrio in caso di incidente o malattia. 3. Quando il contratto è stipulato nell'imminenza della partenza, le indicazioni contenute nel comma 1 devono essere fornite contestualmente alla stipula del contratto. 4. È fatto comunque divieto di fornire informazioni ingannevoli sulle modalità del servizio offerto, sul prezzo e sugli altri elementi del contratto qualunque sia il mezzo mediante il quale dette informazioni vengono comunicate al turista.

1083 v. STANZIONE-MUSIO, *I contratti relativi alla fornitura di servizi turistici*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, cit., p. 387-388, i quali rilevano come la lett. e) dell'art. 87 cod. cons. finisca per realizzare "una vera e propria limitazione all'autonomia privata del professionista", in quanto "prevede la possibilità per il turista di ottenere la sottoscrizione di un contratto di assicurazione a copertura delle spese per l'annullamento del contratto o per il rimpatrio in caso di malattia o incidente. Il professionista, sebbene non potrà essere tenuto a stipulare anche contratti di assicurazione, dovrà, comunque, mettere in condizione il turista di sottoscrivere tale assicurazione nel medesimo contesto del contratto di viaggio".

1084 Art. 38 Cod. tur. (Opuscolo informativo). 1. L'opuscolo indica in modo chiaro e preciso: a) la destinazione, il mezzo, il tipo, la categoria di trasporto utilizzato; b) la sistemazione in albergo o altro tipo di alloggio, l'esatta ubicazione con particolare riguardo alla distanza dalle principali attrazioni turistiche del luogo, la categoria o il livello e le caratteristiche principali con particolare riguardo agli standard qualitativi offerti, la sua approvazione e classificazione dello Stato ospitante; c) i pasti forniti; d) l'itinerario; e) le informazioni di carattere generale applicabili al cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea in materia di passaporto e visto con indicazione dei termini per il rilascio, nonché gli obblighi sanitari e le relative formalità da assolvere per l'effettuazione del viaggio e del soggiorno; f) l'importo o la percentuale di prezzo da versare come acconto e le scadenze per il versamento del saldo; g) l'indicazione del numero minimo di partecipanti eventualmente necessario per l'effettuazione del viaggio tutto compreso e del termine entro il quale il turista deve essere informato dell'annullamento del pacchetto turistico; h) i termini, le modalità, il soggetto nei cui riguardi si esercita il diritto di

Particolarmente importante è il secondo comma della norma che vincola l'organizzatore e il venditore all'assunzione delle rispettive responsabilità indicate nell'opuscolo, a meno che le eventuali modifiche non siano comunicate per iscritto al consumatore prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, posteriore alla stipulazione medesima.

Il codice del consumo, benché non imponga un criterio di proporzionalità economica tra le prestazioni delle parti, nell'art. 40 cod. tur., disciplina l'eventuale revisione del prezzo del pacchetto turistico, ammettendola solo se espressamente prevista nel contratto, con la definizione delle modalità di calcolo e solo in conseguenza di determinati eventi sopravvenuti, incidenti in aumento sull'entità dei costi, i quali, peraltro, devono essere debitamente documentati dal venditore¹⁰⁸⁵.

Il legislatore, nel limitare l'aumento massimo del prezzo – che non può verificarsi nei venti giorni antecedenti alla partenza - al dieci per cento del suo originario ammontare, riconosce, nell'ipotesi in cui l'incremento ecceda il predetto limite, in favore del consumatore-acquirente il diritto di recedere dal contratto, previo rimborso delle somme già versate¹⁰⁸⁶.

L'art. 41 cod. tur. regola le modalità di variazione delle condizioni contrattuali, prescrivendo che, ove ciò occorra antecedentemente alla partenza, il venditore od organizzatore dia immediato avviso per iscritto al consumatore, indicando il tipo di modifica e le conseguenti variazioni di prezzo. Quest'ultimo, che è tenuto a comunicare se aderisce o non alla proposta di modifica entro due giorni lavorativi dal momento del ricevimento dell'avviso, in caso di non accettazione della variazione, può recedere dal contratto, senza pagamento di penali.

Rilevante sotto il profilo dell'equilibrio del contratto sul piano normativo, è l'imposizione, a carico dell'organizzatore, dell'obbligo di apprestare adeguate soluzioni alternative in caso di sopravvenuta impossibilità di esecuzione di una parte dei servizi oggetto del pacchetto turistico, in corso di svolgimento del viaggio, senza oneri per il consumatore; in caso negativo,

recesso ai sensi degli articoli da 64 a 67 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, nel caso di contratto negoziato fuori dei locali commerciali o a distanza; i) gli estremi della copertura assicurativa obbligatoria, delle eventuali polizze assicurative facoltative a copertura delle spese sostenute dal turista per l'annullamento del contratto o per il rimpatrio in caso di incidente o malattia, nonché delle eventuali ulteriori polizze assicurative sottoscritte dal turista in relazione al contratto. 2. Le informazioni contenute nell'opuscolo vincolano l'organizzatore e l'intermediario in relazione alle rispettive responsabilità, a meno che le modifiche delle condizioni ivi indicate non siano comunicate per iscritto al turista prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, successivamente alla stipulazione. 3. Sono parificati all'opuscolo le informazioni ed i materiali illustrativi divulgati su supporto elettronico o per via telematica.

1085 Art. 40 Cod. tur. (Revisione del prezzo). 1. La revisione del prezzo forfetario di vendita di pacchetto turistico convenuto dalle parti è ammessa solo quando sia stata espressamente prevista nel contratto, anche con la definizione delle modalità di calcolo, in conseguenza della variazione del costo del trasporto, del carburante, dei diritti e delle tasse quali quelle di atterraggio, di sbarco o imbarco nei porti o negli aeroporti, del tasso di cambio applicato. I costi devono essere adeguatamente documentati dal venditore. 2. La revisione al rialzo non può in ogni caso essere superiore al dieci per cento del prezzo nel suo originario ammontare. 3. Quando l'aumento del prezzo supera la percentuale di cui al comma 2, l'acquirente può recedere dal contratto, previo rimborso delle somme già versate alla controparte. 4. Il prezzo non può in ogni caso essere aumentato nei venti giorni che precedono la partenza.

1086 Si tratta di una previsione molto importante in favore del consumatore, come sottolinea PUTTI, *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso*, in Giuggioli-Martinello-Putti-Saccomani-Vignolo, *Le vendite di beni e servizi, I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 492, che rileva come non sia "alcun dubbio che il potere di variazione unilaterale del prezzo, così come riconosciuto senza particolari correttivi all'operatore turistico prima dell'entrata in vigore della Direttiva e quindi della vigenza della CCV, determinasse a favore di quest'ultimo un considerevole ed ingiusto vantaggio nei confronti del consumatore-turista che non di rado si vedeva costretto a recedere dal contratto senza alcun indennizzo a seguito di considerevoli ed ingiustificati aumenti di prezzo".

l'organizzatore è obbligato al rimborso al consumatore dell'eccedenza tra il costo delle prestazioni previste e quello delle prestazioni effettuate¹⁰⁸⁷.

In tale ultimo versante, si pone l'art. 42 cod. tur., che disciplina i diritti spettanti *ex lege* al consumatore in caso di recesso dal contratto o annullamento dei servizi¹⁰⁸⁸.

In caso di recesso o di cancellazione antecedente alla partenza, fatta salva l'ipotesi in cui ricorra la colpa dell'acquirente, è riconosciuta a questo il diritto di usufruire di un altro pacchetto turistico di qualità equivalente o superiore senza supplemento di prezzo ovvero anche qualitativamente inferiore, ma in questo caso con la restituzione della differenza di prezzo. Diversamente, entro sette giorni lavorativi dal recesso o dalla cancellazione, al consumatore deve essere rimborsata la somma corrisposta¹⁰⁸⁹.

In tali ipotesi, inoltre, il consumatore ha diritto al risarcimento di ogni eventuale danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto.

7.7. *h) i contratti di "multiproprietà", "relativi a un prodotto per le vacanze", di "rivendita" e di "scambio" nel contesto dei rapporti di consumo, a seguito della riforma apportata dal Codice del turismo (D.Lgs 23 maggio 2011, n. 79).*

La disciplina dei contratti finalizzati all'acquisto di un diritto di godimento ripartito di beni immobili ha avuto un *iter* evolutivo molto complesso, essendo stata originariamente definita dal d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427, attuativo della direttiva 94/47/CE, riguardante la tutela del consumatore nell'ambito di operazioni commerciali di tal genere¹⁰⁹⁰, per poi confluire nel Codice del consumo.

1087 Art. 41 Cod. tur. (Modifiche delle condizioni contrattuali). 1. Prima della partenza l'organizzatore o l'intermediario che abbia necessita' di modificare in modo significativo uno o piu' elementi del contratto, ne da' immediato avviso in forma scritta al turista, indicando il tipo di modifica e la variazione del prezzo che ne consegue, ai sensi dell'articolo 40. 2. Ove non accetti la proposta di modifica di cui al comma 1, il turista puo' recedere, senza pagamento di penali, ed ha diritto a quanto previsto nell'articolo 42. 3. Il turista comunica la propria scelta all'organizzatore o all'intermediario entro due giorni lavorativi dal momento in cui ha ricevuto l'avviso indicato al comma 2. 4. Dopo la partenza, quando una parte essenziale dei servizi previsti dal contratto non puo' essere effettuata, l'organizzatore predispone adeguate soluzioni alternative per la prosecuzione del viaggio programmato non comportanti oneri di qualsiasi tipo a carico del turista, oppure rimborsa quest'ultimo nei limiti della differenza tra le prestazioni originariamente previste e quelle effettuate, salvo il risarcimento del danno. 5. Se non e' possibile alcuna soluzione alternativa o il turista non l'accetta per un giustificato motivo, l'organizzatore gli mette a disposizione un mezzo di trasporto equivalente per il ritorno al luogo di partenza o ad altro luogo convenuto, e gli restituisce la differenza tra il costo delle prestazioni previste e quello delle prestazioni effettuate fino al momento del rientro anticipato.

1088 Art. 42 Cod. tur. (Diritti del turista in caso di recesso o annullamento del servizio). 1. Quando il turista recede dal contratto nei casi previsti dagli articoli 40 e 41, o il pacchetto turistico viene cancellato prima della partenza per qualsiasi motivo, tranne che per colpa del turista, questi ha diritto di usufruire di un altro pacchetto turistico di qualita' equivalente o superiore senza supplemento di prezzo o di un pacchetto turistico qualitativamente inferiore, previa restituzione della differenza del prezzo, oppure gli e' rimborsata, entro sette giorni lavorativi dal momento del recesso o della cancellazione, la somma di danaro gia' corrisposta. 2. Nei casi previsti dal comma 1 il turista ha diritto ad essere risarcito di ogni ulteriore danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto. 3. Il comma 2 non si applica quando la cancellazione del pacchetto turistico dipende dal mancato raggiungimento del numero minimo di partecipanti eventualmente richiesto ed il turista sia stato informato in forma scritta almeno venti giorni prima della data prevista per la partenza, oppure da causa di forza maggiore, escluso in ogni caso l'eccesso di prenotazioni.

1089 v. ALVISI, *Recesso e disdette turistiche*, in *Dir. tur.*, 2005, p. 221 ss.

1090 v. DE NOVA, *Multiproprietà e disciplina dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 5 ss.; MORELLO, *La direttiva sulla multiproprietà: un nuovo sistema a tutela degli acquirenti non professionali*, in *Not.*, 1999, p. 105 ss.; ALPA, *Il recepimento della direttiva comunitaria in materia di multiproprietà: un'analisi comparativa*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 193 ss.

Di recente, tuttavia, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia con il d.lgs 23 maggio 2011, n. 79 (attuativo della direttiva 2008/122/CE), il cui art. 2 ha integralmente sostituito il Titolo IV, capo I del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206, stabilendo una nuova ed articolata regolamentazione in tema di contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e contratti di scambio.

La riforma ha accresciuto il livello di tutela riconosciuto al consumatore, introducendo un maggiore grado di specificazione delle diverse fattispecie negoziali.

Al riguardo, infatti, il nuovo testo dell'art. 69 cod. cons. – per come modificato dall'art. 2 del d.lgs 23 maggio 2011, n. 79 – individua: la multiproprietà nel contratto di durata superiore a un anno tramite il quale un consumatore acquisisce a titolo oneroso il diritto di godimento su uno o più alloggi per il pernottamento per più di un periodo di occupazione; il "contratto di rivendita" nel negozio attraverso cui un operatore assiste a titolo oneroso un consumatore nella vendita o nell'acquisto di una multiproprietà o di un prodotto per le vacanze a lungo termine; il "contratto di scambio" nel negozio ai sensi del quale un consumatore partecipa a titolo oneroso a un sistema di scambio che gli consente l'accesso all'alloggio per il pernottamento o ad altri servizi in cambio della concessione ad altri dell'accesso temporaneo ai vantaggi che risultano dai diritti derivanti dal suo contratto.

Tale formulazione fa seguito al laconico testo del previgente art. 69 cod. cons., il quale si limitava a definire la multiproprietà come il contratto della durata di almeno tre anni attraverso il quale - dietro il pagamento di un prezzo globale - si costituisce, si trasferisce o si promette di costituire o trasferire, direttamente o indirettamente, un diritto reale ovvero un altro diritto avente ad oggetto il godimento di uno o più beni immobili, per un periodo determinato o determinabile dell'anno non inferiore ad una settimana¹⁰⁹¹.

L'innovazione apportata con il d.lgs 23 maggio 2011, n. 79, incrementando l'analiticità della previsione normativa relativa all'ambito di applicazione della disciplina in esame, ha elevato il livello di tutela del consumatore, al fine di consentire allo stesso di addivenire consapevolmente al procedimento di autodeterminazione in ordine alla stipula di negozi vertenti in questo settore commerciale¹⁰⁹².

Il legislatore a tal fine impone dei penetranti obblighi informativi in capo al venditore, sia nell'ambito delle promozioni ed iniziative pubblicitarie (art. 70 cod. cons.¹⁰⁹³) che nella fase precontrattuale (art. 71 cod. cons.¹⁰⁹⁴).

1091 Art. 69 cod. cons. testo previgente. (Definizioni). 1. Ai fini del presente capo si intende per: a) contratto: uno o più contratti della durata di almeno tre anni con i quali, verso pagamento di un prezzo globale, si costituisce, si trasferisce o si promette di costituire o trasferire, direttamente o indirettamente, un diritto reale ovvero un altro diritto avente ad oggetto il godimento di uno o più beni immobili, per un periodo determinato o determinabile dell'anno non inferiore ad una settimana; b) acquirente: il consumatore in favore del quale si costituisce, si trasferisce o si promette di costituire o di trasferire il diritto oggetto del contratto; c) venditore: la persona fisica o giuridica che, nell'ambito della sua attività professionale, costituisce, trasferisce o promette di costituire o di trasferire il diritto oggetto del contratto; al venditore è equiparato ai fini dell'applicazione del codice colui che, a qualsiasi titolo, promuove la costituzione, il trasferimento o la promessa di trasferimento del diritto oggetto del contratto; d) bene immobile: un immobile, anche con destinazione alberghiera, o parte di esso, per uso abitazione o per uso alberghiero o per uso turistico-ricettivo, su cui verte il diritto oggetto del contratto.

1092 cfr. TASSONI, *I diritti a tempo parziale su beni immobili. Un contributo allo studio della multiproprietà*, Padova, 1999, p. 201 ss.; MORELLO, *Diritti di godimento a tempo parziale su immobili: le linee di una nuova disciplina*, in *Contr.*, 1999, p. 57 ss.

1093 Art. 70 cod. cons. (Pubblicità). 1. Se un contratto di multiproprietà, un contratto relativo a un prodotto per le vacanze di lungo termine o un contratto di rivendita o di scambio viene offerto al consumatore in persona nell'ambito di una promozione o di un'iniziativa di vendita, l'operatore indica chiaramente nell'invito lo scopo commerciale e la natura dell'evento. Le informazioni di cui all'articolo 71, comma 1, sono a disposizione del consumatore in qualsiasi momento durante l'evento. 2. È fatto obbligo all'operatore di specificare in ogni pubblicità la possibilità di ottenere le informazioni di cui all'articolo 71, comma 1, e di indicare le modalità sul come ottenerle. 3. Una multiproprietà o un prodotto per le vacanze di lungo termine non sono commercializzati o venduti come investimenti.

Siffatta disciplina è finalizzata a colmare la disparità di forza negoziale originariamente esistente tra il professionista-venditore ed il consumatore, riconducendo il rapporto ad un apparente equilibrio normativo.

Al riguardo, è significativa la previsione di formulari informativi riferiti alle singole tipologie contrattuali (d.lgs 23 maggio 2011, n. 79, Allegati II-*bis*, II-*ter*, II-*quater*), a cui si aggiunge un formulario separato volto a facilitare l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore (d.lgs 23 maggio 2011, n. 79, Allegato II-*sexies*).

Sul punto, l'art. 71 cod. cons. dispone che l'operatore è tenuto a fornire - in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta - in maniera chiara e comprensibile, informazioni accurate e sufficienti, attraverso i formulari informativi menzionati, precisando, ai fini della trasparenza, che le stesse debbano essere contenute su carta o altro supporto durevole facilmente accessibile e redatte nella lingua italiana ed in una delle lingue dello Stato dell'Unione europea in cui il consumatore risiede o è cittadino.

In tali informazioni, estremamente dettagliate, sono indicati gli elementi concernenti il diritto oggetto del contratto proposto, l'identità del venditore, la descrizione logistico-ambientale dell'immobile, ed altri numerosi aspetti volti a favorire la precisa individuazione dello stesso, nonché le questioni giuridiche ed urbanistiche sottese alla costruzione.

Un'ampia sezione è riservata alla disciplina del recesso dal contratto, con l'indicazione delle modalità di esercizio e delle altre disposizioni poste in favore del consumatore¹⁰⁹⁵.

È, inoltre, escluso il potere del venditore di apportare modifiche agli elementi del documento informativo, a meno che le stesse non siano dovute a circostanze indipendenti dalla sua volontà; in tale ultimo caso le modifiche devono essere comunicate alla parte interessata prima della conclusione del contratto e devono essere in esso inserite.

In conseguenza della violazione dei predetti obblighi informativi, il Codice del consumo si limita a prevedere l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria ed in caso di recidiva l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria della sospensione dall'esercizio dell'attività (art. 81 cod. cons.¹⁰⁹⁶), senza interloquire sul piano civilistico, atteso che le indicazioni contenute nel foglio informativo devono confluire, ai sensi dell'art. 72 cod. cons., nel testo del contratto di cui costituiscono parte integrante¹⁰⁹⁷.

1094 Art. 71 cod. cons. (Informazioni precontrattuali). 1. In tempo utile prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta, l'operatore fornisce al consumatore, in maniera chiara e comprensibile, informazioni accurate e sufficienti, secondo le seguenti modalità: a) nel caso di un contratto di multiproprietà, tramite il formulario informativo di cui all'allegato II bis e le informazioni elencate nella parte 3 di detto formulario; b) nel caso di un contratto relativo a un prodotto per le vacanze di lungo termine, tramite il formulario informativo di cui all'allegato II-ter e le informazioni elencate nella parte 3 di detto formulario; c) nel caso di un contratto di rivendita, tramite il formulario informativo di cui all'allegato II-quater e le informazioni elencate nella parte 3 di detto formulario; d) nel caso di un contratto di scambio, tramite il formulario informativo di cui all'allegato II-quinquies e le informazioni elencate nella parte 3 di detto formulario. 2. Le informazioni di cui al comma 1 sono fornite a titolo gratuito dall'operatore su carta o altro supporto durevole facilmente accessibile al consumatore. 3. Le informazioni di cui al comma 1, sono redatte nella lingua italiana e in una delle lingue dello Stato dell'Unione europea in cui il consumatore risiede oppure di cui è cittadino, a scelta di quest'ultimo, purché si tratti di una lingua ufficiale della Unione europea.

1095 v. CIATTI, *Il recepimento della direttiva comunitaria in tema di godimento turnario di beni immobili ("multiproprietà")*, in *Contr. impr. eur.*, 1999, p. 525 ss.; VINCENTI, *Attuazione della direttiva comunitaria sui contratti relativi alla c.d. multiproprietà*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1999, p. 59 ss.

1096 Art. 81 cod. cons. (Sanzioni). 1. Salvo che il fatto costituisca reato, l'operatore che contravviene alle norme di cui agli articoli 70, commi 1 e 2, 71, 72, 72-bis, 75, 76 e 77, è punito, per ogni singola violazione, con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 euro a 5.000 euro. 2. Si applica la sanzione amministrativa accessoria della sospensione dall'esercizio dell'attività da 30 giorni a sei mesi all'operatore che abbia commesso una ripetuta violazione delle disposizioni di cui al comma 1. 3. Ai fini dell'accertamento dell'infrazione e dell'applicazione della sanzione, si applica l'articolo 62, comma 3.

1097 Art. 72 cod. cons. (Requisiti del contratto). 1. Il contratto deve essere redatto per iscritto, a pena di nullità, su carta o altro supporto durevole, nella lingua italiana e in una delle lingue dello Stato dell'Unione europea in cui il consumatore risiede oppure di cui è cittadino, a sua scelta, purché si tratti di una lingua ufficiale della Unione

La dottrina prevalente, sul punto, ritiene che l'omissione delle informazioni previste integri gli estremi della responsabilità pre-contrattuale, con la contestuale insorgenza in capo al professionista di un obbligo risarcitorio in favore del consumatore¹⁰⁹⁸; nel caso, però, che questi dimostri che, se fosse stato correttamente informato, non avrebbe concluso il contratto, potrà ottenerne l'annullamento.

La tesi orientata nel senso dell'annullamento è preferibile rispetto a quella della nullità tradizionale, perché, a differenza da questa sanzione che, in via di massima, configura un contratto esistente nella realtà di fatto, ma improduttivo di effetti giuridici tipici, nella fattispecie caratterizzata da una distorta o incompleta informazione, che alteri il consenso del consumatore, l'annullabilità non è ostativa alla possibilità della conservazione del negozio a seguito di accettazione sia pure condizionata da parte di quest'ultimo o di omissione di impugnazione.

Un ruolo importante in relazione al riequilibrio normativo del contratto è riservato al diritto di recesso, inteso nel senso di *jus poenitendi* e di strumento di tutela del contraente-debole a fronte di omissioni informative.

Infatti, la riforma apportata dal legislatore con il d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, ha modificato ulteriormente la disciplina del recesso – prescrivendo l'obbligo dell'operatore di informare il contraente debole prima della conclusione del contratto sulle clausole concernenti l'esistenza e la durata dello *jus poenitendi*, stabilendo che le stesse debbano essere sottoscritte separatamente - elevando il livello di tutela riconosciuto al consumatore.

Nel dettaglio occorre rilevare come, ai sensi del nuovo art. 73 cod. cons.¹⁰⁹⁹, il recesso è esercitabile entro quattordici giorni, naturali e consecutivi, dalla stipulazione del negozio, senza la necessità di doverne spiegare il motivo.

europea. 2. Nel caso di un contratto di multiproprietà relativo a un bene immobile specifico, è fatto obbligo all'operatore di fornire al consumatore anche una traduzione conforme del contratto nella lingua dello Stato dell'Unione europea in cui è situato l'immobile. 3. In ogni caso, per qualsiasi tipo di contratto disciplinato dal presente Capo, all'operatore che svolge la propria attività di vendita nel territorio nazionale è fatto obbligo di fornire al consumatore il relativo contratto anche nella lingua italiana. 4. Le informazioni di cui all'articolo 71, comma 1, costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto e non possono essere modificate salvo qualora vi sia l'accordo esplicito delle parti oppure qualora le modifiche siano causate da circostanze eccezionali e imprevedibili, indipendenti dalla volontà dell'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate neanche con la dovuta diligenza. Tali modifiche, indicate espressamente nel contratto, sono comunicate al consumatore su carta o altro supporto durevole a lui facilmente accessibile, prima della conclusione del contratto. 5. Il contratto contiene, oltre alle informazioni di cui all'articolo 71, comma 1, i seguenti ulteriori elementi: a) l'identità, il luogo di residenza e la firma di ciascuna delle parti; b) la data e il luogo di conclusione del contratto. 6. Prima della conclusione del contratto l'operatore informa il consumatore sulle clausole contrattuali concernenti l'esistenza del diritto di recesso, la durata del periodo di recesso di cui all'articolo 73 e il divieto di versare acconti durante il periodo di recesso di cui all'articolo 76, le quali devono essere sottoscritte separatamente dal consumatore. Il contratto include un formulario separato di recesso, come riportato nell'allegato II-sexies, inteso ad agevolare l'esercizio del diritto di recesso in conformità dell'articolo 73. 7. Il consumatore riceve una copia o più copie del contratto all'atto della sua conclusione.

1098 v. De Nova-Giuggioli-Leo, *La multiproprietà, d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427*, Milano, 1999, p. 528 ss., laddove si afferma che l'omissione o l'errata indicazione delle informazioni prescritte, determini l'insorgenza di responsabilità per il professionista. In particolare si sostiene che "questo comportamento costituirà un ipotesi di *culpa in contrahendo*, punibile ex art. 1337. Codice civile. È bene però precisare che il venditore non incorrerà in detta responsabilità sino a quando non siano iniziate le trattative".

1099 Art. 73 cod. cons. (Diritto di recesso). 1. Al consumatore è concesso un periodo di quattordici giorni, naturali e consecutivi, per recedere, senza specificare il motivo, dal contratto di multiproprietà, dal contratto relativo a prodotti per le vacanze di lungo termine, dal contratto di rivendita e di scambio. 2. Il periodo di recesso si calcola: a) dal giorno della conclusione del contratto definitivo o del contratto preliminare; b) dal giorno in cui il consumatore riceve il contratto definitivo o il contratto preliminare, se posteriore alla data di cui alla lettera a). 3. Il periodo di recesso scade: a) dopo un anno e quattordici giorni a decorrere dalla data di cui al comma 2 del presente articolo se il formulario di recesso separato previsto all'articolo 72, comma 4, non è stato compilato dall'operatore e consegnato al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole; b) dopo tre mesi e quattordici giorni a partire dalla data di cui al comma 2 del presente articolo se le informazioni di cui all'articolo 71, comma 1, incluso

Particolarmente importante è la previsione secondo cui il termine di esercizio dello *jus poenitendi* è prolungato: ad un anno e quattordici giorni, nell'ipotesi in cui il formulario di recesso separato non sia stato compilato dall'operatore e consegnato al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole; a tre mesi e quattordici giorni se le informazioni precontrattuali previste dall'art. 71 cod. cons., incluso il formulario informativo indicato negli Allegati, non siano state fornite al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole.

La nuova disciplina prevede ulteriormente che qualora il formulario separato di recesso sia stato compilato dall'operatore e consegnato al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole, entro un anno dalla conclusione del contratto, il termine per l'esercizio dello *jus poenitendi* inizia a decorrere dal giorno in cui il contraente-debole ha ricevuto il formulario *de quo*.

Analogamente nell'ipotesi in cui le informazioni di cui all'art. 71 cod. cons. siano state fornite per iscritto al consumatore entro tre mesi dalla stipulazione del negozio, il termine per recedere decorrerà dal momento della ricezione delle stesse.

In ordine alle modalità attraverso cui esercitare il recesso, il legislatore stabilisce che esso debba avvenire mediante comunicazione scritta, su carta o altro supporto durevole che assicuri la prova della spedizione anteriore allo spirare del termine, alla persona indicata nel contratto o in mancanza all'operatore.

A tal fine, pur senza la sussistenza di un obbligo in tal senso, il consumatore potrà avvalersi del formulario di recesso all'uopo predisposto, la cui previsione ha come scopo proprio quello di agevolare il contraente debole nell'attuazione pratica dei propri diritti.

Inoltre, è esclusa per l'acquirente che si avvalga dello *jus poenitendi* ogni spesa e penalità, nonché l'obbligo di pagare il valore corrispondente all'eventuale servizio ottenuto prima del recesso (art. 74 cod. cons.¹¹⁰⁰).

Alla luce della disciplina definita dal d.lgs 23 maggio 2011, n. 79, si deve considerare come l'attribuzione del diritto di recedere *ad nutum* dal contratto, in deroga al principio della buona fede oggettiva, e l'ampiezza dei termini di esercizio di esso, tenda a ripristinare l'equilibrio normativo *ab initio* compromesso dalla sensibile disparità di potere economico-negoziale tra le parti contraenti¹¹⁰¹.

il formulario informativo applicabile di cui agli allegati da III a VI, non sono state fornite al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole. 4. Se il formulario separato di recesso previsto all'articolo 72, comma 4, è stato compilato dall'operatore e consegnato al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole, entro un anno dalla data di cui al comma 2 del presente articolo, il periodo di recesso inizia a decorrere dal giorno in cui il consumatore riceve tale formulario. Analogamente, se le informazioni di cui all'articolo 71, comma 1, incluso il formulario informativo applicabile di cui agli allegati da III a VI, sono state fornite al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole, entro tre mesi dal giorno di cui al comma 2 del presente articolo, il periodo di recesso inizia a decorrere dal giorno in cui il consumatore riceve tali informazioni. 5. Nel caso in cui il contratto di scambio sia offerto al consumatore contestualmente al contratto di multiproprietà, ai due contratti si applica un unico periodo di recesso conformemente al comma 1. Il periodo di recesso per i due contratti è calcolato secondo le disposizioni del comma 2.

1100 Art. 74 cod. cons. (Modalità di esercizio ed effetti del diritto di recesso). 1. Il diritto di recesso da parte del consumatore si esercita dandone comunicazione scritta, su carta o altro supporto durevole che assicuri la prova della spedizione anteriore alla scadenza del periodo di recesso, alla persona indicata nel contratto o, in mancanza, all'operatore. 2. All'uopo, il consumatore può utilizzare il formulario di recesso di cui all'allegato VII fornito dall'operatore a norma dell'articolo 72, comma 4. 3. L'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, nei modi indicati al comma 1, pone fine all'obbligo delle parti di eseguire il contratto. 4. Il consumatore che esercita il diritto di recesso, non sostiene alcuna spesa, non è tenuto a pagare alcuna penalità, né è debitore del valore corrispondente all'eventuale servizio reso prima del recesso.

1101 Si rinvia ai già menzionati autori: v. ZORZI GALGANO, *Lo jus poenitendi del consumatore*, in *Vita not.*, 2007, p. 55; BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, cit., p. 380; CHERUBINI, *Tutela del <<contraente debole>> nella formazione del consenso*, cit., p. 81.

Questo obiettivo è perseguito anche mediante la disposizione dell'art. 78 cod. cons.¹¹⁰², che sancisce la nullità delle clausole contrattuali o dei patti aggiunti di rinuncia dell'acquirente ai diritti a lui riconosciuti dalla legge ovvero di limitazione delle responsabilità previste a carico del venditore, e prevede inderogabilmente, per le controversie che insorgono sui rapporti negoziali considerati, la competenza dell'autorità giurisdizionale del luogo di residenza o del domicilio dell'acquirente, se ubicati nel territorio dello Stato¹¹⁰³.

La normativa in esame nel complesso eleva notevolmente il livello di tutela del contraente debole nell'ambito di tipologie contrattuali di ampia diffusione, dando compiutezza e organicità ad un processo regolamentare che ha ragionevolmente ricondotto i contratti di "multiproprietà", "relativi a un prodotto per le vacanze", di "rivendita" e di "scambio" nel contesto dei rapporti di consumo¹¹⁰⁴.

7.8. i) *il commercio elettronico e le comunicazioni elettroniche.*

Il settore del commercio elettronico e delle relative comunicazioni, sviluppatosi rapidamente negli anni Novanta, è stato assoggettato ad una particolareggiata disciplina normativa in sede comunitaria, a tutela del consumatore, che ponga in essere acquisti per mezzo di sistemi informatici e di comunicazione a distanza, i quali non consentono la formazione del consenso con le consuete modalità riscontrabili nel diritto comune dei contratti¹¹⁰⁵.

La legislazione italo-comunitaria, in funzione dell'equilibrio normativo, garantisce la piena applicazione del principio di trasparenza, sia ponendo a carico del professionista penetranti obblighi informativi in sede precontrattuale, sia ricorrendo a prescrizioni formali destinate a veicolare nel contenuto contrattuale le predette informazioni, in modo da accrescere al massimo la sua consapevolezza nel processo di autodeterminazione alla stipulazione del negozio.

Anche in questa tipologia contrattuale, il diritto di recesso, nella accezione di *jus poenitendi*, esercitabile in deroga all'efficacia vincolante del contratto, svolge un ruolo importante a protezione del contraente debole a fronte dello squilibrio del rapporto a vantaggio del professionista.

La disciplina del commercio elettronico è frazionata in diverse raccolte normative.

1102 Art. 78 cod. cons. (Carattere imperativo delle disposizioni e applicazione in casi internazionali). 1. Sono nulle le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti dal presente capo o di limitazione delle responsabilità previste a carico dell'operatore. 2. Per le controversie derivanti dall'applicazione del presente capo, la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato. 3. Ove le parti abbiano scelto di applicare ai contratti di cui al presente capo, una legislazione diversa da quella italiana, al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni di tutela previste dal presente capo. 4. Ove la legge applicabile sia quella di un paese extracomunitario, i consumatori non possono essere privati della tutela garantita dal presente codice, nel caso di: a) uno qualsiasi dei beni immobili interessati è situato sul territorio nazionale o di uno Stato dell'Unione europea; b) nel caso di un contratto non direttamente collegato a beni immobili, l'operatore svolga attività commerciali o professionali in Italia o in uno Stato dell'Unione europea o diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso l'Italia o uno Stato dell'Unione europea e il contratto rientri nell'ambito di dette attività.

1103 v. MORELLO, *Diritti di godimento a tempo parziale su immobili: le linee di una nuova disciplina*, cit., p. 57 ss.; TASSONI, *I diritti a tempo parziale su beni immobili. Un contributo allo studio della multiproprietà*, cit., p. 201 ss.

1104 v. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 135-136, il quale rileva come la ricomprensione della multiproprietà nell'ambito del Codice del consumo, abbia comportato – anche per mezzo delle modifiche apportate alla previgente disciplina – “un risultato apprezzabile sul piano della sistemazione della disciplina nel quadro dei contratti di consumo”.

1105 v. ZENO ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2000, p. 447 ss.; ID., *La nuova disciplina del commercio elettronico alla luce del D.Lgs. n. 70/2003: questioni generali e ambiti di applicazione*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, p. 35 ss.; STANZIONE-SICA (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002; BILOTTA (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, IX, *Computer e nuove tecnologie di comunicazione*, Torino, 2004.

Il Codice del consumo prende in considerazione tale settore all'art. 68, il quale, per le offerte di servizi della società dell'informazione, realizzate in via elettronica ai consumatori, stabilisce che, riguardo agli aspetti non regolamentati dalle altre disposizioni contenute nel medesimo testo normativo, debbano trovare applicazione le norme di cui al d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni profili giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare del commercio elettronico, nel mercato interno¹¹⁰⁶.

La dottrina su una questione, di valenza soltanto teorica, concernente la rilevanza dell'art. 68 cod. cons. nell'ambito della disciplina del commercio elettronico, ha prospettato diverse tesi oscillanti da quella svalutativa che riconosce ad esso una funzione di collegamento con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, a quella dell'estensione a questo settore dei principi consumeristici generali.

Ferma la sterilità pratica della questione, le due teorie non appaiono alternative, bensì in rapporto di integrazione reciproca: se è indiscutibile la funzione di coordinamento svolta dalla norma – in coerenza con la tecnica codicistica del rinvio a fonti normative esterne – è altrettanto innegabile che la collocazione del commercio elettronico nel contesto dei rapporti di consumo favorisce l'applicabilità dei principi generali in materia.

Nella disciplina contenuta nel d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, si riscontrano varie disposizioni volte alla tutela del consumatore, attraverso il riequilibrio normativo del contratto.

Al riguardo, si osserva come l'art. 7¹¹⁰⁷, sancisce, infatti, il dovere del prestatore del servizio – ossia del soggetto che esercita effettivamente un'attività economica mediante una stabile organizzazione per tempo indeterminato dei mezzi di comunicazione o di connessione elettronica – di rendere accessibili al potenziale destinatario ed alle Autorità competenti determinate informazioni tese alla pronta identificazione personale e commerciale ed all'indicazione dei prezzi e delle tariffe dei servizi forniti dalla società, con la specificazione se comprensivi o meno di imposte, di costi di consegna ed altri elementi aggiuntivi.

Tale disposizione tende ad attuare il principio di trasparenza in relazione alla identificazione del professionista, all'individuazione delle caratteristiche del bene o servizio ed all'intera

1106 v. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006; SCORZA, *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in internet*, Padova, 2006.

1107 Art. 7 d.lgs 9 aprile 2003, n. 70 (*Informazioni generali obbligatorie*). 1. Il prestatore, in aggiunta agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, deve rendere facilmente accessibili, in modo diretto e permanente, ai destinatari del servizio e alle Autorità competenti le seguenti informazioni: a) il nome, la denominazione o la ragione sociale; b) il domicilio o la sede legale; c) gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lo stesso, compreso l'indirizzo di posta elettronica; d) il numero di iscrizione al repertorio delle attività economiche, REA, o al registro delle imprese; e) gli elementi di individuazione, nonché gli estremi della competente autorità di vigilanza qualora un'attività sia soggetta a concessione, licenza od autorizzazione; f) per quanto riguarda le professioni regolamentate: 1) l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui il prestatore sia iscritto e il numero di iscrizione; 2) il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato; 3) il riferimento alle norme professionali e agli eventuali codici di condotta vigenti nello Stato membro di stabilimento e le modalità di consultazione dei medesimi; g) il numero della partita IVA o altro numero di identificazione considerato equivalente nello Stato membro, qualora il prestatore eserciti un'attività soggetta ad imposta; h) l'indicazione in modo chiaro ed inequivocabile dei prezzi e delle tariffe dei diversi servizi della società dell'informazione forniti, evidenziando se comprendono le imposte, i costi di consegna ed altri elementi aggiuntivi da specificare; i) l'indicazione delle attività consentite al consumatore e al destinatario del servizio e gli estremi del contratto qualora un'attività sia soggetta ad autorizzazione o l'oggetto della prestazione sia fornito sulla base di un contratto di licenza d'uso. 2. Il prestatore deve aggiornare le informazioni di cui al comma 1. 3. La registrazione della testata editoriale telematica è obbligatoria esclusivamente per le attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62.

operazione economica, in forma lineare e comprensibile, non solo per la generalità degli utenti, ma soprattutto da parte dell'utente privo di approfondite conoscenze in materia¹¹⁰⁸.

In via generale, il legislatore prescrive, che le comunicazioni commerciali, costituenti un servizio essenziale della società, devono contenere, sin dal primo invio, la chiara e specifica informativa diretta ad evidenziare che si tratta di una comunicazione commerciale; a identificare la persona fisica o giuridica per conto della quale questa è effettuata; che si tratta di un'offerta promozionale con sconti, premi o omaggi e con l'indicazione delle condizioni di accesso; che, eventualmente, si tratta di concorsi o giochi promozionali accessibili a determinate condizioni di partecipazione, da specificare (art. 8).

Particolarmente importante, in quanto connessa all'impiego di sistemi telematici di pubblicità, è la previsione di cui all'art. 9 che - salvi gli obblighi di cui ai d.lgs 22 maggio 1999, n. 185 e 13 maggio 1998, n. 171 - con riferimento alle comunicazioni commerciali non sollecitate, trasmesse da un prestatore per posta elettronica, impone che in modo chiaro ed inequivocabile ne sia resa possibile l'identificazione e sia chiarito che il destinatario può opporsi al ricevimento in futuro delle stesse.

In questo modo viene perseguito un duplice obiettivo di tutela: da un lato, con la trasparenza della finalità commerciale del messaggio, si tempera l'"effetto sorpresa" sul consumatore, in modo che questi sia posto in condizione di ponderare sulla convenienza o meno della proposta; dall'altro lato, si protegge la sua riservatezza e tranquillità riconoscendogli la facoltà di opporsi, per il futuro, al ricevimento di comunicazioni commerciali non richieste.

L'art. 12 impone al prestatore del servizio di fornire al contraente-debole, prima dell'inoltro da parte di quest'ultimo dell'ordine, chiare informazioni sulle modalità del contratto, in particolar modo inerenti alle varie fasi tecniche da seguire per la stipulazione e per la gestione del rapporto negoziale¹¹⁰⁹.

Le conseguenze sanzionatorie discendenti sul piano civilistico in caso di violazione degli obblighi informativi, nel silenzio della legge, devono essere desunte attraverso l'interpretazione sistematica. L'assetto normativo riferito al settore consente di ritenere configurabile l'obbligo risarcitorio a titolo di responsabilità precontrattuale a carico del professionista, nonché il diritto del consumatore di recedere dal contratto.

Non sembra da escludere, inoltre, che, nella ipotesi di omissione ovvero di scorrettezza od incompletezza dell'informazione, incidenti negativamente sull'autodeterminazione del consumatore, inducendolo a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato,

1108 Si osserva in dottrina come la norma tenda a ripercorrere i principi guida già definiti dal legislatore italo-comunitario nell'ambito della contrattazione "a distanza"; v. al riguardo quanto afferma A. M. GAMBINO, *I contratti telematici*, in Bravo-Gambino-Tozzi, *I contratti telematici e il commercio elettronico*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, cit., p. 608. Cfr. in merito ai principi citati: DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, cit., p. 17 ss.; REGOLI, *La direttiva 97/7/CE riguardante la protezione del consumatore nei contratti a distanza*, cit., p. 835 ss.; PIZZOLANTE, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore*, cit., p. 389 ss.; ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, cit., p. 849 ss.; SAPORITO, *I contratti a distanza*, cit., p. 332 ss.

1109 Art. 12 d.lgs 9 aprile 2003, n. 70 (*Informazioni dirette alla conclusione del contratto*). 1. Oltre agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, nonché a quelli stabiliti dall'articolo 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni: a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso; c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; d) gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica; e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano; f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie. 2. Il comma 1 non è applicabile ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti. 3. Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione.

questi possa esperire in alternativa un'azione di annullamento per errore o per dolo del professionista.

Così come non si può escludere che l'omissione informativa attinente ad un requisito del contratto possa dar fondamento ad un'azione dichiarativa di nullità, ai sensi dell'art. 1418, comma secondo, c. c., in relazione all'art. 1375 c. c.

Il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, infine, all'art. 13 estende ai negozi che si stipulano mediante inoltro dell'ordine per via telematica le norme del codice civile relative alla conclusione del contratto.

Tale rinvio ha dato luogo ad un orientamento dottrinario secondo il quale anche i contratti per via telematica sono il risultato di un incontro di volontà contrapposte¹¹¹⁰, ed una seconda teoria che ravvisa in questa tipologia uno "scambio senza accordo"¹¹¹¹.

La formulazione dell'art. 13 del d.lgs. citato – prescrivendo che il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare la ricevuta dell'ordine del contraente-consumatore, contenente un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, delle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, e dei costi accessori – fa riferimento ad un incontro di volontà contrapposte, corrispondente all'accordo definito nell'art. 1321 c.c., e non lo esclude¹¹¹².

Il principio di trasparenza va applicato anche ai contratti attraverso cui i consumatori si abbonano a servizi che forniscono la connessione o l'accesso alla rete telefonica pubblica, rispetto ai quali si impongono penetranti obblighi informativi e di chiarezza contenutistica, la cui osservanza viene rimessa al controllo della competente autorità di settore.

Al riguardo il codice delle comunicazioni elettroniche adottato con il d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, dedica al tema l'art. 70¹¹¹³, il quale, riconosce altresì, il diritto del consumatore di

1110 Il rilievo è del C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 43, il quale replica alla teoria degli "scambi senza accordo" sostenuta dall'Irti, affermando che "è proprio nell'offerta e nell'accettazione della merce che si realizza l'accordo delle parti", cosicché, "il fenomeno dei contratti di massa vedrebbe la mancanza del dialogo (in cui s'invera l'accordo), rimpiazzato da due atti solitari, i gesti dell'offrire e dello scegliere". L' illustre A. osserva che è "proprio sul piano della fenomenologia sociale" che "si coglie la realtà dell'accordo contrattuale: il commerciante che espone la merce la offre in vendita, il cliente che la prende accetta l'offerta. Non vale opporre che le intime volontà sono imperscrutabili. Ciò che rileva, qui, è l'obiettivo significato negoziale del comportamento delle parti (significato ben diverso assume il comportamento di chi prenda la merce e la nasconda sotto la giacca). Non vale neppure opporre la solidarietà dei comportamenti, poiché la loro attitudine a costituire il rapporto contrattuale è data dalla congruenza dei loro significati, indirizzati allo scambio". Inoltre non può sottacersi il rilievo secondo cui "l'ipotesi di un rapporto contrattuale senza accordo è sterile in quanto non offre alcun risultato positivo per quanto attiene alla regolamentazione dell'operazione. Se non si ricorre all'espedito di ravvisarsi un quasi contratto, occorre infatti pur sempre applicare la disciplina del contratto e della sua formazione, rimanendo altrimenti senza tutela il contraente esposto ad offerte ambigue, oscure e capziose, a condizioni generali occulte, ecc."

1111 v. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 347

1112 v. A. M. GAMBINO, *I contratti telematici*, cit., p. 612, il quale, tuttavia, in considerazione delle concrete modalità attraverso le quali si esplica la contrattazione elettronica rileva come "la lettura del fenomeno conferma l'impossibilità di rinvenire forme di trattativa nella procedura dell'accesso al sito. In tale fattispecie il contratto si conclude con l'inizio dell'esecuzione della prestazione che si realizza con la spendita telematica della carta di credito (nell'ordinamento italiano si applica l'art. 1327). Il mancato immediato arrivo dell'avviso di ricevimento permetterà all'utente di constatare che il suo ordine non è giunto a destinazione o comunque non ha trovato la macchina dell'offerente idonea a darne seguito. Si conferma, in questo senso, nell'atto del cliccare l'assolvimento della duplice funzione di *tecnica di acquisto* e di *modalità comunicativa dell'acquisto stesso*".

1113 Art. 70 d.lgs 1° agosto 2003, n. 259 (*Contratti*). 1. I consumatori, qualora si abbonano a servizi che forniscono la connessione o l'accesso alla rete telefonica pubblica, hanno diritto di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono detti servizi. Il contratto indica almeno: a) la denominazione e l'indirizzo del fornitore del servizio; b) i servizi forniti, i livelli di qualità dei servizi offerti e il tempo necessario per l'allacciamento iniziale; c) i tipi di servizi di manutenzione offerti; d) il dettaglio dei prezzi e delle tariffe, nonché le modalità secondo le quali possono essere ottenute informazioni aggiornate in merito a tutte le tariffe applicabili e a tutti i costi di manutenzione; e) la durata del contratto, le condizioni di rinnovo e di cessazione dei servizi e del contratto; f) le

recedere dal contratto senza penalità, in caso di variazioni unilaterali del contenuto del negozio, ed impone l'indicazione di dettagliati elementi nel corpo del testo, concernenti i prezzi, le tariffe, la durata del servizio, la sua cessazione, etc.¹¹¹⁴.

8. *Verso il riconoscimento della valenza generale dell'equilibrio contrattuale nell'ambito delle negoziazioni. Il superamento del concetto di "debolezza contrattuale" riferito al solo consumatore e la tutela dell'equilibrio nei contratti tra imprenditori.*

La tutela del contraente debole non è limitata al consumatore nella sua dimensione personalistica, ma si estende, nella legislazione italo-comunitaria, anche all'imprenditore che, in determinate tipologie contrattuali, si trovi in posizione di debolezza, ed è diretta ad evitare che il comportamento illecito posto in essere da altre imprese con cui egli viene a contatto, possa determinarne il tracollo finanziario, con pregiudizio per il sistema economico generale¹¹¹⁵.

Conseguentemente, l'equilibrio contrattuale assume una valenza diversa e potenziata, aprendo la strada ad un processo di elevazione al ruolo di criterio generale di validità dell'assetto di interessi convenuto dalle parti.

In questo senso funzionano le normative in tema di subfornitura e di ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali. Rispetto a queste, oltre alla tradizionale impostazione liberale tendente a tutelare l'equilibrio normativo, sono operative anche significative aperture ai poteri

disposizioni relative all'indennizzo e al rimborso applicabili qualora non sia raggiunto il livello di qualità del servizio previsto dal contratto; g) il modo in cui possono essere avviati i procedimenti di risoluzione delle controversie ai sensi dell'articolo 84. 2. L'Autorità vigila sull'applicazione di quanto disposto ai fini di cui al comma 1 e può estendere gli obblighi di cui al medesimo comma affinché sussistano anche nei confronti di altri utenti finali. 3. I contratti stipulati tra consumatori e fornitori di servizi di comunicazione elettronica diversi dai fornitori di connessione o accesso alla rete telefonica pubblica devono contenere le informazioni elencate nel comma 1. L'Autorità può estendere tale obbligo affinché sussista anche nei confronti di altri utenti finali. 4. Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni. 5. L'utente finale che utilizzi, o dia modo ad altri di utilizzare il servizio per effettuare comunicazioni o attività contro la morale o l'ordine pubblico o arrecare molestia o disturbo alla quiete privata, decade dal contratto di fornitura del servizio, fatta salva ogni altra responsabilità prevista dalle leggi vigenti. 6. Rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori.

1114 v. DE CRISTOFARO, Commento "Art. 70 d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, cit., p. 1778, il quale precisa che "Il mancato esercizio" del diritto di recesso finisce "per assumere ex lege il valore negoziale di un'accettazione, da parte del consumatore, della proposta di modifica delle originarie condizioni contrattuali rivoltegli dal fornitore. Tale effetto può prodursi peraltro soltanto se il consumatore è stato debitamente informato, in occasione della comunicazione della proposta di modifica delle condizioni contrattuali, del diritto di recesso attribuitogli dal 4° co. [...] e delle conseguenze del suo eventuale mancato esercizio. In mancanza di tale ulteriore informazione, il mancato esercizio del diritto di recesso entro il termine assegnato dall'operatore non potrà pertanto assumere valore di accettazione della proposta di modifica delle condizioni contrattuali".

1115 In materia di obbligazione pecuniarie sono rilevanti le osservazioni di CUFFARO, *I nuovi caratteri delle obbligazioni pecuniarie*, in *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, p. 608, il quale rileva che "è stata da tempo revocata in dubbio la risalente affermazione di un *favor debitoris* come carattere specifico delle obbligazioni mentre, al contrario, lo studio delle fattispecie ha reso avvertiti che non necessariamente la qualità di creditore può essere intesa come sinonimo di posizione di forza nell'ambito del rapporto obbligatorio. Il rilievo merita di essere precisato chiarendo che le previsioni riguardanti le obbligazioni pecuniarie non possono essere lette avulse dal contesto e, dunque, dal titolo dal quale traggono origine. Sulla disciplina incide così, quando tali obbligazioni trovino la propria fonte nel contratto, la diversa posizione e forza contrattuale delle parti che spiega influenza in una duplice direzione: sul piano negoziale della determinazione delle regole e sul piano fattuale della condotta conseguente il loro mancato rispetto".

giudiziali di eterointegrazione equitativa del contratto, che inevitabilmente finiscono per incidere sul contenuto economico dello stesso.

Tale regolamentazione, per l'ambito di applicazione riferito alle transazioni tra imprenditori, ha la sua *ratio* non già nel principio di tutela personalistica emergente dal diritto dei consumi, bensì nell'esigenza di efficienza dei traffici commerciali, tipica dei sistemi giuridici anglosassoni¹¹¹⁶.

La medesima prospettiva funzionale inerisce alla previsione di un tasso legale per gli interessi moratori dovuti al ritardo, decisamente eccessivo, esorbitante della funzione risarcitoria e rispondente ad una funzione punitivo-sanzionatoria¹¹¹⁷.

In complesso, la normativa rappresenta un significativo passo avanti nel superamento del dogma assoluto dell'autonomia negoziale e nella direzione delle istanze economico-sociali di rilevanza generale.

8.1. *La legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura ed il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 di attuazione della direttiva 2000/35/CE concernente la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la "nuova" Direttiva 2011/7/UE.*

Il legislatore italo-comunitario è intervenuto nel settore dei contratti commerciali, con la legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura¹¹¹⁸, ossia riferita ai contratti con cui un imprenditore si impegna ad effettuare, per conto di una impresa committente, lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime fornite 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.

La tutela dell'imprenditore debole è stata realizzata innanzitutto sul piano del riequilibrio normativo dell'originaria asimmetria esistente tra le posizioni delle parti, mediante la prescrizione di una serie di requisiti formali e contenutistici, in forma scritta *ad substantiam*, e l'inserimento nell'accordo dell'obbligo di comunicare gli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti a mezzo di telefax o per altra via telematica¹¹¹⁹. In caso di nullità conseguente all'inadempimento, il subfornitore ha diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al rimborso delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto¹¹²⁰.

1116 cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 54; LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 7 ss.

1117 cfr. PARDOLESI, Voce "Danni punitivi", in *Dig. it.- sez. priv. Agg. III*, Torino, 2007, p. 453 ss., il quale ha sottolineato le finalità perseguite dall'istituto in esame, ed individuabili, in quella "punitivo-sanzionatoria, volta a combattere la realizzazione di profitti attraverso il compimento di atti illeciti" ed in quella "preventivo-deterrente, mirante ad evitare che altri soggetti siano incentivati al perseguimento di comportamenti analoghi"; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 160; ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli incerti argini costituzionali*, in *Foro It.*, 1990, IV, p. 174.

1118 v. CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1304 ss.; LUMINOSO, *La nuova disciplina dei contratti di subfornitura*, in *Riv. giur. Sarda*, 1999, p. 599 ss.; DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 499.

1119 v. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 125, il quale, in merito ai requisiti di forma imposti dalla legge, rileva come "Si è, in tal modo, inteso attribuire certezza a relazioni spesso affidate in passato a mere intese verbali, secondo una prassi – com'è ovvio – propiziatrice dell'abuso di dipendenza economica a danno della piccola impresa. Sennonché, a ben guardare, anche tale prescrizione, si presta ad essere aggirata in ipotesi in cui la disparità di potere contrattuale tra imprenditori sia tale da consentire al committente di opporre il proprio diniego ad addivenire alla formalizzazione per iscritto".

1120 v. PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *I contr.*, 1999, p. 293 ss.

Il prezzo dei beni o servizi oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, tale da non ingenerare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto.

Sul piano dei contenuti, l'esposizione dei requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente deve essere dettagliata e contenere precise indicazioni che ne consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, anche attraverso il richiamo di regole tecniche che, ove non siano di uso comune per il subfornitore o non siano precisate da norme di legge o regolamentari, devono essere allegare in copia; deve essere indicato il prezzo pattuito ed i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento¹¹²¹.

Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 192 del 1998 il contratto deve fissare i termini di pagamento della subfornitura, decorrenti dal momento della consegna del bene o dal momento della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione, precisando, altresì, gli eventuali sconti in caso di pagamento anticipato rispetto alla consegna¹¹²².

Un ruolo rilevante per l'equilibrio contrattuale svolge la disciplina delle conseguenze derivanti dall'inosservanza del termine di pagamento del prezzo da parte del committente: questi è tenuto a corrispondere al subfornitore gli interessi, senza necessità di costituzione in mora, in misura pari al saggio applicato per il principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea, applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali, facendo comunque salva la possibilità di convenire un tasso superiore e di dimostrare la sussistenza di un pregiudizio ulteriore¹¹²³.

La normativa rafforza la tutela della parte creditrice, comminando, a carico della parte inadempiente ai pagamenti per oltre trenta giorni dal termine convenuto, una penale commisurata al cinque per cento dell'importo della prestazione dovuta.

1121 cfr. MINERVINI, *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 216 ss.

1122 Legge 18 giugno 1998, n. 192, art. 3: "1. Il contratto deve fissare i termini di pagamento della subfornitura, decorrenti dal momento della consegna del bene o dal momento della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione, e deve precisare, altresì, gli eventuali sconti in caso di pagamento anticipato rispetto alla consegna. 2. Il prezzo pattuito deve essere corrisposto in un termine che non può eccedere i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione. Tuttavia, può essere fissato un diverso termine, non eccedente i novanta giorni, in accordi nazionali per settori e comparti specifici, sottoscritti presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato da tutti i soggetti competenti per settore presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro in rappresentanza dei subfornitori e dei committenti. Può altresì essere fissato un diverso termine, in ogni caso non eccedente i novanta giorni, in accordi riferiti al territorio di competenza della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura presso la quale detti accordi sono sottoscritti dalle rappresentanze locali dei medesimi soggetti di cui al secondo periodo. Gli accordi di cui al presente comma devono contenere anche apposite clausole per garantire e migliorare i processi di innovazione tecnologica, di formazione professionale e di integrazione produttiva. 3. In caso di mancato rispetto del termine di pagamento il committente deve al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora, un interesse determinato in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore. Il saggio di riferimento in vigore il primo giorno lavorativo della Banca centrale europea del semestre in questione si applica per i successivi sei mesi. Ove il ritardo nel pagamento ecceda di trenta giorni il termine convenuto, il committente incorre, inoltre, in una penale pari al 5 per cento dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini. 4. In ogni caso la mancata corresponsione del prezzo entro i termini pattuiti costituirà titolo per l'ottenimento di ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva ai sensi degli articoli 633 e seguenti del codice di procedura civile. 5. Ove vengano apportate, nel corso dell'esecuzione del rapporto, su richiesta del committente, significative modifiche e varianti che comportino comunque incrementi dei costi, il subfornitore avrà diritto ad un adeguamento del prezzo anche se non esplicitamente previsto dal contratto".

1123 cfr. LECCESE, Voce "*Subfornitura (contratto di)*", *Dig. it. - sez. comm.*, Torino, 1998; CASO-PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 733;

La specificità della predetta statuizione, che non presenta aperture ad interventi privati derogatori, esclude la validità di ogni pattuizione difforme, con la conseguente nullità della relativa convenzione e la sostituzione con la clausola di legge, secondo il meccanismo della inserzione automatica previsto dall'art. 1339 c. c.¹¹²⁴.

L'effetto deterrente connesso con la normale funzione della penale è reso palese dall'eccessività del tasso d'interesse, rispetto alla reale entità del pregiudizio derivato dal ritardo, e dall'automaticità della decorrenza, indipendentemente da una intimazione del creditore.

Il rigido sistema di nullità è finalizzato a preservare la funzione di tutela dell'imprenditore contraente-debole, riconducendo il rapporto su un piano di equilibrio quanto meno normativo.

L'art. 6, prevede l'invalidità radicale del patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura; del patto che attribuisca ad una delle parti la facoltà di recesso senza congruo preavviso; del patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale.

Di fondamentale importanza è il disposto dell'art. 9 della stessa legge, che vieta l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei loro confronti, una impresa cliente o fornitrice, versando in una situazione di abuso vietato un'impresa che sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi¹¹²⁵.

L'abuso può consistere anche nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie e nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

In tutte le ipotesi configurate è prevista la nullità del patto attraverso cui si realizzi il comportamento illecito.

Oltre a perseguire la finalità dell'equilibrio normativo del rapporto di subfornitura, la norma apre alla possibilità di un controllo esteso al contenuto economico del contratto, sotto il profilo della proporzionalità delle prestazioni patrimoniali da un punto di vista quantitativo.

Nel medesimo ordine di idee, si colloca la disciplina di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231¹¹²⁶, preordinata alla lotta ai ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, in via generale e con poche esclusioni: essa concerne le negoziazioni tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportino, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo (art. 2, comma primo, lett. a).

I ritardi nei pagamenti, come fattori idonei a compromettere la stabilità finanziaria dell'impresa creditrice, sono gravemente sanzionati, con riferimento ai termini di adempimento ed all'entità delle conseguenze "punitive" sul piano degli interessi.

La dottrina ha rilevato, al riguardo, che l'enunciato normativo del decreto legislativo determina una singolare fusione tra la componente precettiva e quella sanzionatoria¹¹²⁷, ed

1124 v. PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, cit., p. 293 ss.

1125 v. 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. 649 ss.; CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità economica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 449 ss.; DE MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contr.*, 2003, p. 623 ss.

1126 v. CARINGELLA, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Urb. e app.*, 2003, II, p. 149 ss.; CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 803 ss.; DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa. I nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi dei beni e servizi*, in *Studium juris*, 2003, p. 6 ss.; GISONDI, *L'attuazione da parte della p. a. della nuova disciplina comunitaria sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Urb. e app.*, 2003, VII, p. 764 ss.; PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003.

1127 In tal senso E. RUSSO, *Le transazioni commerciali, Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Padova, 2005, p. 8, il quale, in considerazione del tenore letterale del d.lgs.

attuando un rovesciamento del tradizionale principio del *favor debitoris* in tema di obbligazioni pecuniarie, dispone che, in mancanza di determinazione pattizia, gli interessi decorrono, automaticamente e senza necessità di costituzione in mora del debitore, dalla scadenza del termine legale di trenta giorni dalla data di ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente; ovvero di 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; ovvero di 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; ovvero, ancora, di 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. Per ciò che concerne, invece, i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato entro il termine legale di sessanta giorni dalla consegna o dal ritiro dei prodotti medesimi e gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine (art. 4)¹¹²⁸.

Si è ritenuto opportuno sintetizzare la disciplina legislativa per porre in evidenza che nel settore di competenza l'atto di costituzione in mora non ha un ruolo autonomo ai fini della decorrenza degli interessi moratori, essendo questa collegata al ricevimento, da parte del soggetto passivo, della fattura o, in casi determinati, alla consegna delle merci o alla prestazione dei servizi, ossia ad atti essenzialmente diversi dall'intimazione di pagamento.

Si può ipotizzare che la messa in mora sia contestuale o congiunta ad uno degli atti predetti o che incorpori la quantificazione della somma dovuta (se il creditore abbia il potere di liquidare il suo credito); ma in tali casi la decorrenza degli interessi è pur sempre segnata dagli atti giuridicamente rilevanti e non da una messa in mora, che abbia un mero valore declaratorio.

n. 231/2002, rileva come "l'elemento precettivo della norma è assistito da sanzioni adeguate con funzione punitiva [...], che conducono la norma stessa ad assumere la configurazione di norma *perfecta*"; cfr. anche CARINGELLA, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 149 ss.; CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, cit., p. 803 ss.

1128 D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, contenente disposizioni di attuazione della direttiva 2000/35/CE, art. 4: "Gli interessi decorrono, automaticamente, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento. 2. Salvo il disposto dei commi 3 e 4, se il termine per il pagamento non è stabilito nel contratto, gli interessi decorrono, automaticamente, senza che sia necessaria la costituzione in mora, alla scadenza del seguente termine legale: a) trenta giorni dalla data di ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente; 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. Per i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato entro il termine legale di sessanta giorni dalla consegna o dal ritiro dei prodotti medesimi e gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine. In questi casi il saggio degli interessi di cui all'articolo 5, comma 1, è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile. 4. Le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale di cui al comma 3 a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il Ministero delle attività produttive, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici".

E' evidente che il profilo sanzionatorio immanente nella norma in esame è volto a riequilibrare i rapporti di potere contrattuale tra le parti, introducendo una disciplina rigorosa tesa a scoraggiare inadempimenti o ritardi¹¹²⁹.

Il saggio di interesse è fissato dall'art. 5, in misura pari al tasso d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali. L'entità risultante è notevolmente maggiore di quella prevista dalla generale disciplina contenuta all'art. 1284 c. c.; ma la norma fa salvo l'accordo delle parti, sulla determinazione di un tasso differente¹¹³⁰.

L'autonomia negoziale in tema di determinazione del saggio di interessi, di cui al menzionato articolo, presenta un delicato problema di compatibilità con altre disposizioni contenute nel medesimo atto normativo ed incidenti sul contenuto economico del contratto, in particolar modo con l'art. 7, attinente alle nullità, e con la disciplina dell'usura, atteso che la convenzione privata può spostare il saggio ad una misura superiore o inferiore a quella legale.

In riferimento all'accordo riduttivo del tasso legale, occorre tenere presente che, al fine di garantire l'effettività della disposizione di cui all'art. 5 ed il buon esito del rapporto, è previsto il potere di controllo e correttivo del giudice per riportare la pattuizione nei termini legali o per ricondurla ad equità.

Tale intervento – che attenua il principio dell'intangibilità del regolamento negoziale, consentendo al giudice di intervenire per riequilibrare il contenuto economico del contratto - è regolato dall'art. 7¹¹³¹, secondo cui l'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del

1129 cfr. E. RUSSO, *Le transazioni commerciali. Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Padova, 2005, p. 272 e 275, il quale al riguardo ha affermato che "la nuova legge non si limita a modificare il saggio degli interessi e ad introdurre il sistema dei termini legali di pagamento. Gli interessi moratori che vengono introdotti sono sottoposti a regole particolari e costituiscono un *genus* specifico, operante in tutti i casi in cui l'obbligazione di pagamento deriva da un contratto che può essere qualificato come transazione commerciale. Ai fini di un'applicazione della legge diventano quindi irrilevanti le tradizionali distinzioni tra le varie categorie di interessi previsti nel nostro sistema: moratori, corrispettivi, compensativi". L'A., inoltre, proprio in considerazione della decorrenza automatica degli interessi nel contesto delle transazioni commerciali, senza necessità di un apposito atto di costituzione in mora, sottolinea come "la portata innovativa della legge può essere colta anche rispetto alle controversie sulla natura degli interessi e alla loro sussunzione sotto particolari disposizioni di legge". Infatti, "gli interessi di cui al decreto legislativo n. 231/2002 costituiscono una categoria particolare che sfugge alla collocazione nelle categorie degli interessi corrispettivi o moratori. Essi vengono qualificati moratori, ma la qualificazione è di comodo o puramente orientativa, perché la loro specifica disciplina rende inutile l'accostamento alle predette generali categorie. Ai fini dell'applicazione della nuova disciplina si verifica una sorta di unificazione degli artt. 1224 e 1282 c. c. sotto il comune denominatore della decorrenza automatica di interessi aventi un saggio peculiare in tutti i casi di ritardato pagamento".

1130 D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, contenente disposizioni di attuazione della direttiva 2000/35/CE, art. 5: "Salvo diverso accordo tra le parti, il saggio degli interessi, ai fini del presente decreto, è determinato in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali. Il saggio di riferimento in vigore il primo giorno lavorativo della Banca centrale europea del semestre in questione si applica per i successivi sei mesi. 2. Il Ministero dell'economia e delle finanze dà notizia del saggio di cui al comma 1, al netto della maggiorazione ivi prevista, curandone la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana nel quinto giorno lavorativo di ciascun semestre solare".

1131 D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 7: "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

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. Quest'ultimo riferimento è esplicativo di un rovesciamento di tendenza, considerando, nei rapporti negoziali commerciali, il creditore quale contraente debole¹¹³².

La disposizione del primo comma va coordinata con il terzo ed ultimo comma del medesimo articolo, che, riconoscendo il potere *ex officio* del giudice di dichiarare la nullità dell'accordo derogatorio in considerazione dell'interesse del creditore e della corretta prassi commerciale, gli consentono altresì di disporre l'applicazione dei termini legali di pagamento ovvero di ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo medesimo, come si è già accennato, eterointegrando il regolamento negoziale¹¹³³.

La rilevanza giuridica, ai fini del corretto esercizio del detto potere giudiziario, di elementi esterni rispetto al contenuto del contratto, quali la "corretta prassi commerciale", "la condizione dei contraenti", "la natura della merce o del servizio oggetto del contratto", induce a ritenere che la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 7, relativa alla riduzione ad equità dell'accordo gravemente iniquo¹¹³⁴, si risolva in una sostanziale inderogabilità dei termini e del tasso legale definiti dagli artt. 4 e 5 del decreto legislativo in esame, o quantomeno in una derogabilità minima, che non incida significativamente sugli equilibri patrimoniali derivanti dalla transazione¹¹³⁵.

Peraltro, il problema dell'equilibrio economico tra le prestazioni delle parti-imprese coinvolte dal rapporto commerciale può porsi anche nel caso inverso - in considerazione dell'elevato tasso legale di interesse - in quanto l'eventuale saggio convenzionale superiore a quello legale potrebbe superare i limiti della liceità e imbattersi nel divieto di interessi usurari, alterando il rapporto di proporzionalità insito nella norma, seppur a seguito di un "adattamento" alle finalità deterrenziali perseguite da questa.

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".

1132 v. CUFFARO, *I nuovi caratteri delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 608; DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento di corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 1 ss.

1133 In termini generali, in merito al potere di intervento equitativo del giudice, v. i già citati studi di ZENO ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, cit., p. 309 ss.; BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., p. 330 ss.; MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, cit. 602 ss.

1134 v. ASTONE, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, cit., p. 1016, il quale precisa che "La tecnica rimediaria della nullità, tuttavia, presidia non ogni accordo sulla data di pagamento o sulle conseguenze del ritardo che sia squilibrato e, quindi, iniquo in danno del creditore, bensì soltanto quello che in sede di sindacato giudiziale raggiunga un grave livello di iniquità, avuto riguardo ai parametri che il legislatore ha fornito al giudicante nell'esercizio del controllo equitativo, individuati senza alcun ordine gerarchico ma tutti in concorso tra loro [...]. All'organo giudicante è, quindi, demandata una valutazione complessiva di carattere essenzialmente oggettivo, ma anche soggettivo, dovendo egli accertare se, sulla base di circostanze ritenute rilevanti dal legislatore, emerga o meno una ragionevole giustificazione della scelta di autonomia delle parti"; DE MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contr.*, 2003, p. 623 ss.

1135 In senso favorevole a questa tesi si è già espresso uno dei principali Autori che si sono soffermati sul tema, v. al riguardo E. RUSSO, *Le transazioni commerciali. Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, cit., p. 287, il quale - dopo aver affermato la generale inquadribilità nel novero dei poteri equitativi del giudice, tanto la fissazione del termine di pagamento, che del saggio di interesse precedentemente definiti a livello convenzionale - ha rilevato debba ritenersi che "...il saggio legale degli interessi moratori sia in qualche misura inderogabile perché viene posto un limite sostanzioso alla autonomia privata sottoponendo l'accordo dei privati alla valutazione di grave iniquità".

In questa ipotizzata situazione si delinea la necessità di individuare i criteri di raccordo con la normativa concernente l'usura¹¹³⁶.

Al riguardo è opportuno osservare che, sebbene la disciplina dei ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali abbia carattere speciale e sia posteriore alla disciplina sull'usura, in considerazione della valenza pubblicistica di questa e della circostanza che entrambi i tassi (legali e convenzionali) sono oggetto di rilevazione periodica secondo criteri predeterminati, anche il saggio legale deve essere contenuto nel rispetto del limite dell'usurarietà.

Non sembra corretto legittimare l'impiego di uno strumento oggettivamente illecito, come un tasso produttivo di un ingiustificato arricchimento, senza alcun supporto sinallagmatico: conseguentemente tale strumento deve considerarsi inammissibile e inadatto anche a funzionare da deterrente rispetto ad un eventuale inadempimento; un atto essenzialmente illecito non può trovare giustificazione in un contesto volto al conseguimento di una finalità di natura economica, come l'efficienza di transazioni commerciali tra imprese¹¹³⁷.

Pertanto, qualora il saggio convenzionale di interesse sia superiore a quello legale di cui all'art. 5, ma non usurario e quindi non illecito, il riconoscimento in capo al giudice di un potere di riduzione ad equità del tasso, in virtù del generale principio di proporzionalità, che deve caratterizzare una prestazione patrimoniale accessoria, contenendola nei limiti della funzione risarcitoria ed eventualmente sanzionatoria, appare giustificato e coerente con l'utilità sociale dei rapporti privatistici¹¹³⁸.

Il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, peraltro, definisce una disciplina parzialmente differente con riferimento ai contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili, stabilendo all'art. 4, comma terzo, che il pagamento del corrispettivo debba essere effettuato entro il termine legale di sessanta giorni dalla consegna o dal ritiro dei prodotti medesimi, con decorrenza automatica degli interessi dal giorno successivo alla scadenza del termine *de quo*, senza che sia necessario neanche l'invio della fattura da parte del creditore (analogamente a quanto accade nell'ambito della subfornitura). Inoltre, il saggio di interessi legali è, per espressa previsione normativa, inderogabile e maggiorato di ulteriori due punti percentuali rispetto a quello definito dall'art. 5, comma primo.

Tale ultima disposizione assume la duplice funzione di assicurare l'equilibrio normativo e l'adeguatezza economica delle prestazioni.

Anche in questo caso - per come rilevato in merito alla subfornitura - l'eventuale convenzione difforme sarà automaticamente sostituita dalla clausola di legge, in virtù del meccanismo dell'inserzione automatica di cui all'art. 1339 c. c. e della nullità parziale *ex art.* 1419, secondo comma, c. c.¹¹³⁹.

1136 v. sul punto A. RICCIO, *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 559 ss.

1137 v. E. RUSSO, *Le transazioni commerciali, Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, cit., p. 291-292, il quale - dato atto dell'intervento sul punto della Banca d'Italia e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, i quali hanno escluso che nel T.E.G.M. fossero compresi gli interessi moratori scaturenti in caso di ritardato pagamento nell'ambito delle transazioni commerciali, con conseguente sottrazione degli stessi dalle norme volte a contrastare l'usura - ha rilevato come "non sembra [...] che simili posizioni possano stabilire una deroga alla applicazione della normativa antiusura di cui alla legge 28 febbraio 2001, n. 24, che è fonte di grado gerarchicamente superiore. I predetti provvedimenti possono costituire criteri di interpretazione della normativa antiusura, e come tali non possono essere ritenuti vincolanti per il giudice". A sostegno di questa interpretazione l'A. pone la circolare 5 gennaio 2001, con la quale l'A.B.I. ha riconosciuto gli interessi moratori convenzionali *de quibus*, rilevanti ai fini dell'applicabilità della normativa antiusura

1138 cfr. CARINGELLA, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 149 ss.; DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa. I nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi dei beni e servizi*, cit., p. 6 ss.; CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, cit., p. 803 ss.

1139 cfr. ASTONE, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, cit., p. 1042, il quale rileva come "La fattispecie della sostituzione automatica di clausole, pur presupponendo la nullità parziale *ex art.* 1419, comma 1, c. c., ne differisce, definendo una sua peculiare espressione. Infatti, mentre la nullità parziale

Un ultimo aspetto controverso - le cui conseguenze sono direttamente incidenti sul contenuto economico del rapporto - attiene alla misura del saggio legale di interesse nel corso del tempo.

Questo è determinato con cadenza semestrale, cosicché ci si è chiesti a quale tasso debba farsi riferimento nell'ipotesi in cui il ritardo si protragga per più semestri¹¹⁴⁰. L'opinione preferibile è quella che separa ogni semestre, applicando a ciascuno di essi il rispettivo saggio legale.

Alla luce della complessiva disciplina emergente dal decreto legislativo in esame ed in considerazione della circostanza che il creditore ha diritto anche al risarcimento per le spese di recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli ed al maggior danno, qualora ne fornisca la prova, non può disattendersi la configurazione di tali interessi anche come strumenti sanzionatori, con efficacia di deterrente dal ritardo nel pagamento.

È stata posta in dubbio la compatibilità delle misure sanzionatorie con i principi del sistema privatistico, orientato nel senso che ogni trasferimento patrimoniale debba avere una concreta causa giustificativa e non una teorica forza dissuasiva dell'inadempimento. In realtà, il vigente assetto dell'economia, fondato sulla efficienza degli scambi, richiede, in situazioni particolari, una tutela degli interessi delle parti modicamente sanzionata, per garantire il regolare svolgimento dei rapporti giuridici, a condizione che non risulti gravemente compromesso l'equilibrio delle prestazioni corrispettive¹¹⁴¹.

Tale conclusione sembra ammissibile se non altro perché si versa nell'ambito di rapporti tra imprese, rispetto ai quali i problemi di ordine personalistico sono più attenuati, risolvendosi l'equilibrio contrattuale essenzialmente in una situazione funzionale alla stabilità dei traffici commerciali.

L'esigenza di contrastare in maniera più incisiva il fenomeno dei ritardi di pagamento ha condotto il 16 febbraio 2011 all'approvazione della Direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che ha riformato la disciplina previgente, sostituendosi alla Direttiva 2000/35/CE.

La nuova normativa - a cui dovranno adeguarsi i Paesi aderenti all'Unione europea - ha rafforzato le statuizioni preesistenti, fissando termini ancor più stringenti per l'esecuzione dei pagamenti.

Infatti, questi, nelle transazioni fra imprese, dovranno essere effettuati entro trenta giorni dal ricevimento della fattura o di una richiesta equivalente, ovvero dalla consegna della merce o delle prestazioni di servizi, e nell'ipotesi di inosservanza di detta scadenza scatterà automaticamente a carico del debitore, senza la necessità di alcun sollecito, l'obbligo di corrispondere gli interessi moratori. Il termine potrà essere convenzionalmente esteso dalle parti anche oltre i sessanta giorni, ma a condizione che tale clausola, in relazione alla

ex art. 1419, comma 1, c. c., è ispirata prevalentemente ad una esigenza di conservazione del programma negoziale ed è pur sempre condizionata dall'originario assetto di interessi come divisato dalle parti; il meccanismo nullità parziale-sostituzione automatica ex art. 1419 cpv. c. c. determina una eterointegrazione del contenuto negoziale, potenzialmente produttiva di un'alterazione dell'assetto di interessi, senza che alcuna rilevanza assuma lo scopo pratico concretamente perseguito dalle parti, e ciò al fine di realizzare, sulla base di precise scelte di programmazione ed intervento, interessi essenziali della comunità".

1140 v. E. RUSSO, *Le transazioni commerciali. Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, cit., p. 271 ss.; MAROTTA, *La direttiva comunitaria contro i ritardi nei pagamenti tra imprese. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Banca, impr. e soc.*, 2001, p. 451; FAUCEGLIA, *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr.*, 2001, p. 312 ss.

1141 Rilevanti i principi affermati da P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 54; LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 10 ss.; cfr. con gli studi relativi al problema dell'equilibrio normativo del contratto: DALIA, *L'equilibrio normativo del contratto tra codice civile e leggi speciali*, Napoli, 2008, p. 7 ss.; TROIANI, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Art. 1469-bis 1° comma*, in *Clausole vessatorie e contratti del consumatore* a cura di Alpa e Patti, in *Commentario al Codice civile* diretto da Schelinger, Milano, 2003, p. 67 ss.

complessiva operazione economica, non risulti "gravemente iniqua" (art. 3¹¹⁴²); la Pubblica Amministrazione dovrà procedere ai pagamenti entro trenta giorni (elevabili in ipotesi specificamente determinate a sessanta) dal ricevimento della fattura o di una richiesta di pagamento ovvero dalla consegna delle merci o dal ricevimento delle prestazioni di servizi qualora non vi sia certezza sulla data delle intimazioni ad adempiere, dovendo in caso contrario corrispondere al creditore sulla somma dovuta gli interesse moratori (art. 4)¹¹⁴³.

1142 Art. 3, Direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. (Transazioni fra imprese). 1. Gli Stati membri assicurano che nelle transazioni commerciali tra imprese il creditore abbia diritto agli interessi di mora senza che sia necessario un sollecito, qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni: a) il creditore ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge; e b) il creditore non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto e il ritardo è imputabile al debitore. 2. Gli Stati membri assicurano che il tasso di riferimento applicabile: a) per il primo semestre dell'anno in questione sia quello in vigore il 1o gennaio di quell'anno; b) per il secondo semestre dell'anno in questione sia quello in vigore il 1o luglio di quell'anno. 3. Qualora siano soddisfatte le condizioni di cui al paragrafo 1, gli Stati membri assicurano che: a) il creditore abbia diritto agli interessi di mora a decorrere dal giorno successivo alla data di scadenza o alla fine del periodo di pagamento stabiliti nel contratto; b) se la data di scadenza o il periodo di pagamento non sono stabiliti nel contratto, il creditore abbia diritto agli interessi di mora alla scadenza di uno dei termini seguenti: i) trenta giorni di calendario dal ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta equivalente di pagamento; ii) se non vi è certezza sulla data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi; iii) se 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, trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi; iv) se la legge o il contratto prevedono una procedura di accettazione o di verifica diretta ad accertare la conformità delle merci o dei servizi al contratto e se il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento anteriormente o alla stessa data dell'accettazione o della verifica, trenta giorni di calendario da tale data. 4. Ove sia prevista una procedura di accettazione o di verifica diretta ad accertare la conformità delle merci o dei servizi al contratto, gli Stati membri assicurano che la durata massima di tale procedura non superi trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'articolo 7. 5. Gli Stati membri assicurano che il periodo di pagamento stabilito nel contratto non superi sessanta giorni di calendario, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'articolo 7.

1143 Art. 4, Direttiva 2011/7/UE, cit. (Transazioni fra imprese e pubbliche amministrazioni). 1. Gli Stati membri assicurano che, nelle transazioni commerciali in cui il debitore è la pubblica amministrazione, alla scadenza del periodo di cui al paragrafo 3, 4 o 6 il creditore abbia diritto agli interessi legali di mora senza che sia necessario un sollecito, qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni: a) il creditore ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge; e b) il creditore non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto e il ritardo è imputabile al debitore. 2. Gli Stati membri assicurano che il tasso di riferimento applicabile: a) per il primo semestre dell'anno in questione sia quello in vigore il 1o gennaio di quell'anno; b) per il secondo semestre dell'anno in questione sia quello in vigore il 1o luglio di quell'anno. 3. Gli Stati membri assicurano che nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione: a) il periodo di pagamento non superi uno dei termini seguenti: i) trenta giorni di calendario dal ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta equivalente di pagamento; ii) se non vi è certezza sulla data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi; iii) se 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, trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi; iv) se la legge o il contratto prevedono una procedura di accettazione o di verifica diretta ad accertare la conformità delle merci o dei servizi al contratto e se il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento anteriormente o alla stessa data dell'accettazione o della verifica, trenta giorni di calendario da quella data; b) la data di ricevimento della fattura non sia soggetta a un accordo contrattuale tra debitore e creditore. 4. Gli Stati membri possono prorogare i termini di cui al paragrafo 3, lettera a), fino ad un massimo di sessanta giorni di calendario per: a) qualsiasi amministrazione pubblica che svolga attività economiche di natura industriale o commerciale offrendo merci o servizi sul mercato e che sia soggetta, come impresa pubblica, ai requisiti di trasparenza di cui alla direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese; b) enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e che siano stati debitamente riconosciuti a tal fine. Ove uno Stato membro decida di prorogare i termini a norma del presente paragrafo, trasmette alla Commissione una relazione su tale proroga entro il 16 marzo 2018. Su tale base la Commissione presenta al

Significative, inoltre, sono le disposizioni che disciplinano, in maniera più favorevole e rapida per il creditore, le procedure per il recupero delle somme non contestate (art. 10¹¹⁴⁴); il risarcimento per le spese sostenute al fine di ottenere il pagamento, la cui entità minima non può essere inferiore alle euro quaranta (art. 6¹¹⁴⁵); l'impegno assunto dall'Unione europea ed imposto agli Stati membri di garantire la trasparenza dei diritti e degli obblighi derivanti dalla Direttiva in esame, dei tassi di interesse legale di mora, nonché di fare opera di promozione degli strumenti utilizzabili al fine di far fronte ai ritardi di pagamento e di sensibilizzazione del mercato in ordine a tale fenomeno deprecabile (art. 8¹¹⁴⁶)

Particolarmente interessante è la previsione di cui all'art. 7¹¹⁴⁷, secondo cui gli Stati membri devono adeguare il proprio sistema normativo, stabilendo che una clausola contrattuale, una

Parlamento europeo e al Consiglio una relazione che indica gli Stati membri che hanno prorogato i termini a norma del presente paragrafo e tiene conto dell'impatto sul funzionamento del mercato interno, in particolare sulle PMI. Alla relazione sono accluse eventuali proposte pertinenti. 5. Gli Stati membri assicurano che la durata massima della procedura di accettazione o di verifica di cui al paragrafo 3, lettera a), punto iv), non superi trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e nella documentazione di gara e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'articolo 7. 6. Gli Stati membri assicurano che il periodo di pagamento stabilito nel contratto non superi il termine di cui al paragrafo 3, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche, e non superi comunque sessanta giorni di calendario

1144 Art. 10, Direttiva 2011/7/UE, cit. (Procedure di recupero di crediti non contestati). 1. Gli Stati membri assicurano che un titolo esecutivo possa essere ottenuto, anche mediante una procedura accelerata e indipendentemente dall'importo del debito, di norma entro novanta giorni di calendario dalla data in cui il creditore ha presentato un ricorso o ha proposto una domanda dinanzi all'autorità giurisdizionale o un'altra autorità competente, ove non siano contestati il debito o gli aspetti procedurali. Gli Stati membri assolvono detto obbligo conformemente alle rispettive disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali. 2. Le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali applicano le stesse condizioni a tutti i creditori stabiliti nell'Unione. 3. Per calcolare il periodo di cui al paragrafo 1 non si tiene conto di quanto segue: a) i periodi necessari per le notificazioni; b) qualsiasi ritardo imputabile al creditore, come i termini necessari per regolarizzare il ricorso o la domanda. 4. Il presente articolo fa salve le disposizioni del regolamento (CE) n. 1896/2006.

1145 Art. 6, Direttiva 2011/7/UE, cit. (Risarcimento delle spese di recupero). 1. Gli Stati membri assicurano che, ove gli interessi di mora diventino esigibili in transazioni commerciali in conformità dell'articolo 3 o 4, il creditore abbia il diritto di ottenere dal debitore, come minimo, un importo forfettario di 40 EUR. 2. Gli Stati membri assicurano che l'importo forfettario di cui al paragrafo 1 sia esigibile senza che sia necessario un sollecito e quale risarcimento dei costi di recupero sostenuti dal creditore. 3. Il creditore, oltre all'importo forfettario di cui al paragrafo 1, ha il diritto di esigere dal debitore un risarcimento ragionevole per ogni costo di recupero che ecceda tale importo forfettario sostenuto a causa del ritardo di pagamento del debitore. Ciò potrebbe comprendere anche le spese che il creditore ha sostenuto per aver affidato un incarico a un avvocato o a una società di recupero crediti.

1146 Art. 8, Direttiva 2011/7/UE, cit. (Trasparenza e sensibilizzazione). 1. Gli Stati membri assicurano piena trasparenza in merito ai diritti e agli obblighi derivanti dalla presente direttiva, anche rendendo pubblico il tasso d'interesse legale di mora applicabile. 2. La Commissione pubblica su Internet informazioni circa i tassi d'interesse legali vigenti che sono applicati in tutti gli Stati membri in caso di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali. 3. Gli Stati membri utilizzano, se del caso, pubblicazioni specialistiche, campagne promozionali o qualsiasi altro mezzo idoneo ad incrementare tra le imprese la consapevolezza dei rimedi ai ritardi di pagamento. 4. Gli Stati membri possono incoraggiare la creazione di codici di pagamento rapido che prevedano termini di pagamento chiaramente definiti e un adeguato procedimento per trattare tutti i pagamenti oggetto di controversia o qualsiasi altra iniziativa che affronti la questione cruciale dei ritardi di pagamento e contribuisca a sviluppare una cultura di pagamento rapido, a sostegno dell'obiettivo della presente direttiva.

1147 Art. 7, Direttiva 2011/7/UE, cit. (Clausole contrattuali e prassi inique). 1. Gli Stati membri dispongono che una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell'interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore. Per determinare se una clausola contrattuale o una prassi sia gravemente iniqua per il creditore, ai sensi del primo comma, si tiene conto di tutte le circostanze del caso, tra cui: a) qualsiasi grave scostamento dalla corretta prassi commerciale, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza; b) la natura del prodotto o del servizio; e c) se il debitore abbia qualche motivo oggettivo per derogare al tasso d'interesse di mora legale, al periodo di pagamento di cui all'articolo 3, paragrafo 5, all'articolo 4, paragrafo 3, lettera a), all'articolo 4, paragrafo 4, e all'articolo 4, paragrafo 6, o all'importo forfettario di cui all'articolo 6, paragrafo 1. 2. Ai fini del paragrafo 1, una clausola contrattuale o una prassi che escluda

prassi relativa alla data, al periodo di pagamento, al tasso di interesse o al risarcimento per i costi di recupero, qualora risulti gravemente iniqua per il creditore, non possa essere fatta valere in giudizio o comunque dia diritto al risarcimento del danno.

Al fine della valutazione di iniquità, la norma impone la considerazione di tutte le circostanze del caso concreto, ed in particolare di "*qualsiasi scostamento dalla corretta prassi commerciale*", in violazione del principio di buona fede e di correttezza; della natura del prodotto o del servizio; dell'esistenza di un motivo oggettivo che giustifichi la deroga alla previsioni della Direttiva.

Dalla normativa in esame emerge un quadro di tutela più intensa per il creditore, contraente imprenditore-debole nel rapporto con un'altra impresa o con la Pubblica Amministrazione, in cui l'esigenza di garantire l'equilibrio contrattuale si attenua per far spazio alle istanze economiche legate all'efficienza del mercato ed alla funzionalità delle transazioni commerciali.

l'applicazione di interessi di mora è considerata gravemente iniqua. 3. Ai fini del paragrafo 1, si presume che una clausola contrattuale o una prassi che escluda il risarcimento per i costi di recupero di cui all'articolo 6 sia gravemente iniqua. 4. Gli Stati membri assicurano che, nell'interesse dei creditori e dei concorrenti, esistano mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a clausole contrattuali e prassi gravemente inique ai sensi del paragrafo 1. 5. I mezzi di cui al paragrafo 4 comprendono disposizioni che consentono che organizzazioni ufficialmente riconosciute per la rappresentanza delle imprese o titolari di un legittimo interesse a rappresentare le imprese agiscano a norma della legislazione nazionale applicabile dinanzi alle autorità giurisdizionali o agli organi amministrativi competenti qualora le clausole contrattuali o le prassi siano gravemente inique ai sensi del paragrafo 1, in modo che possano ricorrere a mezzi appropriati ed efficaci per impedire il ricorso continuo a tali clausole

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943.
- ABBAGNANO, Voce "Valore", in *Diz. filos.*, Torino, 1998.
- ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 622.
- ALESSI, *Contratti dei consumatori e disciplina generale dei contratti dopo l'emanazione del codice dei consumi*, in Aa. Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 815 ss.
- ALIBRANDI, *La garanzia previdenziale secondo Costituzione*, in *Riv. infortuni*, I, 1990.
- ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955.
- ALPA, *Strategie d'impresa e tutela del consumatore. Per una critica del fenomeno "consumerism"*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 494 ss.
- ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 619 ss.
- ALPA, *La <<trasparenza>> del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Enc. Dir. terz.*, 1992, p. 655 ss.
- ALPA, *L'equità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 231 ss.
- ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 6 ss.
- ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss.
- ALPA, *Usura: un problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 181 ss.
- ALPA, Voce "Principi generali", in *Dig. it.-sez. priv.*, Torino, 1996, p. 360.
- ALPA, *Il recepimento della direttiva comunitaria in materia di multiproprietà: un'analisi comparativa*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 193 ss.
- ALPA, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1315 ss.
- ALPA, *L'applicabilità della convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Europa e diritto*, 1999, 3, p. 873 ss.
- ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contr.*, 1999, p. 849 ss.
- ALPA, *I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 491 ss.
- ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XXVI, Torino, 2000, p. 704 ss.
- ALPA, *Trattato di diritto civile, I, Storia, fonti, interpretazione*, Milano, 2000.

ALPA, *I diritti dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.

ALPA, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Contr.*, 2005, p. 1173 ss.

ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2003.

ALPA, *Nota sulla trasparenza e delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr.*, 2003, p. 1045.

ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2006.

ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007.

ALPA, *Considerazioni conclusive*, in *Le pratiche commerciali sleali: direttiva Comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Minervini-Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 362 ss.

ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009.

ALPA, *La Carta di Nizza e la Costituzione europea*, in Alpa-Conte-Rossi Carleo, *La costruzione del diritto dei consumatori*, I, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 68 ss.

ALPA, *La tutela del consumatore nei principi generali del diritto comunitario e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in Alpa-Conte-Rossi Carleo, *La costruzione del diritto dei consumatori*, in *I diritti dei consumatori*, I, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 61-62.

ALPA, *I diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e il ruolo dell'Avvocatura*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2218.

ALPA, *Introduzione*, in *I diritti umani e fondamentali nella formazione dell'avvocato europeo*, a cura di Alpa e Mariani Marini, Pisa, 2010, p. 21.

ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005.

ALVISI, *Recesso e disdette turistiche*, in *Dir. tur.*, 2005, p. 221 ss.

AMAGLINI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999.

AMIRANTE, *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2000.

ANDRINI, *La condizione nel testamento*, in *Le successioni testamentarie*, a cura di Bianca, in *Giur. sist. dir. civ.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1983, p. 110 ss.

ANTONIOLI-CORIGLIANO, *Le azioni comunitarie nel turismo: politiche, obiettivi e implicazioni*, in *I contratti di viaggio e turismo*, a cura di Vaccà, Milano, 1995, p. 211.

ANTONUCCI, *La nuova disciplina del contratto di assicurazione fra tutela della concorrenza e protezione del consumatore*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1996, I, p. 473.

ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, trad. di Bonavita e De Rensis, Napoli, 2005.

- ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1952-1953, p. 36 ss.
- ASQUINI, Voce "Codice di commercio", in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 250 ss.
- ASTONE, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Tratt. dir. priv. europ.*, a cura di Lipari, Padova, 2003, p. 30 ss.
- ASTONE, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1013 ss.
- ATELLI (a cura di), *La disciplina del codice del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001, p. 266 ss.
- AULETTA, *Risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 170 ss.
- AZZARO-SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in *I contratti del consumatore*, a cura di Gabrielli e Minervini, Torino, 2005, p. 62 ss.
- BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri dell'individuo e paradossi dell'universalismo*, Roma, 1999.
- BALDASSARRE, Voce "Diritti inviolabili", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1989, p. 1 ss.
- BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.
- BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 11 ss.
- BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.
- BARBERIS, *Sette studi sul liberalismo rivoluzionario. Con un'introduzione metodologica e un'appendice bibliografica*, Torino, 1989.
- BARBERO, *Rilevanza della volontà del negozio*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940.
- BARBERO, *A proposito della forma degli atti giuridici (L'efficacia del testamento olografo nonostante l'incompletezza della data)*, in *Ius*, 1940, p. 442 ss.
- BARCA, *Lo scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 367.
- BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.
- BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 524.
- BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Mazzamuto, Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 328.

- BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.
- BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996.
- BARENGHI, *Dei contratti del consumatore in generale, Commento agli artt. 33-38*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2006, p. 155.
- BARRET-KRIEGEL, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, 1989.
- BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- BATTELLI, *La riduzione della clausola penale ex officio*, in *Contr.*, 2007, II, p. 43.
- BEATSON-FRIEDMAN (a cura di), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995.
- BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 837.
- BENEDETTI, *L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di Ferroni, Napoli, 2002, p. 39.
- BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002.
- BENEDETTI (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003.
- BENEDETTI, *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in *Riv. trim.*, 2007, p. 15 ss.
- BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, p. 122 ss.
- BERTOLOTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 540 ss.
- BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1967.
- BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Genova*, 1971, p. 232 ss.
- BESSONE, *Contratti per adesione e natura ideologica del principio di libertà contrattuale*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 127 ss.
- BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, p. 1327 ss.
- BESSONE, *La tutela dei consumatori oggi. Dalla "consumer protection" alla garanzia costituzionale dei diritti inviolabili*, in *Giur. It.*, 1986, p. 290.
- BESSONE-ROPPO, *Il controllo sociale delle attività private*, a cura di Amato-Cassese-Rodotà, Genova, 1971, p. 335 ss.

- BESSONE – D'ANGELO, Voce "Presupposizione", in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 326 ss.
- BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 222 ss.
- BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1952 rist.
- BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955.
- BIANCA C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 207 ss.
- BIANCA C. M., *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA M. (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 29 ss.
- BIANCO, *Brevi considerazioni sui diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di Barba, Napoli, 2000, p. 289 ss.
- BIANCO, Voce "Nichilismo giuridico", in *Dig. it. – sez. priv.*, Agg. III, Torino, 2007, p. 790 ss.
- BIELLI, Commento "Art. 120 cod. ass.", in *Le assicurazioni*, a cura di La Torre, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2007, p. 1250 ss.
- BIGIAVI, *L'exceptio doli nel diritto cambiario*, in *Foro it.*, 1938, c. 177 ss.
- BIGIAVI, *Appunti sul Diritto giudiziario*, Padova, 1989 rist.
- BIGLIAZZI GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di Cesaro, Padova, 1994, p. 31 ss.
- BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 255 ss.
- BILOTTA (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, IX, *Computer e nuove tecnologie di comunicazione*, Torino, 2004.
- BISCARETTI DI RUFFIA-CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione Sovietica del 1977*, Milano, 1979.
- BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 2001.
- BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 431 ss.
- BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, I. *La costituzione liberale*, Torino, 1998.
- BOGNETTI, Voce "Diritti dell'uomo", in *Dig. it. – Sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 385 ss.

BOISMAIN, *Les contracts relationnels*, Ai-Marseille, 2005.

BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 1995.

BONELL-BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997.

BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 899.

BONILINI-CONFORTINI (a cura di), *Codice ipertestuale del consumo*, Torino, 2008.

BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale nel contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 769.

BRAVO, *La commercializzazione a distanza dei <<servizi finanziari>> ai consumatori nel d.lgs. n. 190/2005 di attuazione della Direttiva 2002/65/CE*, in *Commercio elettronico*, a cura di Rossello-Finocchiaro e Tosi, Torino, 2007, p. 359 ss.

BRAVO, *Nozione di <<servizi finanziari>> di cui al d.lgs n. 190 del 2005 sulla <<commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori>> e collocabilità della disciplina nel codice del consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 594 ss.

BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 242 ss.

BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, V, p. 5 ss.

BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neo dirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 715 ss.

BROGGINI, *Aspetti storici e comparatistici*, in *L'equità*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, in *Problemi attuali di diritto e procedura civile*, Milano, 1975, p. 24.

BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, in *Riv. it. filos. dir.*, 1923, 450 ss.

BUGANI, *La nullità del contratto*, Padova, 1990.

BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000.

BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 181 ss.

BURGI, *Ursprung und Bedeutung der Begriffe <<Treu und Glauben>> und <<Billigkeit>> im Scheweizerischen Zivilrecht*, Bern, 1939.

BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 2002, p. 21 ss.

BUSNELLI-CALDERAI, *Declinazioni della persona: un itinerario dal diritto privato al diritto internazionale (passando per il diritto costituzionale)*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2214.

BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in *dir. banc. merc. fin.*, 1994, I, p. 473 ss.

- BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2005, p. 24 ss.
- BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009.
- CACCAVALE, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Not.*, 2007, p. 56 ss.
- CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2003, p. 300 ss.
- CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979.
- CAIAZZO, *L'usura nella legislazione penale italiana*, Milano, 1935.
- CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, Torino, 1999.
- CALDWELL, *Popular Sovereignty and Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, 1997.
- CALÒ, *Recesso e recessi nella multiproprietà*, in *Riv. not.*, 1999, p. 305 ss.
- CALVARI, *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti del consumatore: dialogo tra la giurisprudenza italiana e tedesca*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 70 ss.
- CALVARI, *La disciplina delle clausole vessatorie nei contratti conclusi con i consumatori*, in Calvari-Putti-Scarpello, *I contratti del consumatore*, in *I diritti dei consumatori*, I, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 333.
- CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2002, p. 297 ss.
- CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. e impr. eur.*, 2007, p. 63 ss.
- CALVO, *L'equità nel diritto privato*, in *Diritto Privato, Studi in onore di Antonio Palazzo*, I, *Fondamenti etici e processo*, Torino, 2009, p. 118.
- CALVO, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010.
- CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annali Bologna*, 1923-1924.
- CANARIS, *L'incidenza dei diritti fondamentali nel diritto privato tedesco*, in *Studium iuris*, 1999, p. 359 ss.
- CANDIAN, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e Patti, Milano, 1997, p. 955 ss.

- CANDIAN-DE NOVA-ROPPO-VOLPE PUTZOLU-ZENO ZENCOVICH, *Il diritto di <<ripensamento>> nella disciplina del contratto di assicurazione sulla vita: una nuova forma di tutela dell'assicurato*, in *Dir. econ. assic.*, 1996, p. 109.
- CANNIZZARO-CALIGIURI, Commento "Art. 10 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, p. 246.
- CAPIZZANO, *I miglioramenti agrari nella teoria dell'impresa e dell'azienda*, Milano, 1984
- CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2002, p. 202 ss.
- CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003.
- CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Studi in onore di Ugo Maiello*, I, Napoli, 2005, p. 289 ss.
- CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002.
- CARBONE, *Interessi usurari dopo la l. 108/1996*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 435 ss.
- CARBONE, *Anatocismo e usi bancari: la Cassazione ci ripensa*, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 570 ss.
- CARENA, Voce "Estoppel", in *Dig. It. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 144 ss.
- CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2005.
- CARINGELLA, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Urb. e app.*, 2003, II, p. 149 ss.
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1960.
- CARMERO-DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999.
- CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Commentario al Codice civile* diretto da Schelinger, Milano, 2000.
- CARRARO, *Valore attuale della massima <<fraus omnia corrumpit>>*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 782 ss.
- CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 265 ss.
- CARRESI, *La fattispecie dell'azione di rescissione*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, Padova, 1965, p. 115 ss.
- CARRESI, Voce "Rescissione" (diritto civile), in *Enc. giur. Trec.*, XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.
- CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, c. 354 ss.
- CARRIERO, *Commento agli artt. 117 e 118 T. U. bancario*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2001, p. 910 ss.

- CARRIERO, *Il credito al consumo*, in Carriero-Gaggero, *I servizi finanziari*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 558.
- CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.
- CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di Cartabia, Bologna, 2007, p. 13 ss.
- CARTELLA, *La disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 753.
- CARTER, *Cases and Statutes on Evidence*, London, 1990.
- CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947.
- CARUSO, *Il Trattato sull'Unione europea*, in *Europa e Mezzogiorno*, 1992, n. 24, p. 1.
- CASADEI-GERMANÒ (a cura di), *Autonomia privata assistita e autonomia collettiva nei contratti agrari – Art. 45, l. 3 maggio 1982, n. 203*, Milano, 1992.
- CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974.
- CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1304 ss.
- CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità economica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 449 ss.
- CASO-PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 733.
- CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1332 ss.
- CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009.
- CASTELLANO (a cura di), *I diritti umani fra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, Napoli, 1996.
- CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c. d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 14 ss.
- CASUCCI, *Il principio proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2000.
- CASUCCI, *Il sistema giuridico <<proporzionale>> nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001.
- CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1969.
- CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sulla autonomia privata*, Milano, 1971.

CATERINI, *Politica dei consumi e diritto dei contratti. Il paradigma del principio <<generale>> di sicurezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 627 ss.

CATERINI, *L'etica delle situazioni patrimoniali e la <<logica separazionista>> tra diritti reali e obbligatori*, in *Le Corti calabresi*, 2007, p. 1 ss.

CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italoeuropeo. Dal mercato alla persona*, Napoli, 2009.

CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 613 ss.

CENTINI, *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Contr.*, 2011, p. 393.

CERRI, *Il <<principio>> come fattore interpretativo e come valore <<privilegiato>>: spunti ed ipotesi per una discussione*, in *Giur. cost.*, 1985.

CERRI, Voce "Uguaglianza (principio costituzionale di)", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1994, p. 1 ss.

CERRI, *La Costituzione ed il diritto privato*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, I, Torino, 1999, p. 129 ss.

CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969.

CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

CHELI, *La fondazione della repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, Bologna, 1979.

CHERUBINI, *Tutela del <<contraente debole>> nella formazione del consenso*, Torino, 2005.

CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 439 ss.

CHIAPPETTA, *Il principio di autodeterminazione da leale informazione ed il corretto funzionamento del mercato*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di Perlingieri e Caterini, I, Rende-Napoli, 2004, p. 171 ss.

CHIAPPETTA, *Le comunicazioni ed il segreto di impresa tra contratto e mercato*, Napoli, 2005.

CHIARELLA, *La tutela dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati: elaborazioni teoriche e stato dell'arte*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, a cura di Comandè, Torino, 2004, p. 65 ss.

CHINÈ, Voce "Consumatore (contratti del)", in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 400 ss.

CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, I, Padova, 2003, p. 458 ss.

CHINÈ, *Fonti interne e fonti comunitarie: criteri di risoluzione delle antinomie e tutela delle posizioni giuridiche soggettive di diritto comunitario*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I, a cura di Perlingieri e Sesta, Napoli, 2007, p. 27 ss.

CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000.

- CHITI, *Il Trattato sull'Unione europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1993, p. 343.
- 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. 411.
- CIATTI, *Il recepimento della direttiva comunitaria in tema di godimento turnario di beni immobili ("multiproprietà")*, in *Contr. impr. eur.*, 1999, p. 525 ss.
- CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, Milano, 2003.
- CICALA, *La riducibilità d'ufficio della penale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 683.
- CIMINO, *Informazione e pubblicità commerciale*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Tratt. dir. Unione europ.*, diretto da Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 175 ss.
- CINQUE, Commento "Art. 52 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristoforo a Zaccaria, Padova, 2010, p. 452.
- CIPPITANI, *Il principio di solidarietà nei rapporti di diritto privato*, in *Diritto Privato, Studi in onore di Antonio Palazzo*, I, *Fondamenti etici e processo*, Torino, 2009, p. 165 ss.
- CIPRIAN, *Il regime italiano delle assicurazioni si adegua alle norme comunitarie*, in *Riv. dir. com. int.*, 1996, p. 676.
- CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000.
- CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova, 1994, p. 1082 ss.
- CLARIZIA, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e obblighi di informazione*, in *Riv. it. leasing*, 1992, p. 213 ss.
- COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 1994.
- COING, *Form und Billigkeit im modernen Privatrecht*, in *Deutscher Notartag*, Munchen, 1965.
- COLESANTI, Voce "Giurisprudenza", in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1961, p. 1104 ss.
- COLLURA, *La nuova legge dell'usura e l'art. 1815 c. c.*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 602 ss.
- COMPORTE, *Fondamento e natura della rescissione*, in *Studi senesi*, 1956-1957, p. 7.
- CONDORELLI, *Equità e diritto*, in *Ann. Univ. Catania*, 1934, p. 293 ss.
- CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1976, c. 542 ss.
- CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955.
- CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 803 ss.

- CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* a cura di Ferroni, Napoli, 2002, p. 106.
- CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970.
- CORSARO, *La minaccia di far valere un diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 459 ss.
- COSTA, Voce "Diritti fondamentali (storia)", in *Enc. dir. – Annali*, Milano, 2008, p. 365 ss.
- COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e Impr.*, 1987, p. 423.
- COTTINO, *La Cassazione muta indirizzo in tema di anatocismo*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1221.
- 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. arbitrato*, 1999, p. 71 ss.
- CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003.
- CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziale*, in *Riv. arbitrato*, 2006, p. 387 ss.
- CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2008.
- CROME, *System des Deutschen burgerlichen Rechts*, Tubingen-Leipzig, 1900.
- CUFFARO, *I nuovi caratteri delle obbligazioni pecuniarie*, in *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, p. 608.
- D'ALESSANDRO, *Principio di proporzionalità comunitaria e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 2515.
- D'AMELIO, Voce "Abuso del diritto (diritto internazionale)", in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1964, p. 95 ss.
- D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, p. 740 ss.
- D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.
- D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, t. IV, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2004.
- D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005.
- D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974.
- D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997.
- D'EUFEMIA, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, 1942, p. 79 ss.

DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa. I nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi dei beni e servizi*, in *Studium juris*, 2003, p. 6 ss.

DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la Direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione <<completa>> delle disposizioni nazionali concernenti <<taluni aspetti>> dei <<contratti di credito ai consumatori>>*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 255 ss.

DE CRISTOFARO (a cura di), *I <<Principi>> del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009.

DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del <<diritto di recesso>>: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, in *I <<Principi>> del diritto comunitario dei contratti*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, p. 355.

DE CRISTOFARO, Commento "Art. 18 cod. cons., par.II", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 123 ss.

DE CRISTOFARO, Commento "Art. 20 cod. cons." in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 154 ss.

DE CRISTOFARO, Commento "Art. 70 d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 1778.

DE CRISTOFARO-ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010.

DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.

DE MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contr.*, 2003, p. 623 ss.

DE MARCHI, *La Direttiva 314/90 del 13 giugno 1990, sui viaggi e vacanze <<tutto compreso>> e la recezione nel nostro ordinamento mediante il d.lgs 17 marzo 1995, n. 111*, in *I contratti di viaggio e turismo*, a cura di Vaccà, Milano, 1995, p. 20.

DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile. Premesse teoretiche*, Padova, 1959, p. 220 ss.

DE MAURO, *Principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000.

DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, Milano, 1999.

DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996.

DE NOVA, *Tipico e atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, a cura di Silingardi-Antonini-Morand, Milano, 1996, p. 368.

DE NOVA, Voce "Recesso", in *Dig. it.-sez. priv.*, Torino, 1997, p. 314 ss.

DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 499.

DE NOVA, *Multiproprietà e disciplina dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 5 ss..

- DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: verso un revirement della Cassazione?*, in *Contr.*, 1999, p. 422 ss.
- DE NOVA-GIUGGIOLI-LEO, *La multiproprietà, d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427*, Milano, 1999.
- DE POLI, Commento "Art. 124 TUB", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristoforo a Zaccaria, Padova, 2010, p. 1451.
- DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, V, I, Napoli, 1921.
- DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999.
- DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1980.
- DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 48 ss.
- DELL'ANNA MISURALE, *La nuova giurisprudenza in materia di anatocismo: riflessioni critiche sul revirement della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1999, II, pp. 1873 ss.
- DELL'AQUILA, *L'adeguatezza tra i vantaggi nei contratti onerosi*, in *Studi senesi*, XCI, 1979.
- DELLA VEDOVA, Commento "Art. 166 cod. ass.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristoforo e Zaccaria, Padova, 2010, p. 1632.
- DI MAJO, *Il controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 90 ss.
- DI MAJO, *Proposte per un avvio di discorso teorico sull'«uso alternativo» del diritto privato*, in *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, I, 1973, p. 149 ss.
- DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.
- DI MAJO, Voce "Causa del negozio giuridico", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, p. 1 ss.
- DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 9 ss.
- DI MAJO, *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 528 ss.
- DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, in *Incontro di studio del C.S.M. (Roma 22-24 aprile 2002)*, p. 1.
- DI MAJO, *La nullità*, in *Il Contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2002, p. 49 ss.
- DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1538.
- DI BENEDETTO, *Riflessi penali della giurisprudenza civile sulla riscossione di interessi divenuti usurari successivamente all'entrata in vigore della l. n. 108 del 1996, nota a Trib. Roma, 4 giugno 1998; Trib. Velletri, 3 dicembre 1997; Trib. Milano, 13 novembre 1997*, in *Banca, borsa ecc.*, 1998, II, 1998, p. 534.
- DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 215.

- DI GIANDOMENICO-RICCIO, *I contratti aleatori*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2005.
- DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di Gabrielli-Minervini, in *Tratt. dei contr.*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2005, p. 301 ss.
- DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 397 ss.
- DI MARZIO, *Regolamento contrattuale, intervento giudiziario e tutela dei consumatori*, in *Incontri di studio CSM (Roma 16 novembre 2005)*, p. 1 ss.
- DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Studi in onore di Cian*, Padova, 2010, I, p. 797 ss.
- DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995.
- DI MAURO, *La condizione*, in *La successione testamentaria*, II, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, p. 1150 ss.
- DI NALLO (a cura di), *Il significato sociale del consumo*, Roma-Bari, 1999.
- DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali aggressive*, in *Le <<pratiche commerciali sleali>> tra imprese e consumatori. La direttiva n. 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007, p. 229.
- DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003.
- DABIN, *La théorie de la cause*, Bruxelles, 1919.
- DABIN, *Le droit subjective*, Paris, 1952.
- DALIA, *L'equilibrio normativo del contratto tra codice civile e leggi speciali*, Napoli, 2008.
- DEJANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939.
- DISTASO, *I principi giuridici fondamentali del sistema contrattuale. La libertà contrattuale e i suoi limiti*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1980.
- DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1998, I, p. 29 ss.
- DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1745.
- DONATI, *Elementa juris naturalis*, Napoli, 1990.
- DONATI, *La concezione della giustizia nella vigente costituzione*, Napoli, 1998, p. 259 ss.
- DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo. Human Rights e Grundrechte*, Milano, 2002.
- DONATI, *I valori della codificazione civile*, Padova, 2009.

- DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, p. 1573 ss.
- DRAETTA, *Il Trattato di Maastricht e le prospettive dell'integrazione europea*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 5 ss.
- DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et historie. Droit, individu et pouvoir de l'Ecole du Droit naturel à l'Ecole du Droit historique*, Paris, 1991.
- EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 1 ss.
- EMILIOU, *The principle of proportionality in European Law*, London, 1996.
- ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954.
- ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 37.
- EVEREST-STRODE, *Law relating Estoppel*, London, 1923.
- FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro It.*, 1999, I, p. 1891.
- FABRIS, *Consumatore e mercato. Le nuove regole*, Milano, 1995.
- FALCO, *Il credito al consumo (d.lg. 1.9.1993, n. 385 T. U. delle leggi in materia bancaria e creditizia). Artt. 121-128*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, p. 605 ss.
- FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 1 ss.
- FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 455 ss.
- FANCELLI, *Sulla riducibilità di ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 70 ss.
- FARNETI, Commento "Art. 34 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 347.
- FARNETI, Commento "Art. 48 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 436.
- FAUCEGLIA, *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr.*, 2001, p. 312 ss.
- FAURE, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris, 1988.
- FAVALE, *Le clausole di forma scritta e la tutela del contraente debole*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di Perlingieri e Caterini, I, Rende-Napoli, 2004, p. 171 ss.
- FEBBRAJO, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006.

- FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.
- FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996.
- FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, 2007.
- FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale, Roma-Bari, 2008.
- FERRANTI, *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e le conseguenze sul piano processuale della riconciliazioni fra diritto ed equità operata dalla corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2922.
- FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940.
- FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001.
- FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959.
- FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968.
- FERRI, *Considerazioni in tema di formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 187 ss.
- FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.
- FERRI, Voce "Ordine pubblico", in *Enc. dir.*, Milano, 1980, p. 1040 ss.
- FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 324 ss.
- FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I p. 141.
- FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 382.
- FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997.
- FERRONI, *Ius superveniens, rapporti in corso e usurarietà sopravvenuta*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 524 ss.
- FERRONI, *Spunti per lo studio del divieto d'abuso delle situazioni soggettive patrimoniali*, in *Tem e problemi della civilistica contemporanea. venticinque anni della "Rassegna di diritto civile">>*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 313 ss.
- FIGONE, *La causa*, in *I requisiti del contratto*, III, *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 462.
- FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Milano, 1983, p. 60 ss.
- FILANTI, Voce "Nullità", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1990.
- FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996.

- FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Firenze, 1921.
- FIORAVANTI-GUERRIERI (a cura di), *La costituzione italiana*, Roma, 1999.
- FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995.
- FISSOTI, *Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ed inadempimento della obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, p. 102 ss.
- FLAMINI, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli, 1999.
- FLUMENE, *L'uso illecito del diritto*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1936.
- FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 421 ss.
- FOTI, *Autonomia privata e regolazione dei mercati. Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di Tommasini, Torino, 2007, p. 6 ss.
- FOUILLÉ, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1884.
- FRAGOLA, *Profilo comunitario del turismo*, Padova, 1996.
- FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008.
- FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea*, Milano, 2010.
- FRANCESCHELLI-SILINGARDI, *Manuale di diritto del turismo*, Torino, 1999.
- FRANZESE, *Contratto, negozio e Lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 771 ss.
- FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. dir. civ.*, diretto da Schelinger, Milano, 1997.
- FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 86 ss.
- FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002.
- FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1962.
- FROSINI, Voce "Equità (nozione)", in *Enc. dir.*, Milano, 1966, p. 78.
- GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.
- GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1998.
- GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 327 ss.

GABRIELLI-ORESTANO, Voce "Contratti del consumatore", in *Dig. it.-sez. priv.*, Agg., Torino, 2008 rist., p. 235.

GAGGERO, *La disciplina del jus variandi nel Testo Unico bancario*, Padova, 1995, p. 367 ss.

GAGGERO, *Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo*, in *Contr. e impr. eur.*, 1996, p. 622.

GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999.

GAGGERO, *La trasparenza dei contratti delle banche, degli intermediari finanziari e di credito al consumo*, in Carriero-Gaggero, *I servizi finanziari*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 588.

GAGLIARDI, *Equilibri informativi e diritti fondamentali nel contratto di assicurazione*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, a cura di Comandè, Torino, 2004, p. 192.

GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976.

GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 1977.

GALGANO, Commento "Art. 41 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 3 ss.

GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 309 ss.

GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 23 ss.

GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e Impr.*, 1998, p. 1 ss.

GALGANO, *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 401 ss.

GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.

GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007.

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009.

GALLETTO, Voce "Clausola rebus sic stantibus", in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 390 ss.

GALLI, *Sulla natura giuridica delle condizioni generali di contratto*, in *Studi parmensi*, 1980, p. 137 ss.

GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 160.

GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 641 ss.

- GALLO, Voce "Eccessiva onerosità sopravvenuta", in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 241.
- GALLO, *Trattato del contratto*, Torino, 2010.
- GAMBARO, Voce "Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, p. 1 ss.
- GAMBINO A. M., *La tutela del consumatore nella disciplina della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del D.lgs. 25/1/1992 in materia di pubblicità ingannevole*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 411 ss.
- GAMBINO A. M., *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000.
- GAMBINO A.M., *I contratti telematici*, in Bravo-Gambino-Tozzi, *I contratti telematici e il commercio elettronico*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 608.
- GAMBINO S. (a cura di), *Il "nuovo" ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, 2003.
- GAMBINO S. (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006.
- GAMBINO S., *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009.
- GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998.
- GATT, *Recensione a Principles of European contract law*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 507.
- GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 454 ss.
- GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.
- GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 52 ss.
- GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Contr.*, 2001, p. 1454 ss.
- GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c. c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 165.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007.
- GELLI, *Condizioni per l'esercizio del diritto di recesso*, in *Decreto legislativo 15.1.1992 n. 50, Attuazione della direttiva n. 85/577/CE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, a cura di Lipari, in *Nuov. leg. civ. comm.*, 1993, p. 218 ss.
- GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, p. 203 ss.
- GEWIRTH, *Human Rights. Essays on Justification and Applications*, Chicago, 1982.

- GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova 2003.
- GHESTIN, *Le contrat*, in *Traité de droit civil, II, Les obligations, II*, Paris, 1988.
- GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, Roma-Bari, 2009.
- GIAMPIETRAGLIA, *Il diritto di recesso nei contratti con i consumatori*, in *Europa y los nuevos limites de la autonomia privada*, a cura di Ossorio Serrano, Granada-Roma-Napoli, 2005, p. 187 ss.
- GIANNINI, *Le basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 445.
- GIANOLA, Voce "Sorpresa", in *Dig. it. – sez. priv.*, Agg., Torino, 2009, p. 510 ss.
- GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 882.
- GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1332.
- GIORGIANNI, *La cosiddetta incapacità naturale nel primo libro del nuovo cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 408 ss.
- GIORGIANNI, Voce "Causa (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 547.
- GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.
- GIORGIANNI, Voce "Forma degli atti (dir. priv.)", in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, p. 1004.
- GIORGINI, *Ragionevolezza ed autonomia negoziale*, Napoli, 2010.
- GIORGIS, Commento "Art. 3, 2° co. Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006.
- GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la Giornata Mondiale della Pace 1999*, in *Acta Apostolicae Sedis*.
- GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali (per una teoria della moderna nullità relativa)*, Padova, 2008.
- GISONDI, *L'attuazione da parte della p. a. della nuova disciplina comunitaria sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Urb. e app.*, 2003, VII, p. 764 ss.
- GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002.
- GIUGGIOLI, *Timesharing e multiproprietà*, Milano, 2003.
- GOBINEAU, *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*, Milano, 1977.
- GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934.
- GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954.
- GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, 1999.

GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, Napoli, 1998, p. 193 ss.

GROPPALI, *Atto emulativo, abuso di diritto, sviamento di potere ed abuso di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, I, p. 26 ss.

GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995.

GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 257.

GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005.

GUARNERI, Voce "*Meritevolezza dell'interesse*", in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2008, p. 324.

GUARNERI, Voce "*Clausole generali*", in *Dig. it. - sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 405.

GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1998.

GUASTINI, *Equità e legalità*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2243 ss.

GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. com.*, 1999, p. 10 ss.

HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di Ridola, Roma, 1993.

HELZEL, *L'attualità delle "categorie" hobbesiane nel pensiero politico-giuridico contemporaneo*, in *Le Corti calabresi*, I, 2007, p. 13 ss.

HERNANDEZ, *I principi costituzionali in tema di retribuzione*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 9 ss.

HESSELINK, *The horizontal effect of social rights in european contract law*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 1, p. 1 ss.

HEUKLES-BLOKKER-BRUS, *The European Union after Amesterdam: a legal analysis*, The Hague, 1998.

IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Camerino-Napoli, 1980.

IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008.

IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985.

IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990.

IRTI, Voce "*Diritto civile*", in *Dig. it.*, Torino, 1990, p. 143.

IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.

IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006.

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009.

- JANNARELLI, *La tutela dei consumatori nella negoziazione fuori dai locali commerciali: introduzione generale*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di Id., Napoli, 1995.
- JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di Lipari, III, Padova, 2003, p. 60.
- LA PERGOLA, *L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di confederazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1 ss.
- LA TORRE, *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, 1988.
- LA TORRE, *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in *Assicuraz.*, 1996, I, p. 129.
- LANCHESTER, *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1990 e il 1918*, Milano, 1985.
- LANGAN, *Civil procedure and Evidence*, London, 1970.
- LANZILLO, *Il problema dell'equivalenza fra le prestazioni*, in *Studi Parmensi*, 1983.
- LANZILLO, *Regole di mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 333 ss.
- LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.
- LANZILLO – RICCIO, *Della rescissione del contratto (artt. 1447-1452)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2005.
- LA PORTA, *La repressione dell'usura nel diritto penale italiano*, Milano, 1964.
- LARENZ, *Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandslung der Rechtsgrundbegriffe*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935.
- LARENZ-WOLF, *Allgemeiner Teil de deutschen Burgerlichen Rechts*, Muenchen, 1997.
- LECCESE, Voce "Subfornitura (contratto di)", *Dig. it. – sez. comm.*, Torino, 1998.
- LEHMANN-HUBNER, *Lehrbucher und Grundrisse der Rechtswissenschaft*, I, *Allgemeiner Teil des Burgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1966.
- LEMMA, Commento "Art. 67 quater cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 547.
- LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente <<non qualificato>> nel mercato finanziario*, Milano, 1996.
- LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 145 ss.
- LENIN, *Stato e rivoluzione*, in Id., *Opere scelte*, Roma, 1975.

- LEVI, *Sul concetto di buona fede*, Genova, 1912.
- LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993.
- LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2001.
- LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970.
- LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 873 ss.
- LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 2004.
- LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971.
- LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 489 ss.
- LISERRE, *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di Cesaro, Padova, 1994, p. 22 ss.
- LO BUONO, *Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di Jannarelli, Napoli, 1995, p. 132.
- LOCATELLI, Commento "Art. 177 cod. ass.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 1669.
- LONCIARI, Commento "Art. 120 cod. ass.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 1620 ss.
- LONGO, *Valori, principi e costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Dir. soc.*, 2002, p. 1 ss.
- LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007.
- LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964.
- LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970.
- LUGATO, *Principio di proporzionalità e invalidità degli atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. comun.*, 1991, p. 67 ss.
- LUMINOSO, *La nuova disciplina dei contratti di subfornitura*, in *Riv. giur. Sarda*, 1999, p. 599 ss.
- MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- MACARIO, *Trasparenza bancaria, clausole abusive e credito al consumo*, in *Incontro di studio del C.S.M. sul tema "I contratti di impresa tra legislatore comunitario e mercato globale"*, (Frascati 24-26 febbraio 2000), p. 1 ss.
- MACARIO, Voce "Revisione e rinegoziazione del contratto", in *Enc. dir.-Annali*, Milano, 2008, p. 1054 ss.

- MACIOCE, *La presupposizione*, in *I contratti in generale. I requisiti del contratto*, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* diretta da Alpa e Bessone, Torino, 1991, p. 487 ss.
- MACNEIL, *The Relational Theory of Contract*, London, 2001.
- MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50)*, Torino, 1998.
- MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contr.*, 2003, p. 623 ss.
- MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. it. filos. dir.*, 1923, p. 256 ss.
- MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie: la difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1993, p. 186.
- MANCALEONI, Commento "Art. 38 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro-Zaccaria, Padova, 2010, p. 20.
- MANCALEONI, Commento "Art. 2 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 61.
- MANIACI, *La nuova normativa in materia di usura ed i rapporti negoziali in corso*, in *Contr.*, 2000, p. 687 ss.
- MANIACI, *La disciplina degli interessi*, in *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, diretto da Cuffaro, Bologna, 2005, p. 105 ss.
- MANTELERO, *Televendite e tutela dei soggetti deboli nell'attuazione della direttiva 97/36/Ce*, in *Contr. e impre eur.*, 2002, p. 675 ss.
- MANTOVANI, *Le nullità di protezione nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi Cian*, Padova, 2010, II, p. 1619.
- MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2009.
- MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 257 ss.
- MARITAIN, *La persona umana e il bene comune*, trad. di Mazzolani, Brescia, 1948.
- MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, trad. di Falchetti, Milano, 1953.
- MARITAIN, *Le droits de l'homme*, a cura di Mougel, Paris, 1989.
- MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, trad. di Usellini, Milano, 1991.
- MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droits comparè*, Thèse, Lyon, 1936.
- MAROTTA, *La direttiva comunitaria contro i ritardi nei pagamenti tra imprese. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Banca, impr. e soc.*, 2001, p. 451.

- MARRANA, *La pubblicità ingannevole*, Napoli, 2002.
- MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006.
- MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1991, p. 698.
- MATTEI, *Consenso viziato, lesione e abuso della controparte*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 653 ss.
- MATTEUCCI, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna, 1987.
- MAUGERI, *Condizione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di Pagliantini, Torino, 2010, p. 85 ss.
- MAZZA, *L'azione generale di rescissione per lesione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 969 ss.
- MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1099 ss.
- MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 601 ss.
- MAZZONI, *Invalidità degli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 225.
- MEDICI, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 321 ss.
- MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizioni di prezzi non equi*, Milano, 1989.
- MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, Padova, 1990.
- MEMMO, Commento "Art. 2 cod. cons.", in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Bonilini-Confortini, Torino, 2008, p. 11.
- MEMMO, Commento "Art. 5 cod. cons.", in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Bonilini-Confortini, Torino, 2008, p. 30.
- MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 10.
- MENGONI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in *Lavoro – La giurisprudenza costituzionale (1956-1986)*, I, Roma, 1987, p. 47 ss.
- MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in *Persona e mercato*, a cura di Vettori, Padova, 1996, p. 33 ss.
- MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 523 ss.
- MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 1 ss.
- MENGONI, *Note sul rapporto fra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, Napoli, 1998, p. 23 ss.

- MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 7.
- MENGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2009.
- MEOLI, *I contratti di prestazione di servizi di investimento*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2009, p. 474 ss.
- MERUSI, *Buona fede e tutela dell'affidamento nella programmazione economica*, in *Aa. Vv.*, *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 727 ss.
- MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005.
- MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004.
- MESSINA, "Libertà di forma" e nuove forme negoziali, Torino, 2004.
- MESSINEO, Voce "Annullabilità e annullamento", in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 470.
- MESSINEO, Voce "Contratto innominato", in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 95 ss.
- MESSINEO, *Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 61 ss.
- MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973.
- MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 94 ss.
- MINERVINI, *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 764 ss.
- MINERVINI, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998 n. 281*, in *Contr.*, 1999, p. 938.
- MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 113 ss.
- MINERVINI, *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 216 ss.
- Minervini, Commento "Art. 35 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 369.
- MIRABELLI, Voce "Rescissione (diritto civile)", in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 579 ss.
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 388.
- MOCHI ONORY, *Studi sulle origini storiche dei diritti essenziali della persona*, Bologna, 1937.
- MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 133.
- MONTEL, *Della rescissione del contratto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di D'Amelio e Finzi, I, Firenze, 1948, p. 758 ss.

MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1990, p. 12.

MONTICELLI, *Contratto di viaggio turistico: leggi di settore e disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Una difficile <<omogeneizzazione>>*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 799 ss.

MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685 ss.

MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c. c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 295.

MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 215 ss.

MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Not.*, 2009, p. 174.

MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo* a cura di Grilli e Sassi, Torino, 2009, p. 599 ss.

MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007.

MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali. L'art. 23 cost., come norma di chiusura*, Milano, 2007.

MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006.

MORELLI, *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 4.

MORELLO, Voce "Condizioni generali di contratto", in *Dig. it. – sez. priv.*, III, Torino, 1988.

MORELLO, *La direttiva sulla multiproprietà: un nuovo sistema a tutela degli acquirenti non professionali*, in *Not.*, 1999, p. 105 ss.

MORELLO, *Diritti di godimento a tempo parziale su immobili: le linee di una nuova disciplina*, in *Contr.*, 1999, p. 57 ss.

MORERA, *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso soglia << soglia>> e...usurario sopravvenuto*, in *Banca borsa*, 1998, p. 517 ss.

MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1929.

MULLER-ERZEBACH, *L'abuso di diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 89.

MUSIO, *La buona fede nei contratti del consumatore*, Napoli, 2001.

MUSIO, *I contratti conclusi fuori dai locali commerciali*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2009, p. 284.

- NANIA, *Sciopero e sistema costituzionale*, Torino, 1995.
- NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010.
- NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 197 ss.
- NANNI, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, Padova, 1986, p. 501 ss.
- NANNI, *La clausola generale di buona fede*, in *Clausole e principi generali dell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 331.
- NASSAR, *Sanctity of contract revisited. A study in the theory and practice of long-term international transactions*, Dordrecht, 1995.
- NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, I, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1948, p. 439.
- NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.
- NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1961, p. 157 ss.
- NATOLI, *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di Cassazione*, in *Scritti per Barillaro*, Milano, 1982, p. 345 ss.
- NICOLÒ, Voce "Diritto civile", in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 907-908.
- NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, p. 1379 ss.
- NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1998, I, p. 528 ss.
- NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in *Gli anni Settanta del diritto privato. Atti del convegno (Palermo, 7-8 luglio 2006)*, Milano, 2006, p. 18.
- NIRO, Commento "Art. 41 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, p. 846 ss.
- NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974.
- NUZZO, Voce "Condizioni generali di contratto", in *Dizionario di diritto privato*, a cura di Irti, Milano, 1980, p. 157 ss.
- NUZZO, *Atto di destinazione e interesse meritevole di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 65 ss.
- OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein Never Reichsbegriff*, Leipzig-Eralngen, 1921.
- OLIVA, *I diritti umani in Jacques Maritain. L'attualità del pensiero e della proposta educativa*, Cosenza, 2003.

ORESTANO, *Atto di destinazione e interessi rilevanti*, in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, III, Torino, 2009, p. 616 ss.

ORRÙ, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997.

ORSELLO, *Diritti umani e libertà fondamentali: incremento, evoluzione, universalità nell'organizzazione internazionale e nell'ordinamento interno*, Milano, 2005.

OSILIA, *Sul fondamento della risoluzione del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 15 ss.

PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giust. cost.*, 2001, p. 197.

PACI, *La tutela del consumatore nella legislazione e nella giurisprudenza*, Rimini, 1997.

PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.

PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.

PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. Ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contr.* 2011, p. 195 ss.

PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 322 ss.

PALAZZO-FERRANTI (a cura di), *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002.

PALMIERI - PARDOLESI, *Nota a Cass. 16.3.1999, n. 2374 e Cass. 30.3.1999, n. 3096*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1154 ss.

PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003.

PANZA, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 95.

PARDOLESI, *Consensual variation of contracts, Italian nat. rep. to the XII Int. Congr. com. law*, Sidney, 1986.

PARDOLESI, Voce "Danni punitivi", in *Dig. it.- sez. priv. Agg. III*, Torino, 2007, p. 453 ss.

PARDOLESI-TASSONE, *Corte costituzionale, fonti e diritto privato: un'analisi comparativa*, in *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, a cura di Lipari, Napoli, 2006, p. 481.

PARISI, *L'educazione e l'informazione del consumatore*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzione e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2009, p. 36.

PARTISANI, Commento "Art. 20 cod. cons.", in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Bonilini-Confortini, Torino, 2008, p. 84.

- PARTISANI, *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali scorrette e la nuova azione risarcitoria collettiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, p. 480 ss.
- PASCALINO, *Contratti aleatori tipici ed alea convenzionale*, in *Riv. dir. navig.*, 1949, II, p. 127 ss.
- PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 176 ss.
- PASSAGNOLI, *Le nullità di protezione*, in *Studi Messinetti*, Napoli, 2008, p. 627.
- PATTI, *Profili di tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.
- PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996.
- PATTI, *La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 513 ss.
- PATTI, Voce "Abuso del diritto", in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 8.
- PELLIZZI, Voce "Exceptio doli (diritto civile)", in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1960, p. 1075 ss.
- PERA, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 485.
- PERELMAN, *Justice et Raison*, Bruxelles, 1963.
- PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto e le sue tutele*, Milano, 2000.
- PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.
- PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010.
- PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri*, Napoli, 1962.
- PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della <<proprietà>>*, Milano, 1970.
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.
- PERLINGIERI P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, I, p. 90 ss.
- PERLINGIERI P., *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 936 ss.
- PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.
- PERLINGIERI P., *Scuole tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1988.
- PERLINGIERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 92.
- PERLINGIERI P., *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 3, 1997, p. 85.
- PERLINGIERI P., *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, Napoli, 1998, p. 33 ss.

- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio della posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di Ferroni, Napoli, 2002, p. 49 ss.
- PERLINGIERI P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003.
- PERLINGIERI P., *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di Perlingieri e Caterini, Rende, 2004, p. 18 ss.
- PERLINGIERI P., *Equità ed ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1150.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P., *La tutela del contraente tra persona e mercato*, in *Il diritto dei consumi*, III, a cura di Perlingieri e Caterini, Rende-Napoli, 2007, p. 7 ss.
- PERLINGIERI P., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c. d. adeguatrice*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, a cura di Perlingieri e Sesta, Napoli, 2007, p. 121 ss.
- PERLINGIERI P., *Una lezione alla "Federico II"*, in *Le Corti Calabresi*, III, 2010, p. 587.
- PERLINGIERI P. – SESTA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I e II, Napoli, 2007.
- PERNICE, *Multilateral constitutionalism and the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 703 ss.
- PERSIANI, Commento "Art. 38 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 232.
- PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 353.
- PHIPSON, *On Evidence*, London, 1970.
- PIAZZA, *La convalida tacita in diritto privato*, Napoli, 1980.
- PIAZZA, Voce "Convalida", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, p. 1 ss.
- PIAZZA, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2008, p. 1 ss.
- PIERALLINI, *Viaggi, vacanze, circuiti tutto compreso. Commento al decreto legislativo 17/3/1995, n. 111*, Roma, 1995.
- PIETROBON, *Gli atti ed i contratti dell'incapace naturale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 759 ss.
- PIGNATARO, *Il credito al consumo*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2009, p. 247 ss.

PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952.

PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, a cura di Comandè, Torino, 2004, p. 153 ss.

PIZZOLANTE, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 389 ss.

PIZZORUSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja – Branca, Roma-Bologna, 1977, p. 560 .

POLIDORI, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001.

POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931 ss.

POLIDORI, *Nullità relativa e limiti alla disponibilità mediante convalida della tutela apprestata in favore del consumatore dal codice di settore*, in *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, a cura di Gavazzoni, Mezzasoma, Di Nella e Rizzo, Napoli, 2008, p. 212 ss.

POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1024.

PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004, p. 81.

PONTIROLI, *La disciplina del pagamento nella vendita a distanza di servizi finanziari: prime considerazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, p. 679 ss.

PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2001.

POTHIER, *Traité des obligations*, Bruxelles, 1835.

POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001.

PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *I contr.*, 1999, p. 293 ss.

PRECERUTTI, *La rescissione della vendita per causa di lesione*, in *Arch. giur.*, 1869, p. 236.

PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium iuris*, 1996, p. 771 ss.

PROSPERETTI, *Contributo allo studio dell'annullabilità*, Milano, 1973.

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. 649 ss.

PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, p. 359 ss.

PUGLIATTI, Voce "Autonomia privata", in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 368 ss.

PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridici*, Messina, 1945.

PUGLIESE, *Notazioni storiche sui diritti umani*, in *Diritti umani e civiltà giuridica*, a cura di Caprioli e Treggiari, Perugia, 1992.

- PUTTI, *Il neoformalismo negoziale*, in Calvari-Putti-Scarpello, *I contratti del consumatore*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 360 ss.
- PUTTI, *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso*, in Giuggioli-Martinello-Putti-Saccomani-Vignolo, *Le vendite di beni e servizi*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Ajani e Benacchio, Torino, 2009, p. 492.
- QUADRI E., *Profili civilistici dell'usura*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 337 ss.
- QUADRI E., *La nuova legge sull'usura ed i suoi diversi volti*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 363 ss.
- QUADRI E., *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 62 ss.
- QUADRI E., *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 890 ss.
- QUADRI R., *<<Nullità>> e tutela del <<contraente debole>>*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1161.
- QUADRI R., *Della applicazione della legge in generale*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974.
- RANIERI, *Exceptio temporis e replicatio doli nel diritto dell'Europa continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 11 ss.
- RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1216 ss.
- RANIERI, Voce "Eccezione di dolo generale", in *Dig. It. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 314 ss.
- RASCIO, *Le Sezioni Unite consacrano il potere del giudice di ridurre d'ufficio la penale*, in *Dir. e giur.*, 2005, p. 582.
- RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966.
- RAZ, *Human Rights Without Foundations*, Oxford, 2007.
- RAZZANTE, *La <<trasparenza bancaria>> entra nell'ordinamento*, in *Le Soc.*, 2004, p. 38 ss.
- REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 771 ss.
- RECCHIONI, *Le difformità tra il rischio reale ed il rischio rappresentato nel contratto assicurativo. L'aggravamento del rischio*, in *Arch. giur. circ.*, 2000, p. 201 ss.
- REGOLI, *La direttiva 97/7/CE riguardante la protezione del consumatore nei contratti a distanza*, in *Contr. e impr. eur.*, 1997, p. 835 ss.
- RESCIGNO, *Le società intermedie*, Bologna, 1958.
- RESCIGNO, Voce "Condizione (diritto vigente)", in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 765 ss.
- RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 213 ss.

RESCIGNO, *Rilettura del codice civile*, in *I cianquant'anni del codice civile (Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992)*, Milano, 1993, p. 9 ss.

RESCIGNO, *Il sistema delle preleggi e la disciplina comunitaria*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, Napoli, 1998, p. 51 ss.

RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 2001.

RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro*, in *Banca bors.e tit. cred.*, 1987, II, p. 94 ss.

RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1988.

RICCI, Commento "Art. 58 cod. cons.", in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Bonilini e Confortini, Torino, 2008, p. 227.

RICCIO A., *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 559 ss.

RICCIO A., *Eccessiva onerosità (art. 1467-1469)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2010, p. 505 ss.

RICCIO G. M., *La pubblicità e le altre comunicazioni commerciali*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzione e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2009, p. 106 ss.

RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997.

RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, Paris, 1928.

RIZZO, *Sulla nozione di "stato di bisogno" nella rescissione per lesione*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 166 ss.

RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983.

RIZZO, *Trasparenza e <<contratti del consumatore>> (la novella al codice civile)*, Napoli, 1997.

RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252.

RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c. c.*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1965, p. 149 ss.

RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.

RODOTÀ, Commento "Art. 44 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 212 ss.

RODOTÀ, *Il principio di buona fede*, Milano, 1987.

RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 718.

RODOTÀ (a cura di), *Alle origini della Costituzione*, Bologna, 1998.

RODOTÀ, *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore*, Napoli, 1998.

- RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, p. 39 ss.
- RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004 rist.
- RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 3 ss.
- ROHDE, *Adjustment of Contracts on Accounts of Changed Conditions*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1959, p. 152 ss.
- ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008.
- ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997.
- ROMANI, *Diritto ed economia: la prospettiva di un economicista*, in *Soc. dir.*, 1990, p. 254 ss.
- ROMANO S., Voce "Abuso del diritto", in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 169 ss.
- ROMANO S., Voce "Buona fede (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 677 ss.
- ROMANO S., Voce "Equità (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, Milano, 1966, p. 83 ss.
- ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli incerti argini costituzionali*, in *Foro It.*, 1990, IV, c. 174.
- ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975.
- ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1998, p. 357 ss.
- ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1095 ss.
- ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002.
- ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001.
- ROPPO, Voce "Contratto", in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2006 rist., p. 90.
- 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.*, 2011, p. 769.
- ROPPO-BESSONE, *Equità interpretativa ed economica del contratto. Osservazioni sull'art. 1371 del codice civile*, in *Giur. it.*, 1974, IV, p. 248 ss.
- ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983.
- ROSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 671.
- ROSSANO, *Il principio d'eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1966.

ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006.

ROSSETTI, Commento "Art. 172 cod. ass.", in *Le assicurazioni*, a cura di La Torre, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2007, p. 977 ss.

ROSSI EM., *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989.

ROSSI EM., Commento "Art. 2 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006.

ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 116.

ROTONDI, *Equità e principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, p. 268 ss.

ROTONDI, *Considerazioni sulla funzione dell'equità in un sistema nel diritto positivo scritto*, in *Riv. internaz. filos. dir.*, 1977, p. 678 ss.

RUBINO, *Sui limiti dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede*, in *Giur. comp. cort. cass.*, 1947, II, p. 337 ss.

RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e <<interesse>> nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 23 ss.

RUFFOLO (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusive". Gli artt. 1469 bis ss. c. c. e i contratti con il consumatore*, Milano, 1997.

RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di La Torre e Spadaro, Torino, 2002, p. 98 ss.

RUSSO C., *Trasparenza ed informazione nel contratto di assicurazione*, Padova, 2001.

RUSSO D., *Sull'equità nei contratti*, Napoli, 2001.

RUSSO D., *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008.

RUSSO E., *Le transazioni commerciali. Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Padova, 2005.

SABBATELLI, Commento "Art. 67 duodecies cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 576.

SACCO, *La buona fede nelle teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.

SACCO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975.

SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 723.

SACCO, Voce "Nullità e annullabilità", in *Dig. it.- sez. priv.*, Torino, 2006 rist., p. 295 ss.

SACCO, Voce "Autonomia nel diritto privato", in *Dig. it. - sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 517.

SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, 1929, p. 230 ss.

SALVATI, *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (10 dicembre 1948). Nascita, declino e nuovi sviluppi*, Roma, 2006.

SALVI, <<Accordo gravemente iniquo>> e <<riconduzione ad equità>> nell'art. 7, d.lgs n. 231 del 2002, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 16 ss.

SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, Napoli, 2009.

SANNA, *Considerazioni a margine del d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 478.

SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca bors. tit. cred.*, 2007, p. 254 ss.

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., rist., Napoli, 2002.

SAPORITO, *I contratti a distanza*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2009, p. 319 ss.

SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971.

SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006.

SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano, 1960.

SCALFI, Voce "Alea", in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 259-260.

SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss.

SCANNICCHIO, *La vendita a distanza con mezzi di comunicazione istantanei*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di Jannarelli, Napoli, 1995, p. 193 ss.

SCHERILLO, *Contratti in genere*, Milano, 1966.

SCHIAVONE, *Approfittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004.

SCHININÀ, *I principi immodificabili dell'ordinamento nel sistema delle fonti di diritto privato*, I, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I, a cura di Perlingieri e Sesta, Napoli, 2007, p. 3 ss.

SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1345 ss.

SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (<<jus variandi>>) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 413 ss.

SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231 ss.

SCHMITT, *Principi politici del Nazionalsocialismo*, Firenze, 1935.

SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in Fabbri-Fiorentini-Franzoni, *L'analisi economica del diritto*, Roma, 1997.

SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Ann. Camerino*, 1880.

SCIALOJA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, in *Studi Scorza*, 1940, p. 73 ss.

SCIANCELEPORE, *Le clausole abusive*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzione e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2009, p. 509-510.

SCLOPIS, *Della legislazione civile. Discorsi*, Torino, 1835.

SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della norma sul regolamento contrattuale*, in *Incontro di studio "squilibrio contrattuale e strumenti di tutela"*, Roma 22-24 aprile 2002, CSM, p. 1 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temi nap.*, 1961, p. 436 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970.

SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 947 ss.

SCORZA, *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in internet*, Padova, 2006.

SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali sleali delle imprese*, in *Dir. com.*, 2007, p. 3 ss.

SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2007.

SERIO, Voce "Presupposizione", in *Dig. it.-sez. priv.*, Torino, 2004 rist., p. 294 ss.

SESTA, *La rescissione del contratto*, in *I contratti in generale*, IV, *Giur. sist. civ. comm.* diretta da Bigiavi, Torino, 1990, p. 809 ss.

SICCHIERO, Voce "Rinegoziazione", in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2008 rist., p. 1210 ss.

SIEBERT, *Verwirkung un Unzulässigkeit der Rechtssausubung*, Marburg, 1934.

SIRENA, *Lo ius variandi della banca dopo il c. d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in www.judicium.it.

SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, in *Effetti*, a cura di Costanza, in *Tratt. del contr.*, diretto da Roppo, III, Milano, 2006, p. 141 ss.

SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 263 ss.

SOMMA, *Mercato liberista e mercato solidale. Riflessioni minime sull'equilibrio economico-sociale nel diritto dei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, p. 628 ss.

- SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371 ss.
- STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1999.
- STANZIONE-SICA (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002.
- STANZIONE-MUSIO (a cura di), *I contratti relativi alla fornitura di servizi turistici*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzione e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2009, p. 387
- STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: La legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 199 ss.
- STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1027 ss.
- STESURI, *I contratti di credito al consumo tra jus variandi e trasparenza*, in *Contr.*, 2003, p. 304.
- STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.
- STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 163 ss.
- STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi" fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *St. sen.*, 2006, p. 1 ss.
- TALAMANCA, *L'antichità e i "diritti dell'uomo"*, in *Convegno in occasione del cinquantenario della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali in onore di Paolo Barile (Roma, 16-17 novembre 2000)*, Roma, 2001.
- TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c. c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 105 ss.
- TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle "Loix civiles" di Jean Domat*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, Bologna, 1972.
- TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983.
- TASSONI, *Trasparenza e <<jus poenitendi>> nella direttiva 94/47/CEE in tema di acquisti in multiproprietà*, in *I contr.*, 1995, p. 98.
- TASSONI, *I diritti a tempo parziale su beni immobili. Un contributo allo studio della multiproprietà*, Padova, 1999.
- TATARANO, *Il recesso dell'acquisto in multiproprietà e l'effetto reale*, Napoli, 2000.
- TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002.
- TAYLOR, *Law of Evidence*, London, 1931.
- TEDESCHI, *L'abuso del diritto*, Torino, 1908.
- TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di Cartabia, Bologna, 2007, p. 87.

- TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da Schelinger, Milano, 1995, p. 232.
- TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003.
- TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 488.
- THERRÈ-SIMMLER-LEQUETTE, *Droit, civil. Les obligations*, Paris, 2005.
- TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, 2002.
- TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 619 ss.
- TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 57 ss.
- TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998.
- TIZZANO, *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 267.
- TOMMASINI, Voce "Nullità (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 870.
- TONDO, *Su un progetto di riforma della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in *Foro It.*, 1981, IV, c. 282 ss.
- TORCHIA, *Il consumo di microcredito e la tutela della persona*, Napoli, 2006.
- TORIELLO, *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contr. e impr. eur.*, 1997, p. 852 ss.
- TORRENTE, Voce "Eccezione di dolo", in *Enc. dir.*, Milano, 1965, p. 218 ss.
- TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004.
- TOSATO, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in Aa. Vv., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, 1982, p. 23 ss.
- TOSCHI VESPASIANI, Commento "Art. 5 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori* diretto da De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 99.
- TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004.
- TOULLIER, *Il diritto francese secondo l'ordine del codice*, Palermo, 1853.
- TRABUCCHI, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 8 ss.
- TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940.
- TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 198.

TRIPODI-BELLI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206*, Rimini, 2006.

TROIANO, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Art. 1469-bis 1° comma*, in *Clausole vessatorie e contratti del consumatore* a cura di Alpa e Patti, in *Commentario al Codice civile* diretto da Schelinger, Milano, 2003, p. 67 ss.

TROIANO, Commento "Art. 33 cod. cons. Sez. I, Osservazioni generali, la vessatorietà delle clausole e la presunzione di cui al 2° comma", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 239.

TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e Impr.*, II, 1998, p. 469 ss.

VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 13 ss.

VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di Gabrielli-Minervini, in *Tratt. dei contr.*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2005, p. 719.

VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 149 ss.

VALLE, Commento "Art. 4 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori* diretto da De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 94-95.

VENOSTA, *Note sull'exceptio doli generalis*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 525 ss.

VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2000, p. 32 ss.

VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 12 ss.

VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 56 ss.

VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e Trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, Padova, 2008.

VIGLIONE, Commento "Art. 51 cod. cons.", in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristoforo a Zaccaria, Padova, 2010, p. 443 ss.

VIGNUDELLI, *Il rapporto di consumo. Profili di rilievo costituzionale*, Rimini, 1984.

VILLANI, Commento "Art. 24 cod. cons.", in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Bonilini e Confortini, Torino, 2008, p. 106.

VINCENTI, *Attuazione della direttiva comunitaria sui contratti relativi alla c.d. multiproprietà*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1999, p. 59 ss.

VIOLA, *Diritti dell'uomo diritto naturale, etica contemporanea*, Torino, 1989.

VIOLANTE, Voce "Usura" (delitto di), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 381 ss.

VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, p. 250.

VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968.

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

VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Prazisierung des § 242 BGB (Recht un Staat 193/194)*, Tübingen, 1956.

ZACCARIA, *La direttiva 2000/35 Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001, p. 259.

ZAMBRANO, *La difficile configurazione del diritto di multiproprietà*, in Zambrano-Argenio, *I contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzione e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2009, p. 351.

ZAPPULLI, Voce "Modus", in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1939, p. 681 ss.

ZELLER, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot*, Zurich, 1981.

ZENO ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 309 ss.

ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra <<contratti commerciali>> e <<contratti dei consumatori>>)*, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 59.

ZENO ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2000, p. 447 ss.

ZENO ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi ai risparmiatori*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2002, p. 520 ss.

ZENO ZENCOVICH, *La nuova disciplina del commercio elettronico alla luce del D.Lgs. n. 70/2003: questioni generali e ambiti di applicazione*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, p. 35 ss.

ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 108 ss.

ZORZI, *Il controllo dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 671.

ZORZI GALGANO, *Lo jus poenitendi del consumatore*, in *Vita not.*, 2007, p. 55.

ELENCO DELLE DECISIONI

(Le pronunce sono ordinate in base all'Autorità emittente, seguendo un ordine cronologico)

Corte giustizia comunità Europee, sentenza 5 febbraio 1963, n. 26.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 12 novembre 1969, n. 29.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 14 maggio 1974, n. 4.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 28 ottobre 1975, n. 36.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 11 luglio 1985, n. 60.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 12 novembre 1996, n. 84.
Corte giustizia comunità europee, sentenza 12 marzo 1996, n. 441.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 16 luglio 1998, n. 210.
Corte giustizia comunità europee, sentenza 12 maggio 1998, n. 367.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 13 gennaio 2000, n. 220.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 27 giugno 2000, n. 240.
Corte giustizia comunità europee, sentenza 23 marzo 2000, n. 373.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 17 aprile 2008, n. 404.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 6 ottobre 2009, n. 40.
Corte giustizia comunità europee, sentenza 4 giugno 2009, n. 243.
Corte giustizia comunità Europee, sentenza 3 settembre 2009, n. 489.

Corte cost., sentenza 21 marzo 1969, n. 37.
Corte cost., sentenza 27 luglio 1972, n. 155.
Corte cost., sentenza 14 luglio 1986, n. 184.
Corte cost., sentenza 13 maggio 1987, n. 153.
Corte cost., sentenza 6 giugno 1989, n. 323.
Corte cost., sentenza 15 maggio 1990, n. 241.
Corte cost., sentenza 19 gennaio 1993, n. 10.
Corte cost., ordinanza 26 febbraio 1993, n. 75.
Corte cost., sentenza 3 febbraio 1994, n. 19.
Corte cost., sentenza 28 aprile 1994, n. 168.
Corte cost., sentenza 29 gennaio 1996, n. 15.

Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 13 settembre 2005, n. 18128.
Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 19 settembre 2005, n. 18450.
Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 19 dicembre 2007, n. 26725.
Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 23 dicembre 2008, n. 30055.
Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 15 gennaio 2009, n. 794.

Cass. civ., sentenza 17 luglio 1947, n. 1306.
Cass. civ., sentenza 9 aprile 1949, n. 838.
Cass. civ., sentenza 10 agosto 1953, n. 2696.
Cass. civ., Sez. II, sentenza 2 agosto 1977, n. 3384.
Cass. civ. Sez. I, sentenza 19 marzo 1980, n. 1818.
Cass. civ. Sez. I, sentenza 13 luglio 1984, n. 4114.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 5 febbraio 1987, n. 1123.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 18 luglio 1989, n. 3362.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 20 luglio 1989, n. 3385.

- Cass. civ., Sez. I, sentenza 6 ottobre 1989, n. 4006.
Cass. civ., Sez. II, sentenza 9 ottobre 1989, n. 4023.
Cass. civ. Sez. II, sentenza 31 ottobre 1989, n. 4554.
Cass. civ., Sez. II, sentenza 27 gennaio 1990, n. 531.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 12 febbraio 1990, n. 987.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 23 novembre 1990, n. 11282.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 24 aprile 1991, n. 4519.
Cass. civ., Sez. II, sentenza 5 settembre 1991, n. 9374.
Cass. civ. Sez. II, sentenza 3 dicembre 1991, n. 12921.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 20 agosto 1992, n. 9719.
Cass. civ. Sez. II, sentenza 13 maggio 1993, n. 5460.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 25 febbraio 1994, n. 1933.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 20 aprile 1994, n. 3775.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 3 novembre 1994, n. 9060.
Cass. civ., Sez. II, sentenza 3 agosto 1995, n. 8501.
Cass. civ., Sez. II, sentenza 22 gennaio 1997, n. 628.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 21 maggio 1997, n. 4538.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 14 novembre 1997, n. 11271.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 17 novembre 1997, n. 11391.
Cass. civ., Sez. II, sentenza 24 marzo 1998, n. 3083.
Cass. civ., Sez. II, sentenza 8 settembre 1998, n. 8857.
Cass. civ., Sez. II, sentenza 19 ottobre 1998, n. 10332.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 22 ottobre 1998, n. 10514.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 18 gennaio 1999, n. 434.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 2 febbraio 1999, n. 858.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 13 aprile 1999, n. 3645.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 21 aprile 1999, n. 3964.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 24 settembre 1999, n. 10511.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 1 ottobre 1999, n. 10864.
Cass. civ. Sez. I, sentenza 11 novembre 1999, n. 12507.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 25 gennaio 2000, n. 804.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 2 maggio 2000, n. 5467.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 8 maggio 2000, n. 5822.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 27 ottobre 2000, n. 14172.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 21 novembre 2000, n. 15004.
Cass. civ. Sez. I, sentenza 11 dicembre 2000, n. 15592.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 maggio 2001, n. 6819.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 3 luglio 2001, n. 9009.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 3 agosto 2001, n. 10750.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 21 novembre 2001, n. 14629.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 9 giugno 2002, n. 8251.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 26 luglio 2002, n. 11109.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 8 novembre 2002, n. 15749.
Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 9 dicembre 2002, n. 17534.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 11 giugno 2003, n. 9353.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 3 ottobre 2003, n. 14762.
Cass. civ. Sez. I, sentenza 18 ottobre 2003, n. 15482.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 29 settembre 2004, n. 19563.

- Cass. civ., Sez. III, sentenza 11 febbraio 2005, n. 2855.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 3 ottobre 2005, n. 19304.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 12 dicembre 2005, n. 27387.
Cass. civ. Sez. III, sentenza 24 marzo 2006, n. 6631.
Cass. civ., Sez. V, sentenza 29 marzo 2006, n. 7296.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 8 maggio 2006, n. 10490.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 27 ottobre 2006, n. 23273.
Cass. civ. Sez. III, sentenza 25 maggio 2007, n. 12235.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 20 dicembre 2007, n. 26958.
Cass. civ. Sez. lavoro, sentenza 16 giugno 2008, n. 16207.
Cass. civ., Sez. I, sentenza 19 dicembre 2008, n. 29776.
Cass. civ. Sez. V, sentenza 8 aprile 2009, n. 8481.
Cass. civ. Sez. II, sentenza 15 aprile 2009 n. 8941.
Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106.
Cass. civ. Sez. II, sentenza 18 settembre 2009, n. 20245.
Cass. civ. Sez. V, sentenza 26 febbraio 2010, n. 4737.
Cass. civ. Sez. III, sentenza 31 maggio 2010, n. 13208.
- Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 6 marzo 2001, n. 1254.
- Tar Lazio Roma, Sez. I, sentenza 4 maggio 2006, n. 3214.