

UNIVERSITÀ CA' FOSCARI VENEZIA

Dipartimento di Scienze Giuridiche

**Dottorato di ricerca in
"Diritto europeo dei contratti civili e commerciali" XVI ciclo**

**L'Equilibrio contrattuale fra tutela dell'effettività del
consenso e disciplina del mercato**

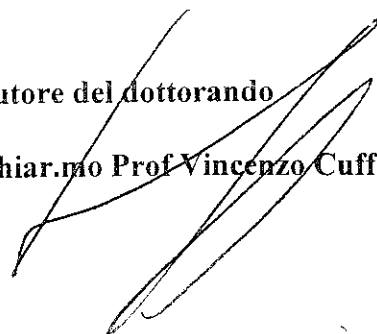
Tesi di dottorato di Mario Ermini

Coordinatore del dottorato

Chiar.ma Prof.ssa Carmela Camardi

Tutore del dottorando

Chiar.mo Prof. Vincenzo Cuffaro



Capitolo I

L'equilibrio contrattuale nella prospettiva del codice civile

1. 1. Premessa. 2. Dal dogma della volontà alla teoria precettiva. 3. Possibile separazione dei profili dai quali il contratto può essere esaminato: struttura e contenuto – fattispecie ed autoregolamento procedimento e regola. 4. Implicazioni concettuali e riflessi sistematici della separazione dei profili suddetti nello studio dell'autonomia privata, in ordine alla rilevanza dell'equilibrio delle prestazioni. 5. Ostacoli alla ricostruzione del contratto come norma giuridica. 6. L'equilibrio del contratto come limite (presunto) all'autonomia privata. 7. I diversi modi di intendere il requisito causale ed i limiti del relativo controllo sulla materia contrattuale. La nullità del contratto per difetto di causa: causa simbolica – causa non trasparente - causa putativa. 8. Incidenza concettuale della causa putativa (*rectius* del rilievo assegnato all'errore che si traduce in un difetto di causa) con la regola pretoria della "presupposizione". 9. La presupposizione secondo l'idea del Windscheid e le successive elaborazioni nella loro connessione con la problematica dell'autonomia privata.

Capitolo II

Equilibrio contrattuale e autonomia privata nella prospettiva del diritto privato europeo.

1. Premessa: i contratti dei consumatori e i contratti commerciali
2. L'equilibrio del contratto nei principali indici normativi introdotti dalla legislazione di derivazione comunitaria. a) Nei rapporti di consumo: la disciplina delle clausole abusive; lo statuto dei diritti dei consumatori e degli utenti. B) Nei rapporti fra imprese: Gli accordi sui termini di adempimento; l'abuso di dipendenza economica 3. Diversi livelli di controllo sull'equilibrio, nei contratti dei consumatori e nei contratti fra imprese; una prospettiva di coordinamento: diritto contrattuale e diritto della concorrenza 4 Il paradigma dell'equilibrio contrattuale nei Principi UNIDROIT e nei Principi elaborati dalla Commissione Lando 5. Possibile rilievo autonomo dello squilibrio contrattuale 6. Verifica di questa possibilità nel vaglio (dell'attualità o meno) dei presupposti su cui si fonda l'idea tradizionale dell'irrelevanza autonoma dello squilibrio delle prestazioni: a.) La perdita di centralità della fattispecie contrattuale b.) il diritto privato europeo quale strumento di strutturazione del mercato e della concorrenza 7. Profili ricostruttivi delle linee di tendenza del sistema: equilibrio contrattuale e tutela del contraente debole; equilibrio contrattuale e oggettività dello scambio.

**EQUILIBRIO CONTRATTUALE E AUTONOMIA
PRIVATA NELLA PROSPETTIVA DEL CODICE CIVILE**

1. - Premessa. 2. - Dal dogma della volontà alla teoria precettiva. 3. - Possibile separazione dei profili dai quali il contratto può essere esaminato: struttura e contenuto – fattispecie ed autoregolamento procedimento e regola. 4. - Implicazioni concettuali e riflessi sistematici della separazione dei profili suddetti nello studio dell'autonomia privata, in ordine alla rilevanza dell'equilibrio delle prestazioni. 5. - Ostacoli alla ricostruzione del contratto come norma giuridica. 6. - L'equilibrio del contratto come limite (presunto) all'autonomia privata. 7. - I diversi modi di intendere il requisito causale ed i limiti del relativo controllo sulla materia contrattuale. La nullità del contratto per difetto di causa: causa simbolica – causa non trasparente - causa putativa. 8. - Incidenza concettuale della causa putativa (*rectius* del rilievo assegnato all'errore che si traduce in un difetto di causa) con la regola pretoria della "presupposizione". 9. - La presupposizione secondo l'idea del Windsheid e le successive elaborazioni nella loro connessione con la problematica dell'autonomia privata.

1. Premessa

Il problema dell'equilibrio del contratto si colloca al centro delle attuali riflessioni giuridiche, tese a comprendere ed ordinare l'evoluzione del diritto privato che, ponendo con crescente forza e frequenza indici di rilevanza dello squilibrio del sinallagma contrattuale, sta determinando un rinnovamento destinato inevitabilmente ad incidere sulla concezione stessa dell'istituto contrattuale.

La questione della rilevanza dell'equilibrio contrattuale, intesa nella sua accezione più ampia, è, in realtà, tutt'altro che

nuova ed affonda le proprie radici in epoche assai risalenti, ricollegandosi alle speculazioni, diffuse soprattutto nell'età della "Seconda Scolastica", sulla giustizia del contratto ed in particolare sullo *justum pretium*, secondo una linea di pensiero aristotelico-tomistica che ruota attorno alle istanze della giustizia commutativa¹.

Tali problematiche, che parevano relegate nella soffitta delle memorie storiche, poiché identificate con la matrice etico-religiosa che le caratterizzava, sono tornate di assoluta attualità come fenomeno, pur problematico ed ambiguo, ma di evidenza immediata, tanto nella realtà dei fatti quanto nell'indirizzo delle leggi. L'abbandono delle tematiche relative alla giustizia dello scambio, o almeno l'assoluta marginalizzazione della loro rilevanza, risale al tempo delle codificazioni che ha coinciso con l'affermarsi dei principi liberali e liberisti. In forza di tali principi, la giustizia dello scambio viene ravvisata nell'intrinseca giustizia della ragione di scambio scelta dalle parti, proprio in quanto liberamente e consapevolmente voluta. l'equilibrio dello scambio, pertanto, viene colto come equilibrio meramente soggettivo, rimesso alla valutazione delle sole parti contraenti ed altro non sarebbe che

¹ V. G. GORDLEY, *Equality in exchange*, in «California Law Review», 1981, 1587 ss. In questo saggio, l'Autore esamina, anzitutto il concetto di equivalenza nello scambio, sostenendo il fraintendimento di tale concetto da parte dei giuristi europei del XIX secolo, soprattutto a causa del ruolo eccessivo che essi attribuivano al ruolo della volontà delle parti nella formazione del contratto. Di poi, l'A., ricostruita la matrice filosofica, essenzialmente aristotelica del concetto di giustizia commutativa (τό δ'εν τοῖς συναλλάγμασι δίκαιον ἐστὶ μὲν ἰσον τι καὶ τὸ ἀδίκον ἀνίσον ἀλλ' οὐ κατὰ τὴν ἀναλογία ἐκείνην ἀλλὰ κατὰ τὴν ἀριθμητικὴν, ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Libro V°, 1132a, a cura di Natali, Milano, 2000, 184), suggerisce l'idea che i vari strumenti approntati dal moderno diritto per attribuire rilevanza allo squilibrio del singolo scambio (*Wucher* in Germania, *Lesion* in Francia, *Unconscionable*, in Inghilterra), altro non siano che applicazioni dirette, ancorché mascherate, del principio aristotelico dell'equivalenza nello scambio; ID, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, 1991; A. GIULIANI, *La giustizia come reciprocità*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», Milano, 1970, 722 e segg. Quanto alla dottrina di S. Agostino, altrettanto centrale nel pensiero della Seconda Scolastica, cfr. S. TOMAE AQUINAS, *Summa Theologiae*, cura et studio P. Caramello, Pars. II^a e II^{ae}, Torino, 1962.

un corollario dell'autonomia privata che viene intesa, a sua volta, come autonomia della volontà.

Allo stesso modo, il codice Napoleone (ed i successivi che ne hanno tratto i principi ispiratori) assegna un'impronta unitaria alle linee fondamentali della disciplina dei contratti, esaltando la libertà dell'individuo, cui attribuisce forza creatrice del diritto, e vincolando l'individuo medesimo agli impegni assunti nell'esercizio della propria libertà.

Questa esaltazione, del resto, si inseriva coerentemente nell'ambito di quella ricollocazione dell'individuo al centro dell'ordinamento, che ne faceva un "soggetto" di diritti e che, proprio nella struttura sistematica dello stesso *Code civil* (nel quale il libro primo è dedicato alle persone, il secondo alla proprietà – come ambito di espansione della persona – ed il terzo alle successioni ed ai contratti – quali mezzi di acquisto della proprietà e, quindi, di sviluppo e realizzazione della personalità dell'individuo) trovava la sua più evidente espressione.

Questa concezione volutaristica del diritto accompagnò la trasformazione sociale, dalla condizione personale imposta all'uomo, alla condizione personale scelta dall'uomo: "dallo status al contratto", sciogliendo i vincoli alla libera espressione della personalità, tramandati dalla società medievale..

Ma la realtà giuridica ed il suo costante evolversi ha da sempre messo in luce la molteplicità di contenuti che la nozione di contratto tende a ricomprendere, nello sforzo di abbracciare una disciplina eterogenea, poiché ispirata a più anime, talvolta in reciproca contraddizione.

In modo particolare, l'indagine relativa agli assetti sui quali incide l'attività giuridica, con precipuo riferimento all'influenza esercitata dalle leggi economiche sull'attività

negoziale², ha portato a distinguere fra contratto-operazione economica e contratto-concetto giuridico³. E, a sua volta, soprattutto in questi ultimi decenni, l'indagine si è mossa attraverso due percorsi principali fondati, l'uno, sulla sociologia dei ruoli, l'altro, sull'analisi economica del diritto, producendo elaborazioni teoriche che avvalorano il contesto economico e sociale in cui avviene la contrattazione⁴.

Ma, già il percorso che ha portato al radicarsi del dogma volontaristico (e delle sue illusioni) è ben più complesso e non discende da indici normativi univoci.

Vero è, infatti, che la nozione di contratto come categoria generale è un dato acquisito fin dal diritto romano, mentre l'elaborazione di una teoria generale del contratto è un conseguimento assai più recente; e la distinzione non è priva di significato, considerando che l'elaborazione di una teoria generale del contratto (e non solo il suo emergere come categoria generale) comprende, presupponendola come necessaria, l'individuazione di un procedimento unitario di formazione dell'atto⁵, con tutte le conseguenti implicazioni concettuali relative al ruolo delle parti (e della loro volontà)

² Su queste influenze, v. già MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, 27 e, successivamente, ALPA, *La "morte" del contratto. Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del "Common Law"*, in «Pol. Dir.», 1976, 727 ss.

³ Cfr., ampiamente, D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, passim; ma, già in precedenza, ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 10 ss.

⁴ Da queste riflessioni è emerso il dubbio sull'utilità della conservazione di una descrizione del contratto in termini di categoria generale, attraverso schematizzazioni e concettualizzazioni unificanti, e la conseguente prospettiva di una diversa visione attenta alla complessità dei fenomeni da descrivere, con la proiezione di una immagine articolata e disomogenea del sistema dei contratti. Questa una prospettiva possibile secondo GALGANO, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in «Contr. impr.», 1987, 733 ss.; cfr., altresì, DE NOVA, *Sul rapporto fra disciplina generale del contratto e disciplina dei singoli contratti*, in «Contr. impr.», 1988, 327 ss.

⁵ Il fondamentale nesso è colto con chiarezza da MONATERI, *Le sineddoche, formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, 406; sul punto v., di recente, anche SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparatistici di una vicenda concettuale*, Milano, 2000, 5 ss.

nella produzione degli effetti giuridici ricondotti all'atto posto in essere.

L'idea di un procedimento unitario di formazione della figura contrattuale (che presupponendo il carattere razionale dell'agire umano pone le basi di un approccio volontaristico alla materia contrattuale) si deve al giusnaturalismo seicentesco che, attraverso una rivisitazione degli spunti offerti dalla filosofia scolastica, sviluppa quella logica antropocentrica che sarà destinata a consolidarsi attraverso le codificazioni ottocentesche, caratterizzate da una tecnica legislativa farà uso, un particolare sotto questo profilo, di un elevato livello di astrazione⁶.

Le elaborazioni della filosofia scolastica⁷ (da cui prenderà le mosse il successivo movimento giusnaturalista) mirano, attraverso una riscoperta del pensiero aristotelico sulla giustizia commutativa, ad una moralizzazione della materia contrattuale, nell'ambito della quale viene ridotta la rilevanza del formalismo negoziale e, quindi, dei *vestimenta pactorum*, propri del diritto romano e basso-medievale⁸, ed affermato, invece il rilievo e l'azionabilità del *pactum nudum*.

Al centro di questa prospettiva si colloca la promessa a cui, per la prima volta, viene ricollegata l'idoneità alla produzione di effetti giuridici⁹. Il dovere di mantenere fede alle proprie affermazioni, conforme ai canoni dell'etica cristiana, comporta l'obbligo di adempiere a quanto promesso; la

⁶ Specificamente, sul punto, v. ALPA, *Definizione codicistica di contratto e vinculum juris*, in «Mat. storia e cult. giur.», 1990, 138 ss.

⁷ Si distinguono, comunemente tre fasi o periodi della filosofia scolastica ed il secondo, che va dalla fine del XII° secolo a tutto il XIII° si caratterizza per la centralità assunta dalla riscoperta del pensiero Aristotele e S. Tommaso, sulla giustizia commutativa. Sul punto si rinvia a SOMMA, op. ult. cit., 23, nonché a GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, cit., 10 ss.

⁸ Cfr., ampiamente, GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma - Bari, 1997.

⁹ Su questo passaggio, cfr., BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico, con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano, 1964, *passim*; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 243, 244.

rilevanza del nudo patto si estende dalla sfera meramente etica a quella giuridica..

Deve essere, tuttavia, precisato che, in questa prospettiva, l'efficacia del negozio non viene riconosciuta in relazione al patto nudo, in sé e per sé, ma solo nella misura in cui la promessa sia equa e ragionevole o, comunque, derivi da una valutazione attenta e consapevole. Il che ricorre laddove alla prestazione promessa corrisponda una controprestazione proporzionata¹⁰.

Appare cioè chiaro che la "nudità" della promessa riguarda solo il suo aspetto formale e non contenutistico, mentre trova ingresso nella materia dei contratti l'elemento causale, strettamente connesso con quello volontaristico, riferito alla ragionevolezza ed equità del programma contrattuale: il patto (rilevante per il diritto) è dunque *Nudum a solemnitate sed non a causa*.¹¹

Attraverso l'umanesimo e l'*usus modernus pandectarum*¹² si giunge al giusnaturalismo seicentesco che, come accennato, rappresenta una svolta vera e propria nella misura in cui, teorizzando l'unicità del procedimento di formazione del contratto, pone le basi della elaborazione di una teoria generale della figura.

La promessa, dunque, rimane al centro delle riflessioni sulla materia contrattuale, ma diversamente viene colto il fondamento del suo carattere vincolante: se la Scolastica, ed in modo particolare la Seconda Scolastica si riferisce al dovere di veridicità ed al rispetto della parola data, così come prescritto

¹⁰ V., con ampi riferimenti, BARMANN, *Pacta sunt servanda. Considerations sur l'histoire du contract consensuelle*, in «Rev. Int. Dr. Comp.», 1961, 39 ss.

¹¹ Cfr., di recente, D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, vol. I, (profilo storico e comparativo), Torino, 1992, 120.

¹² Non vi è univocità di vedute sull'individuazione della corrente di pensiero designata dall'espressione "*usus modernus pandectarum*" ma, in termini generali, si può definire come la corrente dottrinale che, nel corso del '500, promuove la soluzione dei nuovi bisogni attraverso l'utilizzo degli istituti del diritto antico; v. ampiamente, SOMMA, op cit., 17, ss.

dai precetti religiosi¹³, il giusnaturalismo seicentesco ricollega l'obbligo alla promessa (anche) in quanto quest'ultima è l'espressione dell'intento del promittente.

L'emancipazione del diritto naturale dalla teologia morale rappresenta, dunque, la novità fondamentale determinando la traslazione dalla teoria della "giustizia contrattuale", affermata in precedenza sulla base delle teorie aristotelico-tomistiche sul sinallagma negoziale, verso la teoria dell'autonomia contrattuale, i cui legami con il formalismo e l'astrazione dei concetti (su cui poggia la teoria generale del contratto in senso volontaristico) appaiono, fin d'ora, imprescindibili.

2. Dal "dogma della volontà" alla teoria precettiva

Le difficoltà che si presentano a chi intenda intraprendere uno studio sull'equilibrio contrattuale e sulla sua rilevanza, sono di non poco momento, poiché amplissimo è lo spettro di questioni che si ricollegano più o meno direttamente a tale problematica, dando vita ad un insieme di concetti, non facilmente districabile.

Ed il problema si complica in relazione alla presenza di molteplici approcci metodologici ed indirizzi di studio diversi che, pur utilizzando un comune codice linguistico, rinviano ad aree di significato raramente coincidenti, poiché riferite a contesti semantici differenziati.

Se è vero, infatti, che la rilevanza dell'equilibrio contrattuale richiama direttamente il contenuto del contratto e la

¹³ Cfr., S. TOMAE AQUINATIS, *Summa Theologiae*, cit., 419, ove si legge che "... secundum honestate ex qualibet promissione homo homini obligatur".

sua sindacabilità da parte dell'ordinamento, in relazione al mancato raggiungimento, in seno all'operazione negoziale, di un assetto di interessi, appunto, equilibrato, è vero anche che i presupposti di rilevanza dell'equilibrio del contratto, rintracciabili nei vari indici normativi, rinviano, a loro volta, alle diverse nozioni di contratto così come si sono delineate nelle varie epoche storiche e così come sono state assunte a seconda dei diversi approcci dogmatici.

Ed in effetti, il momento che logicamente precede la questione di una possibilità di controllo e sindacato – e dei suoi limiti – sul contenuto contrattuale, è quello che riguarda la giustificazione del contratto quale espressione dell'autonomia privata.¹⁴

La letteratura sul punto è vastissima¹⁵, ma è un dato non controverso che l'insegnamento tradizionale individua quale fondamento dell'autonomia privata il potere individuale di disposizione quale attributo primario di rilevanza del valore e dei significati della volontà individuale¹⁶.

Questa concezione, di estrazione illuministica, considera, cioè, il contratto come manifestazione di volontà individuale la

14 Avverto che in questa sede ho ritenuto di dare speciale rilievo a quella dottrina che, seppure risalente, appare particolarmente significativa collocandosi nel periodo in cui più ricco e continuo fu il dibattito relativo alle tematiche in oggetto.

¹⁵ Ci limitiamo a richiamare: SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 134 e ss; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1952, 52 e ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 54 e ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2° ed., Napoli, 1969, 33 e ss.; G. B. FERRI, *Causa e Tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1995; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano 1969; RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in «Justitia», 1967, 3 ss.. Più recente l'intervento di SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in Dig disc. priv. (sez. civ.), Torino, 1987, I, 557 ss; da ultimo, cfr. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999.

cui sostanza viene ravvisata nella volontà reale ed il cui effetto viene considerato prevalentemente alla stregua di essa¹⁷.

Anche la sistematica adottata dai pandettisti, il permanere delle cui suggestioni pare spiegare questo tradizionale atteggiamento ed il suo tramandarsi, non è che il portato di impostazioni giusnaturalistiche a cui la scuola storica non si era del tutto sottratta¹⁸.

Malgrado, infatti, le divergenze di fondo che hanno impedito una uniformità di inquadramento della materia contrattuale in seno alla dottrina dei pandettisti, poiché da un lato, ponendo l'accento sulla nozione di "soggetto di diritto", si costruiva la teoria degli atti giuridicamente rilevanti posti in essere dal soggetto medesimo, tra i quali il contratto si collocava quale sottospecie del negozio¹⁹, mentre altra dottrina inseriva la teoria del negozio giuridico in quella dei diritti soggettivi, considerando principalmente l'incidenza del primo sul sorgere, il trasformarsi e l'estinguersi dei secondi²⁰, la prospettiva comune a tutti gli autori che si rifanno a questa scuola, individuava nel contratto l'emanazione della libera volontà dei soggetti.

Questa visione della vicenda negoziale, improntata ad una forte astrazione e che colloca l'individuo in una posizione di esclusivo primato nella regolamentazione dei rapporti privati,

¹⁶ In questo senso cfr., in particolare G. STOLFI, *La teoria del negozio giuridico*, cit. p. 107 e ss, nonché CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit. 66

¹⁷ Così, a proposito di questo orientamento, la Relazione al codice, n.622.

¹⁸ In modo particolare, la critica Kantiana al giusnaturalismo non aveva inciso più di tanto sulla posizione centrale che questo aveva attribuito all'individuo come essere capace di intendere pienamente la realtà e di plasmarla. Ed infatti, anche dai pandettisti il potere della volontà del soggetto veniva tutelato come diritto soggettivo, in un sistema dove la proprietà ed il negozio giuridico venivano "entrambi intesi come sfere sulle quali si esplica la piena autonomia dell'individuo"; così GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1961, 396. Sui rapporti fra la sistematica dei pandettisti e le impostazioni giusnaturalistiche, cfr. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 7 ss.

¹⁹ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, (trad. it.), Torino, 1891, III vol, passim

²⁰ WINDSCHEID, *Il diritto delle pandette*, (trad. it.), Torino, 1930, passim

portava ad affermare il principio dell'autonomia della volontà, intesa come *"la condition nécessaire et suffisante pour qu'un engagement soint sanctionné par le droit"*²¹, e ciò conduceva ad una completa sovrapposizione del concetto di autonomia del volere a quello di autonomia privata che rimaneva, per così dire, nascosto dietro al primo e, quasi, misconosciuto.

Ovvie ed inevitabili sono state le conseguenze di questa visione, nel senso di una considerazione dell'istituto contrattuale esclusivamente in termini di fattispecie, ovverosia nella sola prospettiva dinamica della sua idoneità a determinare effetti giuridici, con una conseguente delimitazione dell'orizzonte problematico verso quegli elementi che assumevano rilievo per la produzione degli effetti giuridici.

Altrettanto inevitabile è stata la conseguenza di un generalizzato ed accentuato disinteresse verso il contenuto e la funzione della figura contrattuale.

Così intesa, dunque, la nozione di autonomia privata si rivela, per il profilo che qui interessa, del tutto inidonea a fornire spunti di chiarificazione e di inquadramento dell'orizzonte problematico ed anzi pone in luce un primo possibile equivoco semantico nel quale si è incorsi indagando, sotto diverse prospettive i temi legati all'equilibrio contrattuale, equivoco che consiste, appunto, nell'uso promiscuo ed indifferenziato di espressioni diverse, quali "autonomia privata", "autonomia della volontà", "autonomia contrattuale".

Se infatti questa prospettiva spiega la concezione individualistica che il liberismo mutuò dalla dottrina del diritto naturale, ponendo la regola "che nessuno può restare impegnato se non nel senso e nella misura in cui lo abbia voluto"²², essa non da ragione del concetto di autonomia privata sotto il profilo

²¹ WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, 1949, 170.

²² Così, la Relazione al codice, n.622.

dell'ambito della sua possibile esplicazione, ossia non consente una ricostruzione della nozione in termini giuridici²³.

L'autonomia della volontà, intesa come libertà di volere e, quindi, di autodeterminarsi, rappresenta un fatto naturale che si colloca come antecedente o presupposto della fenomenologia giuridica: sia volontà autonoma che libertà del volere, sono espressioni che rinviano ad un concetto che può essere inteso in senso naturalistico o socio-economico, ma che rimane, in ogni caso, su un piano pregiuridico.

Sotto un diverso angolo visuale, ma analogamente, il problema del rapporto tra volontà e dichiarazione ed in particolare se la volontà del soggetto sia essa a determinare il prodursi degli effetti giuridici, pare, a sua volta, rimanere estranea alle problematiche dell'autonomia privata intesa nel senso sopra accennato, poiché colloca proprio quest'ultima nozione in funzione di indispensabile premessa logica del suo successivo sviluppo.

Le dispute della dottrina, circa la fonte degli effetti del negozio giuridico, quale espressione dell'autonomia privata, individuata da taluni nella volontà reale o psicologica dei soggetti e da altri nella dichiarazione o manifestazione della volontà, quale fatto obiettivo, hanno affrontato una problematica che non è quella dell'autonomia privata ed anzi l'hanno, per così dire, offuscata.

La questione suddetta, infatti, si colloca, su un piano diverso che ha per oggetto la valutazione del procedimento attraverso cui si forma il contratto, con tutte le implicazioni che comporta ai fini del giudizio di conformità o regolarità del procedimento medesimo e, quindi, della sua idoneità ad integrare strutturalmente l'atto di autonomia privata secondo i criteri dettati dalla legge.

²³ Cfr. L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., 4.

Un più moderno indirizzo si contrappone al precedente ed attribuendo rilievo preminente alla sfera dei rapporti economico-sociali, qualifica l'esercizio del potere di disposizione, quale atto di autoregolamento di interessi privati²⁴.

Le profonde trasformazioni del quadro storico e filosofico nel quale si era inserita l'opera dei pandettisti e quella dei compilatori del XIX secolo²⁵ (trasformazioni che peraltro hanno inciso limitatamente sui compilatori del codice civile italiano del '42²⁶) hanno portato ad una rivalutazione del contesto entro il quale l'attività del singolo individuo si colloca e ad una rivisitazione dell'interesse individuale sotteso al negozio, ponendolo in un necessario rapporto di confronto con l'ordinamento e con il contesto sociale nel quale s'inserisce.

E' questa la premessa della teoria precettiva che vede nel contratto, non più l'espressione di un potere assoluto connesso alla libertà del volere individuale, ma lo strumento attribuito ai privati per regolare i propri interessi.

Su questa base comune²⁷, quantomeno ai precettisti, si innestano però subito contrasti allorché si tratta di precisare il rapporto fra lo strumento negoziale e l'ordinamento giuridico;

²⁴ Questo essenziale profilo dell'autonomia privata è stato più volte messo in luce dalla dottrina: PUGLIATTI, *Interesse privato e interesse pubblico nel libro delle obbligazioni*, in Saggi, Milano, 1951; BETTI, *La teoria generale del negozio giuridico*, cit., 102, il quale coglie la funzione dell'autonomia privata "nel potere di prescrivere un assetto imperativo di interessi"; BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962; CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 57, dove si precisa che l'ordinamento affianca con i propri effetti il piano di realizzazione degli interessi delle parti; SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 117; ID, *Contratti in generale*, in *Trattato* diretto da Gosso e Santoro Passarelli, Milano, 1961, 41. LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964., 5 ss; ID, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1960, passim, in particolare 105 e ss.

²⁵ Per un panoramica ricostruttiva dei passaggi di fondo di questa evoluzione, si rinvia a GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., 401, nonché a ORLANDO CASCIO, *Il "nuovo volto" del diritto privato*, in «Riv. dir. civ.», 1964, II, 65 ss.

²⁶ Sulle ragioni di questa limitata influenza e sul permanere in seno al codice vigente di uno schema sostanzialmente giusnaturalistico, v. NICOLÒ, voce "Codice civile", in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 248 s.

se, cioè, al di là delle differenze terminologiche, il contratto si sostanzia, in ossequio a questa impostazione, in una regolamentazione imperativa di interessi, il fondamento di questa imperatività, ossia del vincolo giuridico viene da taluni ricondotta in via esclusiva al negozio posto in essere, inteso quale vera e propria norma giuridica, da altri, invece, al concorso fra il negozio e la norma, nel senso che il primo, nella dinamica giuridica, realizza la fattispecie prevista dalla seconda, rendendo così operativa la sua statuizione.

La distanza fra le due impostazioni sinteticamente richiamate, ci pare che riguardi, essenzialmente, il profilo dal quale il negozio debba essere considerato, ovvero sia il momento di emersione del negozio ai fini della valutazione da parte dell'ordinamento.

Se è un dato acquisito che il contratto ha forza di legge fra le parti (art.1374) ed in ciò consiste la premessa logica dell'azionabilità del patto privato attraverso gli strumenti posti a disposizione dall'ordinamento, la possibilità di determinare liberamente il contenuto del contratto è prevista (art.1322) nei limiti stabiliti dalla legge.

Questione centrale diviene allora quella di stabilire, anzitutto, il senso e l'oggetto di tali limiti – e di quel particolare ipotizzato limite rappresentato dall'equilibrio delle prestazioni contrattuali.

Ovviamente il problema può porsi esclusivamente rispetto ai contratti con prestazioni corrispettive e non rispetto a quelli con obbligazioni di una sola parte, ma occorre un delimitazione ulteriore dell'indagine, che riguarda l'individuazione di quel particolare profilo del contratto sul quale può incentrarsi una valutazione dell'ordinamento in termini di equilibrio o congruità.

²⁷ Sul convergere delle diverse teorie in questa comune opinione v, SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 362.

La nozione unitaria di contratto è, cioè, troppo ampia perché possa chiarirsi quando il richiamo all'equilibrio delle prestazioni contenuto in una disposizione dell'ordinamento, si riferisca all'autonomia privata, ponendosi quale confine entro cui essa, tramite il contratto, dovrà mantenersi e quando, invece tale richiamo abbia un diverso significato.

3. Possibile separazione dei profili dai quali il contratto può essere esaminato: struttura e contenuto; fattispecie ed autoregolamento; procedimento e regola

Ed il profilo sotto cui deve essere esaminato il contratto affinché il richiamo al suo equilibrio abbia rilevanza in relazione al concetto di autonomia privata è il contenuto.

Già sotto il profilo strutturale è possibile distinguere il contenuto inteso come il regolamento dettato dal contratto dai mezzi attraverso i quali esso è reso socialmente riconoscibile distinguendo, cioè, la forma dalla regola che essa esprime, tenendo ben presente che non si tratta di designare una scissione in parti diverse del contratto, quale unità che inscindibilmente rappresenta l'atto di autonomia privata, ma di separare i diversi profili attraverso cui è possibile esaminare la figura in questione

Sotto un diverso profilo è stata affrontata la distinzione fra contenuto ed oggetto del contratto, intendendo con il termine oggetto l'elemento di individuazione della materia del contratto.

Ma la distinzione che essenzialmente rileva ai fini della presente indagine è quella che contrappone l'autoregolamento alla struttura o, secondo la terminologia adottata da altra dottrina, il regolamento al procedimento attraverso cui viene posto in essere.

Quali che siano i termini che si preferisce adottare per designare la separazione fra questi due aspetti, essa pare la più idonea a cogliere il significato dell'atto di autonomia privata, nella misura in cui, attraverso l'affermazione del contemporaneo concorrere in seno all'istituto contrattuale dei due distinti profili, pone in evidenza il corrispondere ad essi di due diverse valutazioni dell'autonomia privata.

Contrapporre l'autoregolamento, inteso come la vera e propria regola dettata dalle parti attraverso la valutazione dei propri interessi, dalla fattispecie, quale prospettiva dinamica dell'idoneità del contratto alla produzione di effetti giuridici significa differenziare l'oggetto delle valutazioni dell'ordinamento nel senso che "l'una, che in questa sede si ritiene condizionata alla perfezione della fattispecie legislativa, corrisponde alla valutazione operata dal legislatore sul comportamento delle parti. L'altra, invece, interna alla prima, è proprio la valutazione che le parti fanno dei propri interessi e trova la sua espressione in termini normativi nell'efficacia negoziale"²⁸.

Ma se è vero che "anche per l'efficacia inter partes del negozio si deve sempre far capo all'ordinamento e alla sua valutazione"²⁹, è ovvio che proprio la valutazione che le parti fanno dei propri interessi, ossia l'autoregolamento, sarà l'oggetto della valutazione dell'ordinamento, sotto il secondo profilo.

Forse più esatta è la distinzione proposta da altra dottrina³⁰ fra procedimento (termine attraverso il quale s'intende designare la fattispecie contrattuale) e regolamento

Questa separazione dei profili da cui l'atto di autonomia deve essere autonomamente oggetto di valutazione da parte

²⁸ Così AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957, 15

²⁹ La precisazione è di SCOGNAMIGLIO, nella *Recensione al saggio di Auricchio*, in «Riv. dir. civ.», 1958, I, 342 ss.

³⁰ CATAUDELLA, cit., 43 ss

dell'ordinamento, consente, non solo di contrapporre la regola contrattuale al procedimento che l'ha posta in essere ma, per i profili attinenti alla presente indagine, di assegnare alla prima un rilievo preminente rispetto al secondo.

Il procedimento riveste, infatti, nella valutazione dell'ordinamento, un rilievo esclusivamente mediato poiché esso è preso in esame solo ai fini dell'accertamento della sua conformità alle disposizioni normative che lo disciplinano e, quindi, ai fini dell'accertamento della natura autoregolamentare del contratto ossia del suo essere genuina o corretta espressione dell'autonomia privata.

Del resto, la contrapposizione del fatto, rappresentato dal processo genetico che si conclude con l'accordo, alla regola pattizia è posto in evidenza da molta parte della letteratura che, sotto diversi profili ed anche in termini molto ampi, si è occupata dell'istituto contrattuale.³¹

È, invece, il regolamento (o l'autoregolamento o, ancora, la regola pattizia) a formare oggetto della valutazione dell'ordinamento da cui dipende l'atteggiarsi della risposta che trova espressione negli effetti.

Del resto il senso di questa distinzione è colto con chiarezza anche da chi distingue fra struttura e contenuto³². Si tratta, cioè, di una differenza che trova il suo fondamento in una

³¹ V. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato* (trad. it), Milano, 1952, 139, il quale afferma che il termine contratto "designa sia il procedimento specifico con il quale vengono creati i doveri e i diritti contrattuali delle parti, sia la norma contrattuale creata con questo procedimento"

cfr. anche REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, cit., 897 e ss., nonché SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e ed unità del negozio contrattuale*, in «Riv trim. dir. proc. civ.», 1964, 1345 e ss.; Distingue fra struttura e regola G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 46; per la dottrina tedesca v. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., 78 e ss., il quale, correttamente, distingue fra la regola e l'atto che la pone ma erra nel considerare quale componente della regola anche la disciplina dettata dalle norme dispositive.

³² Cfr. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 166. In senso analogo, ci sembra, DI MAYO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., 53, nonché G. B. FERRI, *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in «B.B.T.C.», 1960, I, 485.

priorità, quantomeno logica della struttura contrattuale rispetto alla regola pattizia e che viene espressa attraverso la designazione della struttura, quale complesso degli elementi richiesti dalla legge per la configurabilità stessa della figura contrattuale e nella precisazione che, solo al momento del perfezionarsi di questa, consegue il sorgere della regola e cioè del contenuto contrattuale che la esprime³³.

4. Implicazioni concettuali e riflessi sistematici della separazione dei profili contrattuali nello studio dell'autonomia privata, sotto il profilo della rilevanza dell'equilibrio delle prestazioni

La contrapposizione della regola al procedimento (od alla struttura, nel senso sopra precisato) comporta implicazioni concettuali rilevanti nell'analisi dei temi legati alla diversa rilevanza che il richiamo all'equilibrio del sinallagma contrattuale assume nelle diverse ipotesi che è dato riscontrare.

Il riflesso sistematico della giustapposizione che qui interessa, riguarda, in particolare, la considerazione dell'estraneità, alla sua stregua, del processo formativo dell'accordo e delle norme che lo disciplinano, sia con riferimento alle modalità ed alle forme della dinamica che conduce all'accordo, sia ai requisiti necessari alla considerazione del suo perfezionamento, sia infine alle ipotesi patologiche nelle quali risulti un'irregolarità del processo di formazione in relazione alla presenza di vizi afferenti alla determinazione volitiva delle parti³⁴, rispetto alla problematica

³³ Così, NICOLÒ, op. ult. cit., 167

³⁴ Così, CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 44; ed in senso conforme DI MAYO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 55.

dei limiti posti all'autonomia privata o, almeno rispetto ad un determinato modo di intenderla.

In seno ai suddetti limiti, è possibile, infatti, distinguere nettamente due diversi ambiti³⁵: quello che attiene al controllo della "genuinità" dell'espressione di privata autonomia (che si attua mediante le regole che in vario modo disciplinano il processo formativo dell'atto), e quello che, invece, ha per oggetto, direttamente, la regola pattizia.

Pertanto, se l'indagine ha per oggetto la rilevanza dell'equilibrio del contratto quale limite all'autonomia privata, tale rilievo dovrà trovare diretto riscontro nel contenuto del contratto, dovendosi altrimenti inferire che esso non può essere annoverato fra i limiti all'autonomia privata.

5. Ostacoli alla ricostruzione del contratto come norma giuridica

Alla ricostruzione del negozio giuridico come norma giuridica vera e propria ostano, com'è noto, diversi rilievi; le obiezioni alla teoria normativa³⁶ si articolano, principalmente, in tre direzioni: il difetto di generalità e astrattezza della regola posta contrattualmente; la partecipazione diretta dell'ordinamento alla creazione della regola negoziale, in riferimento alle disposizioni cogenti, ma anche dispositive o suppletive che caratterizzano la disciplina dei vari tipi negoziali, le quali rappresentano una fonte esclusiva di effetti giuridici e rispetto alle quali il negozio si colloca meramente in funzione di

³⁵ Distingue nettamente fra i due diversi momenti di controllo sull'autonomia privata, di recente, SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in «Giur. it.», 2001, 231.

³⁶ La quale si deve, in particolare, a L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1966.

fattispecie; il ruolo dell'interpretazione del contratto ch , secondo parte della dottrina, la quale trae spunto dalla distinzione fra norme interpretative e suppletive, non si esaurirebbe nell'accertamento della comune intenzione dei contraenti e nella ricostruzione della regolamentazione dettata dalle parti, ma svolgerebbe il ruolo di precisare, autonomamente, il significato della fattispecie.

Quanto al primo rilievo critico, relativo alla mancanza nel comando negoziale dei caratteri della generalit  ed astrattezza, esso non pare decisivo.

Tenendo distinti i due caratteri, si pu  affermare che il diritto oggettivo   formato anche da precetti individuali³⁷ e da ci  inferire la non essenzialit , ai fini del comando giuridico, del carattere della generalit 

Quanto all'astrattezza, si   precisato che tale requisito consiste nella valutazione di un contegno che non si   ancora concretizzato e che esiste, quindi, solo come previsione astratta; anche le norme negoziali, pertanto, presentano i caratteri dell'astrattezza nel significato sopra precisato³⁸.

Pi  complessa   la verifica degli altri due rilievi critici.

Se, infatti, partiamo dal presupposto che l'oggetto della valutazione dell'ordinamento, ai fini del riconoscimento dell'atto privato,   la determinazione pattizia dei contraenti, il principio dell'esclusiva determinazione del contenuto medesimo ad opera delle parti non potr  non sottostare al vaglio dei dettati normativi che sembrerebbero designare una diretta partecipazione dell'ordinamento alla costruzione del regolamento contrattuale, essendo l'individuazione del valore

³⁷ Cos , L. FERRI, cit., 148. Pi  in generale, nella stessa prospettiva, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 54; PERGOLESI, *Sistema delle fonti normative*, cit., 25.

³⁸ Cfr. L. FERRI, op ult. cit., 150. Ma anche la dottrina pubblicistica ha mosso dubbi profondi sull'idoneit  dei requisiti della generalit  ed astrattezza a porsi quali criteri determinanti della caratterizzazione della norma giuridica, v. fra gli altri, CRISAFULLI, voce "*Atto normativo*", in Enc. Dir., IV, Milano, 1959, 245 ss.

effettivo di tali formule normative presupposto del corretto inquadramento del problema dell'ammissibilità di siffatta partecipazione.

Invero, la problematica relativa agli effetti giuridici che, rispetto ad una data fattispecie negoziale, trovano la loro fonte esclusiva nella legge, soprattutto con riferimento alle norme cd. cogenti, previste sul piano della tipizzazione contrattuale, pare coeva all'ulteriore problematica sulla possibilità di separare o viceversa identificare il contenuto con gli effetti del contratto.

La dottrina, è infatti divisa, sul punto, fra chi sostiene la normale coincidenza degli effetti prodotti dal contratto con quegli effetti che concretamente il contenuto del contratto prevede³⁹ e chi, all'opposto, pone l'accento sul divario grandissimo tra quello che si suole definire contenuto e l'effettivo regolamento degli interessi delle parti⁴⁰.

L'intuizione di chi ha sostenuto, autorevolmente, la seconda delle suddette opinioni, e cioè la concorrente partecipazione alla determinazione del regolamento contrattuale di una pluralità di fonti: "l'attività delle parti, la determinazione legale e la determinazione ad opera del giudice⁴¹", non è del tutto nuova.

Anzi, c'è chi ha messo in dubbio radicalmente la portata innovativa di questa teoria, ricordando che "la contemporanea ed operante presenza della volontà privata e della legge nell'esperienza giuridica, è constatazione ormai antica; così come è constatazione antica, quella dell'intervento del giudice nella risoluzione dei conflitti⁴²".

L'innovazione, meritevole di attenzione è, se non nell'intuizione, nella particolare importanza data al profilo della

³⁹ così, G. B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, cit., 178

⁴⁰ così RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 80.

⁴¹ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 101.

⁴² G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., 262.

confluenza di queste varie fonti alla determinazione dell'assetto d'interessi disciplinato dalla regola contrattuale.

Il rischio di tale dottrina è, semmai, quello dell'assimilazione di dati non omogenei, ossia quello di non tenere nella dovuta importanza la relazione che intercorre fra le diverse fonti, anche nella prospettiva di cogliere le ragioni di prevalenza delle une sulle altre concorrenti, e di porle invece su un piano indifferenziato tanto da appiattire la differenza del significato che assumono rispetto alla posizione che occupano nella partecipazione alla regola contrattuale.

Tale appiattimento dei diversi ruoli delle parti, dell'ordinamento e del giudice, porterebbe ad uno svuotamento della dialettica fondamentale fra autonomia ed ordinamento che trova nel contratto il suo punto di emersione.

Ma di tale rischio si è certamente reso conto l'autore che non ha mancato di precisare che "la fonte privata rimane, per così dire, il motore del contratto, nel senso che la sua mancanza o impedisce una valida conclusione del contratto (nel senso della nullità) o preclude la possibilità di parlare di contratto in senso tecnico (esecuzione forzata in forma specifica di obblighi di contrarre, conclusione automatica); inoltre tale fonte limita pure la possibilità delle altre di partecipare alla costruzione del regolamento, o escludendone l'operatività (come è nel caso delle norme dispositive) o consentendo l'intervento solo nell'ambito da essa prefissato (come è per l'intervento del giudice che non può imporre alla parti un assetto di interessi del tutto divergente da quello originariamente perseguito"⁴³.

Pur nel confluire di più fonti la dottrina in esame riconosce quindi il primato alla volontà di contraenti che "determina essa stessa la natura e la portata degli interessi in

⁴³ RODOTÀ, *Le fonti*, cit., 84.

questione, precisando anche l'ambito entro il quale può manifestarsi l'operatività delle altre fonti⁴⁴

Vero è che la teoria espressa da questa dottrina intende dimostrare la "funzionalizzazione" del contratto nel senso di una "pubblicizzazione" della materia contrattuale e, in questa prospettiva, tende a rileggere con toni forti la partecipazione pubblica alla formazione della regola contrattuale; più che il punto di arrivo di siffatta ricostruzione, l'affermazione della compresenza delle varie fonti di "integrazione" del contratto, pare essere la premessa o quantomeno lo strumento attraverso cui si tenta di ravvisare nell'istituto contrattuale l'espressione, oltre che dell'autonomia privata, anche dell'ordinamento che con essa contribuirebbe a formarlo o, per meglio dire, di ravvisare nell'autonomia privata una funzione ulteriore rispetto alla regolamentazione dei privati interessi.

In tal modo, tuttavia, si rischia di attribuire alla categoria contrattuale una dimensione eccessivamente vasta rispetto a quella che una connotazione dell'istituto realmente unitaria potrebbe consentire, negando di fatto valore alla problematica ed alle relative riflessioni della dottrina, in merito ai confini entro i quali la portata dell'intervento pubblico nella determinazione degli interessi delle parti, consente ancora la configurazione di un atto di autonomia.

Ma, tornando ai punti intermedi della ricostruzione, nel senso del primato della volontà delle parti nella determinazione della regola contrattuale, precisato dall'Autore, sopra ricordate, nonché alle puntualizzazioni dallo stesso svolte in ordine all'esigenza di distinguere fra autointegrazione ed eterointegrazione⁴⁵ emerge come l'orizzonte problematico che inevitabilmente lascia intravedere, non è poi così dissimile da quello che altra dottrina tenta di risolvere attraverso la

⁴⁴ ID., *Le fonti*, cit., 86.

⁴⁵ Ibidem, 7.

contrapposizione o quantomeno la netta distinzione del contenuto del contratto e degli effetti che da esso scaturiscono.

6. L'equilibrio del contratto come limite (presunto) all'autonomia privata. I diversi modi d'intendere il requisito causale ed i limiti del relativo controllo sulla materia contrattuale

È agevole individuare i momenti normativi rilevanti sotto questo profilo: si tratta, infatti, di dati normativi elementari e ben noti: la codificazione della causa quale requisito del contratto distinto dall'accordo, e tale da comportarne la nullità ove faccia difetto (artt. 1325 n.2; 1418 2° c.); la previsione della nullità del contratto per illiceità della causa, in stretto rapporto con i casi di illiceità dei motivi e di frode alla legge (artt. 1343 – 1345; 1418 2° c.); una clausola generale che impedisce, al di fuori dei tipi legalmente previsti, il riconoscimento dei contratti che non perseguano interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico (1322 2° c.).

Già da una prima esegesi del dato normativo, pur risultando l'atto di autonomia privata frutto di previsioni ed enunciazioni distinte, cui non corrispondono qualificazioni giuridiche sempre coincidenti (causa, motivi, interessi – difetto di causa, illiceità della causa, immeritevolezza degli interessi), il dato che emerge con chiarezza, è che l'obbligo (o l'effetto traslativo) di cui il contratto è fonte, non si legittima con esclusivo riferimento alla volontà del soggetto od alla volontà accettata, essendo bensì necessario un fondamento ulteriore che trova un termine di raffronto e di controllo obbiettivo nella nozione di causa che, già in questo primo, elementarissimo e

non sospetto significato, si pone come fondamentale limite all'autonomia privata.

Senza poter in questa sede approfondire l'intera tormentata vicenda del concetto di causa, sicuramente polimorfo e che, da sempre, ha rappresentato il punto critico dei nessi fra la regola privata e la regola dell'ordinamento nel suo complesso, possiamo, per il profilo che qui interessa, svolgere alcuni rilievi.

Riprendendo un'antitesi di scuola, quella fra causa oggettiva e causa soggettiva, è dato riscontrare che negli anni che precedettero ed in quelli che immediatamente seguirono la vigente codificazione, vi fu un'esaltazione della tipicità legale o sociale di ogni atto di autonomia privata che determinò l'effetto, più o meno consapevole, di favorire una sostanziale identificazione fra causa e tipo.

Si tratta di una linea di pensiero che trova negli scritti, celeberrimi, di Emilio Betti, la sua formulazione più nota⁴⁶; formulazione nei termini di "funzione economico – sociale" che ha trovato da subito, e tutt'ora, a distanza di oltre mezzo secolo, continua a trovare riscontro, più o meno testuale in quelle pronunce della Cassazione, laddove l'oggetto della decisione sia l'accertamento del requisito causale in seno ad un atto di privata autonomia.

Questa sostanziale identificazione della causa con il tipo comportò una drastica limitazione delle possibilità di controllo causale sulla materia contrattuale, rappresentando la tipicità stessa un previo riconoscimento della dignità di tutela degli interessi dei contraenti o, *rectius*, un preventivo consenso da parte dell'ordinamento in forza di un sillogistico ragionamento: l'arricchimento non è ingiusto se c'è causa, e laddove c'è un contratto tipico c'è causa.

⁴⁶ Ma, già in precedenza, il rilievo oggettivo della causa era stato proclamato ed espresso in termini di "funzione sociale" da SCIALOJA, *Negozi Giuridici*, III ed., Roma, 1933, pp. 88 e ss.

Questa rigida impostazione si colloca in stretta correlazione con la visione politica del legislatore del '42 ed al compito, espresso nel termine "funzione" – caro ai compilatori del codice – di cui la materia contrattuale, quale espressione dell'autonomia privata, era investita, ossia il compito, da svolgere al servizio dello stato-ordinamento, di realizzare la funzione economico-sociale riconosciuta rilevante dal diritto e che, "sola giustifica la tutela dell'autonomia privata".

Mutato il quadro costituzionale, l'elemento causale perde la sua valenza di strumento (attraverso cui si era inteso estendere la funzione sociale della proprietà e dell'impresa anche all'autonomia privata) e diviene oggetto di controllo, recuperando le sue radici storiche di fondamento effettivo della singola operazione negoziale e tornando, così, all'interno della struttura del contratto, quale elemento di intersoggettività.

La revisione critica della nozione di causa⁴⁷ ha condotto all'elaborazione di un concetto che pone l'accento sulla dimensione soggettiva dell'elemento causale, quale parametro di controllo degli interessi obbiettivamente rilevanti.

Quale che sia la formula utilizzata, tesa ad emancipare il valore dell'elemento causale dall'ingombrante copertura della tipicità, sintetizzata in termini di causa soggettiva, piuttosto che di causa concreta, sinallagma funzionale o, ancora, funzione economico-individuale e senza voler sottovalutare l'importanza della diversità delle formule di volta in volta coniate, soprattutto nell'ambito di una loro possibile differente contestualizzazione semantica, il fondamentale nucleo di senso che accomuna le vari manifestazioni della nuova impostazione consiste

⁴⁷ Questa revisione, inaugurata da GIORGIANNI, voce "Causa" (diritto privato), in Enc. dir., 1960, VI, 547 ss, ha poi avuto ampio sviluppo in G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 e, ID., *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1987. Cfr., anche BIANCA, *Diritto civile, 2, Il contratto*, Milano, 1984, dove la causa è identificata come "l'interesse delle parti".

nell'affermazione dell'inerenza degli interessi dei contraenti al vincolo giuridico ed alla sua valutazione.

Non è difficile cogliere come nel concetto di causa, così come inteso in questa dimensione che possiamo genericamente e riassuntivamente definire "soggettiva", penetri, a pieno titolo, l'elemento volitivo.

La volontà viene, cioè, assunta nel concetto di causa come considerazione dello scopo pratico del negozio, di talché, in questa accezione, l'elemento causale segna la linea di confine, il *discrimen*, fra la sfera del "voluto" rilevante per l'ordinamento e la sfera che, al contrario, ne rimane estranea⁴⁸.

La possibile confusione fra causa "soggettiva" e motivi dei contraenti appare subito evidente laddove si consideri che gli interessi regolati contrattualmente sono anche motivi che hanno indotto le parti a contrattare, ma l'ostacolo rappresentato da questa possibile sovrapposizione viene superato con l'affermazione che l'irrilevanza dei motivi, lungi dall'essere loro carattere ontologico, si ricollega all'estraneità degli stessi rispetto all'area contrattuale: quando il motivo diviene, invece, interesse contrattualmente regolato, cade la radice strettamente psicologica del fenomeno che viene ad assumere rilievo quale oggetto della valutazione causale che, appunto, si incentra sull'assetto di interessi.

Quanto premesso, tuttavia, comporta la necessità di una chiarificazione in ordine ai rapporti fra questo modo d'intendere l'elemento causale e l'ambito di un possibile controllo che, suo tramite, si renderebbe ammissibile sull'assetto d'interessi previsto dai contraenti, da un lato, e la separazione concettuale, quale distinta prospettiva da cui guardare la figura unitaria del contratto, fra procedimento e regolamento, sopra riportata.

⁴⁸ V. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1986, 272.

Pare cioè necessario, da subito, indicare l'ostacolo alla riconduzione all'interno del contenuto contrattuale del fondamento di un controllo causale il quale si ancori ad una oggettivazione dei motivi, poiché il motivo che, per il tramite di questa obbiettivazione, sia entrato a far parte del contenuto del contratto, può considerarsi tale solo in una prospettiva storica che abbia riguardo al processo di formazione del contratto, mentre la regola in cui ha trovato espressione, contiene in sé, quale portato dell'autonomia privata, la ragione della sua rilevanza⁴⁹.

Ma, focalizzando l'attenzione sulle problematiche relative all'equilibrio contrattuale, occorre anzitutto chiedersi quali siano in concreto le regole effettive sulla causa e quale, quindi, l'ambito di un possibile controllo causale da parte dell'ordinamento sulle dinamiche negoziali e sui contenuti delle medesime.

7. La nullità del contratto per difetto della causa: causa simbolica; causa non trasparente; causa putativa.

La questione della nullità del contratto per difetto di causa si è posta, nella nostra esperienza, in riferimento all'utilizzo di modelli legali tipici fondati sul rapporto di scambio, essenzialmente, in tre ordini di situazioni.

La più semplice è rappresentata dalla c.d. causa simbolica, ovverosia quando la reciprocità dello schema è sì indicato dalle parti nel contratto, ma viene affidata in via esclusiva ad un elemento che è in sé privo di un qualunque

⁴⁹ Analogo argomento si trova in CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 265, quale critica all'orientamento dottrinale che tende a ricercare il fondamento

valore economico (nummo uno). Si tratta, evidentemente di ipotesi più scolastiche che reali e che non pongono, comunque, alcun tipo d'interferenza in ordine alle problematiche sull'equilibrio del contratto, laddove il profilo della nullità per difetto di causa appare, in queste ipotesi, legata esclusivamente all'accertamento di una eventuale diversa ragione dell'atto, ad esempio in termini di liberalità, rimanendo altrimenti inevitabile una sanzione di nullità per difetto del requisito causale.

La seconda ipotesi, più complessa, è quella della causa "non trasparente"⁵⁰ dove, cioè, la reciprocità del modello di scambio viene ricondotto dalle parti ad un elemento che, a differenza dell'ipotesi precedente, è dotato di un intrinseco valore di scambio (o potere d'acquisto) il quale, tuttavia, risulta affatto inidoneo a qualificare l'elemento suddetto in termini di corrispettivo, avuto riguardo al contratto nel suo complesso.

Le ipotesi che rientrano in questo quadro vengono generalmente definite in termini di vendite (o comunque trasferimenti) a prezzo vile o irrisorio, nel tentativo, appunto, di distinguerle dalle precedenti dove si parla di prezzo simbolico; ma anche qui, i limiti di un controllo esterno, appaiono assai angusti: il principio generale per cui, quando la reciprocità della prestazione sussista, in termini di valore o potere d'acquisto, ancorché a livello minimo, ciò esclude ogni possibilità di un controllo esterno in termini di equilibrio dei valori scambiati, è ribadito con costanza dalla giurisprudenza.

Si è infatti avuto modi di precisare come "il prezzo della compravendita deve ritenersi inesistente, con conseguente nullità del contratto per mancanza di un elemento essenziale (artt.1418 e 1470) non nell'ipotesi di pattuizione di prezzo tenue, vile o irrisorio, ma quando risulti pattuito un prezzo obiettivamente non serio, o perché privo di valore reale e,

della presupposizione nel regolamento contrattuale

perciò, meramente apparente o simbolico o perché programmaticamente destinato nella comune intenzione delle parti a non essere pagato.

Viceversa, la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa compravenduta, ma non del tutto privo di valore intrinseco, può dare luogo a problemi circa l'adeguatezza e l'equivalenza tendenziale delle prestazioni afferenti propriamente all'individuazione del reale intento negoziale delle parti ed all'effettiva configurazione e operatività della causa del contratto, ma non può determinare l'insorgenza della questione della nullità del negozio...⁵¹

Al di là delle critiche, da più parti mosse a questa pronuncia della Corte di legittimità, si può affermare che, anche i casi di "prezzo vile od irrisorio", pur ponendo problemi in ordine alla qualificazione causale della fattispecie traslativa cui si riferiscono, incidono solo marginalmente sull'indagine relativa all'equilibrio del contratto.

Anzitutto deve osservarsi come nelle problematiche sottese a questo particolare tipo di situazioni possa assumere un'una dimensione centrale il profilo probatorio.

Sono gli stessi giudici a precisare che nell'ipotesi di prezzo vile è esclusa l'invalidità del negozio rimanendo, semmai, un qualche intento da indagare; si tratta, cioè, dell'indagine relativa ad una zona limite⁵² laddove non v'è

⁵⁰ questa è la terminologia usata da BRECCIA, *La causa del contratto*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da Bessone), Torino, 1999, 11

⁵¹ Così Cass. 28 agosto 1993 n.9144, in «Corr. Giur.», 1994, 44 ss., con nota di CALISSE, *Prezzo vile e prezzo simbolico nella compravendita*; in «Foro it.», 1994, I, 2489, con nota di CARINGELLA, *Vendita a prezzo irrisorio (o vile) e rilevanza causale della fattispecie traslativa. Un improbabile ritorno al passato della Corte di legittimità*. In senso conforme, cfr., Cass., 16 luglio 1963 n.1945, in «Rep Foro it.», 1963, voce vendita n.44; id, 24 febbraio 1968, n.632, in «Giust. Civ.», 1968, I, 1475.

⁵² Sugli incerti confini di questa zona limite e sull'esigenza di un'attenta ricostruzione della stessa al fine di individuare un significativo assetto d'interessi che, a prescindere dalla qualificazione pur legalmente o socialmente tipica data all'accordo, meriti il costo di una coercizione giudiziale, v. Breccia, *il problema della causa*, cit, 12.

certezza di un'illiceità, ma neppure emerge con chiarezza la ragion d'essere dell'effetto giuridico perseguito.

Ma, poiché il sospetto non basta e l'illiceità non si presume, non resta che profilare il ruolo dell'elemento causale nella distribuzione dell'onere della prova⁵³.

Oltre a ciò, occorre cercare di fare ordine nei concetti espressi attraverso l'uso di una terminologia che potrebbe ingenerare equivoci.

Quando si parla di "prezzo vile", si prendono in esame situazioni affatto diverse da quelle del prezzo (o, comunque, del corrispettivo) non congruo od equilibrato⁵⁴; le questioni che si aprono in relazione ai casi di stridente sproporzione fra le prestazioni paiono di scarsa utilità rispetto all'indagine dei profili di rilevanza dell'equilibrio contrattuale, collocandosi in una prospettiva di assoluta marginalità e ponendo una esclusiva esigenza di ricostruzione e qualificazione della fattispecie.⁵⁵

La terza ipotesi che è dato riscontrare nella nostra esperienza, di gran lunga la più rilevante sotto il profilo dei suoi possibili collegamenti con i profili di rilevanza dell'equilibrio contrattuale, è quella della causa c. d. putativa.

Si tratta di casi nei quali vi è una sensibile deviazione del rapporto di reciprocità fra le prestazioni di un contratto

⁵³ Cfr., sul punto specifico, FILANTI, voce "Nullità", in Enc. giur X, 1990, XXI, 9; ID, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 115. Quanto alla prova dell'elemento causale quale fatto costitutivo dell'affermazione di un diritto e sui riflessi sul relativo onere in presenza di una dichiarazione ricognitiva, v. GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva dei diritti reali*, Milano, 1983, 62 ss..

⁵⁴ Questo rilievo è svolto da GALGANO, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in «Contr. impr.», 1993, 421 ss, il quale, nel ribadire l'insindacabilità da parte del giudice delle determinazioni relative alla congruità dello scambio ricondotte dall'art.1322 1° comma alla esclusiva sfera di competenza delle parti, precisa la distanza fra le due ipotesi di "stridente sproporzione delle prestazioni" e di "difetto, almeno tendenziale" delle stesse: "c'è la prima se si vende per 10 milioni un bene che vale un miliardo; c'è il secondo se il bene viene venduto per 600 milioni"

⁵⁵ sull'estraneità dei riferimenti all'equivalenza, proporzionalità o adeguatezza delle prestazioni rispetto al profilo qualificatorio del contratto, quantomeno in termini di corrispettività, cfr., PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, 139 ss, in particolare, 141, 142.

riconducibile ad un errore, anche di una sola delle parti, su presupposti dell'operazione negoziale.

L'esempio più classico per descrivere questa ipotesi, nato dalla fantasia di Francesco Carnelutti⁵⁶, e che tanto seguito ha trovato nella letteratura manualistica⁵⁷, è quello di chi acquista, per errore, un bene che è già suo; è evidente che in questi casi la questione riguarda l'attribuzione di una rilevanza autonoma, al di là della disciplina dei vizi del volere, all'errore che rende perciò il contratto non (solo) annullabile, ma nullo per mancanza del requisito causale, facendo difetto la struttura e la finalità essenziale dell'attività posta in essere.

8. Incidenza concettuale della causa putativa (rectius dell'errore che si traduce in un difetto di causa) con la regola pretoria della presupposizione.

Ma, a fianco degli esempi di scuola, più o meno verisimili, coniatati per la descrizione di queste ipotesi, si rigorose, ma assai remote, il rilievo autonomo assegnato alla causa putativa o, meglio, all'errore che si traduce in un difetto di causa, assume una piena incidenza concettuale in quella regola di formazione pretoria che si colloca nell'ampia problematica della compatibilità fra circostanze e ripartizione dei rischi, in relazione al perdurare della vincolatività del rapporto, nota con il nome di "presupposizione"

⁵⁶ CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, 247.

⁵⁷ Fra i molti scritti che riprendono l'esempio di scuola, ricordiamo, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, III ed., Napoli, 1992, 764; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XXX ed., Padova, 1989, 167; TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, IVX ed., Milano, 1995, 193.

La vasta casistica della presupposizione⁵⁸ riguarda, infatti, quegli errori su circostanze di fatto la cui mancanza (in rapporto alla supposta esistenza) conduce a ritenere che l'operazione negoziale sia, *ab origine*, priva di un'effettiva base pratica.

L'importanza della teoria della presupposizione e l'ambito della sua rilevanza anche pratica appare indiscutibile in relazione ad una particolare prospettiva d'indagine delle tematiche relative alla congruità dello scambio contrattuale: essa infatti pone in luce l'aspetto dinamico del contenuto del contratto o, più esattamente considera la rilevanza che, ai fini della risposta da parte dell'ordinamento, in termini di effetti da ricollegare all'atto di privata autonomia, assume il profilo dinamico della regola contrattuale posta⁵⁹.

Le linee di connessione fra i due temi sono quanto mai evidenti considerando che la regola di formazione giurisprudenziale è finalizzata a reagire proprio ad uno squilibrio fra le prestazioni contrattuali, ossia a quella alterazione dei termini dello scambio che si determina in relazione alla mancanza di una circostanza presupposta ed è altrettanto evidente che nell'ambito della complessa problematica della presupposizione emerge, più che altrove, la

⁵⁸ Già ampia alla fine degli anni '50, come dimostra COMPORI, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla teoria della presupposizione*, in Studi senesi, Siena, 1960, 481 ss.

⁵⁹ Nella letteratura italiana, fra gli scritti più significativi in tema di presupposizione, ricordiamo: MARTORANO, "Presupposizione" ed errore sui motivi nei contratti, in «Riv. dir. civ.», 1958, I, 69 e 73 ss.; PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 526; COLESANTI, *Poteri del giudice e cosiddetto "fondamento del negozio"*, in «Jus», 1958, 392 ss; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 231 ss; MACIOCE, *La presupposizione*, in Alpa - Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, III, *I requisiti del contratto*, in «Giur. sistem. dir. civ. e comm.», fondata da Walter Bigiavi, Torino, 1991, 487 ss.. Un'ampia ricostruzione del tema, condotta attraverso una argomentata linea critica, si deve a CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.

delicatezza e la vischiosità dell'interferenza reciproca fra i concetti di causa, volontà e funzione del contratto⁶⁰.

La valutazione del significato e della reale portata da ricondurre, nel nostro sistema, alla nozione di presupposizione o, secondo una diversa formulazione, del fondamento negoziale, esula dalle finalità del presente studio; ciò comporterebbe l'analisi della vastissima letteratura (anche della dottrina germanica) sull'argomento, ma, nella particolare prospettiva dalla quale il problema può essere considerato ai nostri fini, quale angolo di visuale particolarmente felice nell'indagine del rapporto fra un profilo statico ed un profilo dinamico della regola contrattuale (e del loro reciproco condizionamento), pare opportuno delineare, nella complessa elaborazione della dottrina, quelle linee di svolgimento che più incisivamente riguardano la rilevanza attribuita al contenuto contrattuale, sia in riferimento alla determinazione dell'ambito di operatività della presupposizione, sia con riguardo alla rilevanza giuridica della stessa⁶¹.

La teoria della presupposizione, nata in Germania ad opera di Windscheid,⁶² ha trovato nella dottrina tedesca una particolare sensibilità e, quindi, una profonda elaborazione dogmatica⁶³.

Molto minore e, invece, l'interesse, l'interesse mostrato dalla dottrina italiana sul tema dei riflessi sul vincolo contrattuale della carenza del presupposto, rispetto al quale l'atteggiamento che è dato riscontrare risulta, se non del tutto negativo, quantomeno riduttivo.

⁶⁰ Sul punto BRECCIA

⁶¹ Cfr., CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 247 ed ivi, nota 34.

⁶² WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850, 270 ss; in uno svolgimento più sintetico le medesime tesi si trovano in WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it.), II, Torino, 1930, 332 ss.

⁶³ Sempre alla dottrina tedesca si deve la più recente formulazione della problematica, in termini di "fondamento del negozio". Cfr. OERTMAN, *Die Geschäftsgrundlage – ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig – Erlangen, 1921.

Le ragioni di siffatto minore interesse, rispetto a quello suscitato nella letteratura tedesca sono note: si tratta di ragioni che si ricollegano, principalmente, ad una profonda differenza nella disciplina positiva di certi fenomeni, nelle due esperienze nazionali, tale che, nella nostra l'ambito di incidenza pratica della teoria della presupposizione, ovverosia l'idoneità della medesima a porsi quale strumento autonomo di soluzione dei concreti problemi di disciplina positiva risulta, rispetto a quella tedesca, notevolmente ridotto.

Anzitutto, infatti, le problematiche del fondamento del negozio, in rapporto alle ipotesi di sopravvenienza (di circostanze che mutano la situazione di fatto presente al momento della conclusione del contratto), trovano soluzione nella nostra disciplina positiva dettata agli artt.1467 e ss. c.c., relativa alla eccessiva onerosità sopravvenuta (sconosciuta al sistema tedesco); inoltre, la formulazione in tema di errore dell'art.119 B.G.B. è così rigorosa da aver indotto la dottrina tedesca a ricondurre nella problematica della carenza del presupposto o fondamento del negozio ipotesi che, al contrario, nella nostra esperienza rientrano a pieno titolo nella più elasticamente concepita disciplina dei vizi del consenso e in particolare dell'errore.

Ciò premesso, la casistica giurisprudenziale ha assunto, anche da noi, proporzioni tali da far ritenere che le ipotesi prese in esame dalla teoria della presupposizione e che non trovano un diretto riscontro positivo, giustifichino anche nella nostra esperienza un'attenta considerazione del tema⁶⁴.

⁶⁴ Cfr. CATAUDELLA, op ult. cit, 244

9. La presupposizione secondo l'idea di Windscheid e le successive elaborazioni nella loro connessione con la problematica dell'autonomia privata.

La presupposizione si colloca, secondo la prospettiva adottata da Windscheid, fra le autolimitazioni della volontà, potendosi accostare ad una condizione non sviluppata; il rapporto giuridico che prende vita dal contratto sarebbe cioè subordinato in modo non espresso all'esistenza od al sopravvenire di determinate circostanze.

Nel caso in cui la circostanza data per presupposta (e per ciò stessa non inserita nelle dichiarazioni contrattuali) non esistesse o venisse meno o non sopravvenisse, il rapporto giuridico posto in essere corrisponderebbe ad una dichiarazione di volontà ma non alla volontà del dichiarante⁶⁵.

A ben vedere, tuttavia, l'accostamento della presupposizione alla condizione ha, nel pensiero di Windscheid, un valore meramente enunciativo e non concettuale, nel senso che, secondo l'Autore, la presupposizione non costituendo, necessariamente, oggetto di accordo fra le parti, non può inquadrarsi, come invece la condizione, fra le sicure componenti del contenuto, potendone invece rimanere estranea⁶⁶.

⁶⁵ WINDSCHEID, *Die Lere*, cit., 1.

⁶⁶ V., sul punto, l'esatto rilievo di CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 248, 249, il quale, nel ricordare i requisiti che Windscheid ritiene sufficienti per configurare la presupposizione (il suo inserimento, anche tacito, nella dichiarazione di chi su di essa si basa e la riconoscibilità di questa da parte dell'altro contraente, senza bisogno che questi la condivida) trae conferma dell'estraneità, nel pensiero dell'autore, dell'equiparazione della presupposizione alla condizione, quale componente del contenuto contrattuale.

Le critiche alla teoria sono note e si incentrano fondamentalmente sul rilievo della pericolosità di tale ricostruzione ai fini della certezza giuridica. Si critica, cioè, l'eccessiva rilevanza attribuita alla volontà del dichiarante che presuppone, rispetto a quella riservata alla tutela dell'affidamento di chi tale dichiarazione riceve, soprattutto con riferimento alla mera riconoscibilità quale condizione di rilevanza del motivo (determinante) presupposto⁶⁷.

A prescindere, comunque, dalle critiche rivolte alla teoria della presupposizione nella sua originale formulazione e dalle successive varianti che rispetto ad essa sono state proposte nel tentativo di delimitarne i confini operativi e di contemperare in tal modo le esigenze di tutela dell'affidamento della controparte, ciò che appare soprattutto rilevante ai nostri fini è chiarire se, ed in base a quali rilievi, la presupposizione venga considerata quale strumento di controllo e, quindi, di limite all'esplicarsi dell'autonomia privata.

Il che dipende, a nostro avviso, dalla circostanza che il presupposto e, cioè, la sua rilevanza, venga ricondotta all'interno del contenuto del contratto, inteso come la regola che rappresenta il portato dell'espressione dell'autonomia negoziale o se, invece, essa debba ricollegarsi alla prospettiva dinamica dell'idoneità del contratto stesso a porsi quale fonte di effetti giuridici, ovverosia al procedimento di formazione del contratto, poiché solo nel primo caso essa assumerebbe la reale funzione di controllo e confine dell'atto di privata autonomia.

E, proprio dal rilievo dello stretto legame fra la presupposizione e l'autonomia privata, prende le mosse una particolare ricostruzione della problematica in questione,⁶⁸ affermando che la funzione del contratto, quale strumento

⁶⁷ Muove questa critica, fra gli altri, LENER, *Die lehre*, cit., 225.

⁶⁸ È la dottrina di SCHMIDT - RIMPLER, *Zum problem der Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für Nipperdey*, München-Berlin, 1955, 12.

attraverso cui si esprime l'autonomia privata, è quella di determinare un giusto assetto d'interessi.

La ragione del vincolo giuridico che nasce dal contratto, ossia la sanzione da parte dell'ordinamento, della volontà dei contraenti, si ricollegerebbe in tale prospettiva al riconoscimento di tutela di un equo atteggiarsi degli interessi privati.

Naturalmente, in ossequio al tradizionale insegnamento della dottrina economica liberista, questa dottrina non manca di precisare che sussiste una presunzione di giustizia del contratto in quanto espressione della volontà delle parti a cui è rimessa, in via esclusiva, la valutazione della convenienza e, quindi, della così intesa, giustizia dello scambio.

Ma, ogniqualvolta la valutazione dei termini dell'accordo sia inficiata dall'erronea considerazione di un presupposto, il contratto perde la sua idoneità a porsi quale veicolo di quel giusto assetto d'interessi su cui l'ordinamento fonda la sua positiva valutazione.

Emerge con chiarezza, dal percorso argomentativo, un capovolgimento della comune impostazione sull'irrilevanza dei motivi e l'affermazione di un generale principio di rilevanza degli stessi, nella misura in cui, essendo l'insieme dei motivi la base della valutazione dell'assetto degli interessi da regolare contrattualmente, l'errore di un contraente su un motivo diviene, per sua natura, rilevante, mentre la dimensione dell'eccezionalità viene ricondotta all'irrilevanza, poiché è rispetto ad essa che si impone la necessità di una particolare giustificazione⁶⁹.

Questa particolare giustificazione che limita la normale rilevanza dell'errore sul motivo viene individuata nella necessità di tutela dell'affidamento della controparte.

⁶⁹ SCHMIDT – RIMPLER, *Zum Problem*, cit., 11

Il punto d'incontro, che segna i confini di rilevanza della presupposizione, viene colto, infine, nell'essere la circostanza presupposta erroneamente presa in considerazione anche dall'altro contraente nella valutazione dell'assetto d'interessi regolato con la stipulazione del contratto.

Ma, al di là delle critiche rivolte a questa teoria, soprattutto a proposito della sufficienza del criterio delimitativo della rilevanza dell'errore sul presupposto, ai fini di una piena tutela dell'affidamento della controparte, pare potersi segnalare una certa contraddizione della dottrina stessa in ordine al rapporto che essa afferma fra la rilevanza del (errore sul) motivo e l'autonomia privata⁷⁰

Come già accennato, per considerare la presupposizione nel quadro dei limiti posti all'operare dell'autonomia privata occorre ricercare l'oggetto della valutazione da parte dell'ordinamento all'interno del nucleo essenziale attraverso cui si esprime la suddetta autonomia e non nella idoneità delle sue modalità espressive.

Porre, quindi, la "giustizia" dell'assetto degli interessi determinato contrattualmente quale parametro di valutazione positiva da parte dell'ordinamento ai fini degli effetti da assegnare all'attività negoziale e ricondurre poi la rilevanza della presupposizione (quale elemento che comportando il venir meno della presunzione di giustizia soggettiva del contratto) in chiave di rilevanza dei motivi, significa forse confondere due piani e profili distinti.

La regola contrattuale, in seno alla quale, il motivo ha trovato la sua espressione, rappresenta essa stessa il portato dell'autonomia delle parti contraenti ed è su di essa, autonomamente, che la valutazione dell'ordinamento deve

⁷⁰ Un rilievo adesivo, circa l'inquadramento della problematica della presupposizione all'interno dei limiti posti all'autonomia privata, si trova in BLOMEYER, *Fortschritte der modern Schuldrechts dogmatik*, in «Arch. Fur civ.», Praxis, 154, 1995, 527.

incentrarsi, poiché la regola medesima contiene in sé la ragione della sua rilevanza.

Diversamente, impostando il giudizio sulla rilevanza che il motivo ha assunto nella determinazione della regola pattizia, si configura una valutazione esterna al contenuto del contratto, mentre all'interno del medesimo il motivo presupposto trova ingresso esclusivamente nella prospettiva di una ricostruzione diacronica della fattispecie, relativa alla formazione dell'atto negoziale e che, pertanto, non riguarda il vaglio del rispetto dei confini posti all'autonomia privata, ma solo le modalità attraverso cui essa deve esplicitarsi.

I tentativi di ricostruzione della rilevanza della presupposizione hanno, allora, seguito altri percorsi.

Un primo indirizzo si è concentrato nel tentativo di rintracciare una regola, all'interno del contenuto del contratto, che consentisse di enucleare una specifica disciplina relativa alle ipotesi di mancanza della circostanza presupposta, individuandola in un accordo fra le parti espresso per il tramite di una mera enunciazione alla quale, tuttavia viene assegnato un valore dispositivo.

Questa enunciazione, in altri termini, avrebbe il valore di attribuire al contratto uno specifico scopo concreto, che diverrebbe parte integrante del contenuto negoziale ed in relazione al quale assumerebbe rilievo l'ipotesi della mancanza del presupposto⁷¹.

Difficoltosa, tuttavia, appare l'attribuzione del valore dispositivo ad una formulazione enunciativa in ordine allo scopo del negozio che, seppure comune ad entrambi i contraenti ed

⁷¹ In questo senso parrebbero orientati, Bigiavi, In materia di presupposizione, cit., 173, nonché, L. FERRARA, *Accenni sulla presupposizione*, in «Foro it.», 1939, I, 84.

espresso nel testo del contratto, rimarrebbe pur sempre un motivo.⁷²

Una differente prospettiva ha proposto una soluzione in chiave strettamente ermeneutica.

La regolamentazione contrattuale della presupposizione, sulla cui ricerca anche questo tentativo si fonda, non viene qui rintracciata nel valore dispositivo dell'enunciazione sul presupposto, elevata a rango di scopo del negozio, bensì ricostruita per il tramite di un'interpretazione di buona fede della regola contrattuale, considerata nel suo complesso⁷³.

Rispetto a siffatta prospettiva, senza voler sottovalutare gli importanti riflessi che la dimensione interpretativa può avere sulla problematica della presupposizione, comune è il rilievo della vaghezza che ogni richiamo alla nozione di buona fede comporta inevitabilmente.

Pare, cioè, che l'interpretazione del contratto (sia pure secondo buona fede) possa svolgere la finzione di evitare, laddove possibile, la questione del rilievo del presupposto, e della sua mancanza, piuttosto che risolverla.

È indubbio che un'interpretazione del contratto che ricerchi un contenuto, anche implicito, del medesimo, sarà utile al fine di enucleare una pattuizione dei contraenti che in qualche modo abbia condizionato l'operatività del contratto all'esistere od al sopravvenire di un presupposto; così come l'attenta analisi anche delle enunciazioni presenti nel contenuto del contratto,

⁷² Questo rilievo, pur con diversità di accenti, è stato espresso da GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in «Riv. it. per le scienze giuridiche», 1937, 337., 339; MENGONI, in «Riv. dir. comm.», 1953, I, 257; MARTORANO, cit., 69; CATAUDELLA, cit., 273, 274.

⁷³ Alla buona fede, quale parametro ermeneutico idoneo a ricostruire una disciplina pattizia della mancanza del presupposto, si sono richiamati, STOLFI, *Il principio di buona fede*, cit., 174; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., 444; MENGONI, cit., 255; GALLO, *Della presupposizione*, in «Giur. compl. Cass. civ.», 1952, II, 885; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., *passim*. Nella letteratura tedesca, fra gli altri, cfr., KAUFMANN, *Das Wesen des Volkerrechts und die clausola rebus sic stantibus*, cit., 100.

potrebbe servire ad individuare, con maggiore chiarezza, l'oggetto della prestazione dedotta⁷⁴.

Maggiori perplessità, invece, possono manifestarsi laddove il ruolo dell'interpretazione, fuoriesca dall'analisi della concreta regolamentazione testualmente formulata e, in rapporto al concetto di buona fede, tenda ad un'astrazione e generalizzazione⁷⁵.

In generale, tuttavia, si può osservare come, delimitando l'osservazione ai contratti a prestazioni corrispettive, il presupposto che sia stato comune ad entrambi i contraenti ed abbia rappresentato la base comune nella valutazione dell'assetto d'interessi, abbia determinato, per ciò stesso, il delinearli strutturale del regolamento.

Sulla scorta di questa generale considerazione, è parsa legittima⁷⁶, a fianco dell'indagine sulla rilevanza dell'errore sul presupposto, quale momento d'incidenza sul processo volitivo dei contraenti, anche un'indagine sulla rilevanza che il presupposto ha assunto nella concreta configurazione del contenuto contrattuale.

Piuttosto che approfondire i collegamenti fra l'atteggiamento psicologico dei contraenti e la regola contrattuale si è dato rilievo al confronto fra la situazione di fatto nell'ambito della quale il negozio era in teoria destinato a spiegare i suoi effetti e quella in cui, concretamente, esso il spiega; il paragone, cioè, può farsi fra due diverse configurazioni dell'assetto d'interessi: quello che il contratto era stato, dai contraenti, finalizzato a creare e quello che, invece, risulta in concreto idoneo ad attuare.

⁷⁴ Su questa specifica funzione dell'interpretazione, cfr. MARTORANO, cit., 90

⁷⁵ Va poi tenuto presente che piuttosto rara appare la possibilità di estrapolare dal contenuto del contratto una regola che disciplini la situazione, proprio in quanto la certezza del presupposto impedisce, il più delle volte, un'autonoma presa in considerazione, anche implicita, della sua mancanza

⁷⁶ Cfr., in particolare COLESANTI, cit., 394 e CATAUDELLA, cit., 300 ss

Questa differenza fra la realtà e la rappresentazione, che di essa si sono fatti i contraenti, determina un'alterazione dell'equilibrio delle prestazioni, ovverosia altera i termini dello scambio rispetto al modo in cui essi li avevano pensati.

La ricostruzione in questi termini della problematica si propone quindi di individuare nella regola contrattualmente posta l'oggetto della valutazione dell'ordinamento, ma la possibilità di ricondurre la rilevanza di siffatta alterazione del sinallagma, all'interno del contenuto del contratto, quale difetto o vizio di un elemento del medesimo, passa necessariamente attraverso la dimostrazione che l'equilibrio del contratto, e la sua conservazione, rappresentino un elemento caratterizzante di questa categoria contrattuale, legittimando l'ordinamento ad una reazione contro eventuali alterazioni di siffatto equilibrio.

Complessa è la verifica della premessa proprio perché controversa è la nozione stessa di corrispettività.

Alla precisa enucleazione di questa nozione si frappone, com'è noto, l'incertezza manifestata dalla dottrina in ordine ai limiti concettuali che essa incontra in rapporto alle nozioni di bilateralità⁷⁷ e di onerosità⁷⁸

⁷⁷ Con riferimento al primo aspetto, fino dalla codificazione attuale, la dottrina si è interrogata sui rapporti intercorrenti fra il contratto a prestazioni corrispettive e quello bilaterale, che trovava una definizione nell'art. 1099 del codice Cattaneo.

Da un lato si colloca la dottrina, oggi minoritaria, che vede nell'odierno contratto a prestazioni corrispettive l'antico contratto bilaterale, ponendosi il primo come una "sostituzione" (così BRANCA, *Istituzioni*, cit., 462) ovvero un "equivalente" (così, MESSINEO, *Dottrina generale*, cit., 462) o, ancora una "versione moderna" (ID., Voce "Contratto", cit., 195) del secondo. In questo senso, cfr. anche BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, 262, nonché OSTI, voce "contratto", cit., 490.

In forza di tale accostamento, la nota caratterizzante del contratto a prestazioni corrispettive (quale derivazione di quello bilaterale) viene individuata nella interdipendenza delle obbligazioni o prestazioni (o nel sinallagma secondo una terminologia mutuata dal codice Napoleone); la suddetta interdipendenza, infatti, per i contratti bilaterali aveva rappresentato la spiegazione di quella nota caratterizzante i medesimi che il richiamo dell'art. 1099 del codice previgente all'art. 1165 induceva a rintracciare nella risolubilità per inadempimento.

Nel senso, invece, di una portata innovativa della codificazione del '42 e di una impossibilità di accostamento della due figure, cfr., MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano,

In modo particolare rispetto alla nozione di onerosità una forte suggestione ha esercitato sugli esegeti del nuovo codice il ricordo della definizione contenuta nell'art.1101 del codice abrogato secondo cui "è a titolo oneroso quel contratto nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio". Da ciò l'equivalenza delle attribuzioni o dei vantaggi dovrebbe, a rigore, ritenersi caratteristica essenziale del contratto a prestazioni corrispettive laddove si ritenga di assimilarlo al contratto oneroso.

Tuttavia, prescindendo dalla possibile equiparazione fra i concetti di corrispettività ed onerosità⁷⁹ e della verifica dell'esattezza dell'affermazione secondo cui la nota tipica dell'onerosità sia rappresentata dall'equivalenza delle attribuzioni reciproche⁸⁰, l'indagine che, senza apriorismi, consente di verificare quale valore l'equilibrio contrattuale assume nella valutazione dell'ordinamento, deve incentrarsi sull'analisi della disciplina positiva dettata per i contratti a prestazioni corrispettive.

Il dato positivo, cioè, rappresenta l'unico parametro per cogliere il senso di quel nesso di reciprocità che, quasi

1942, 184; DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1948, 26; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 216; SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano - Varese, 1960, 6; PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, 29.

⁷⁹ Pur con diversità di formulazioni sovrappongono le due nozioni: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 211 ss; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 217; CARRESI, *Il contenuto del contratto*, cit., 392. Ritieni, al contrario, indebita questa assimilazione, SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, cit., 79; MESSINEO, *Contratto*, cit., 918 ss; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., 255; PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, cit., 73 ss, soprattutto con riguardo alle difficoltà dell'inserimento del contratto di società, sicuramente oneroso, fra i contratti a prestazioni corrispettive.

⁸⁰ In questo senso DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, Messina - Milano, 1933, 253, nonché, CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1914, 195. Dubbi sul punto sono stati espressi, in particolare da SCALFI, *Corrispettività ed alea*, cit., 106 ss e da CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 305, 306.; ma, già sotto il codice previgente, v. BARASSI, *Giusto salario*, cit., 13 nonché MONTEL, voce "Lesione", in *Nuovo Dig. It.*, Torino, 1938, 774.

unanimemente è riconosciuto dalla dottrina quale carattere di fondo dei contratti a prestazioni corrispettive⁸¹.

Che non sussista la base normativa per affermare che la reciprocità che caratterizza i contratti a prestazioni corrispettive abbia ad oggetto una proporzione oggettiva tra i sacrifici patrimoniali dei contraenti è un rilievo ormai comune⁸².

Oltre ai casi dei corrispettivi imposti per legge, che meritano una trattazione separata, ed alle disposizioni in materia di lavoro⁸³ che presentano una loro particolare specificità, le uniche ipotesi nelle quali l'ordinamento consente una determinazione giudiziale dello scambio, su basi oggettive, sono quelle in cui manchi la determinazione pattizia, come, ad esempio, nei casi dell'art.1657 oppure dell'art.1709, sul mandato oneroso, ovvero dell'art.1733, circa la misura della provvigione non determinata dalle parti.

Analogamente, per le previsioni degli artt.1537 e 1538, in tema di rettifica del prezzo nella vendita a corpo ed a misura,

⁸¹ Si parla, a tale riguardo, di una relazione di scambio fra due attribuzioni legate da un nesso di causalità giuridica (DE SIMONE, cit., 48); oppure di reciprocità fra le utilità che le parti si propongono di conseguire tramite il contratto (SCALFI, Corrispettività e alea, cit., 57) o, ancora, di scambio in senso giuridico - e non economico a cui ogni negozio con contenuto patrimoniale darebbe vita - attuato con un unico strumento negoziale e consistente in un reciproco trasferimento di beni o servizi (PINO, Il contratto a prestazioni corrispettive, cit., 159). Pone in luce la relazione causale fra le prestazioni anche SANTORO PASSARELLI, *Dottrine*, cit., 224 s, nonché, MESSINEO, *Contratto*, cit., 910.

⁸² Cfr., in questo senso, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino Napoli, 1994, 335, che, con particolare riguardo al criterio interpretativo dell'art.1371 afferma che tale criterio rappresenta uno strumento scarsamente plausibile nella sua discrezionalità e una forma pericolosa d'interpretazione correttiva.; OSTI, voce "Contratto", in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 489; REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1959, 347; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grasso e Santoro Passarelli, Milano, 1966, 282; G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., 258. Nel senso, invece della presenza nel nostro ordinamento di un principio di adeguatezza del sacrificio patrimoniale si era, in un primo momento espresso SANTORO PASSARELLI, *Dottrine*, cit., Napoli, 1962, 182, ma il medesimo autorevole studioso ha modificato il proprio parere nell'edizione successiva dello stesso scritto, p. 184.

⁸³ Sulla nozione di equivalenza, con particolare riguardo ai rapporti di lavoro, cfr. BARASSI, *Giusto salario e salari anormali, contributo al concetto di equivalenza nei contratti onerosi di scambio*, in «Riv. dir. comm.», 1917, 1 ss

nonché dell'art.1664, sulla revisione dei prezzi nel contratto d'appalto.

Si tratta di ipotesi nelle quali il metro oggettivo di scambio si rende necessario per ovviare alla mancanza od inattendibilità della determinazione pattizia⁸⁴.

A fronte del rigetto, unanime, della teoria dell'equivalenza oggettiva, altrettanto unanime è stata la tendenza a ravvisare il significato della reciprocità che caratterizza i contratti a prestazioni corrispettive, nell'equivalenza soggettiva⁸⁵.

Ma, a fronte dell'utilizzo, sostanzialmente comune di questa formula riassuntiva, è dato ravvisare in essa un'intrinseca equivocità che deriva dalla diversità dei modi in cui può essere intesa e del significato che, per ciò, può assumere.

La soggettività dell'equivalenza, infatti, può essere ricondotta, anzitutto, alla valutazione che i contraenti attribuiscono al bene od al servizio oggetto dello scambio, in relazione al valore di mercato degli stessi.

E, certamente, questo è un parametro frequentemente utilizzato dalle parti nei contratti di scambio, ma sicuramente non ne rappresenta la nota caratterizzante, non potendosi prestare a generalizzazioni; è, anzitutto un dato acquisito, anche dalla dottrina economica, che non è il prezzo di mercato a potersi considerare come il metro di valutazione dell'adeguatezza del corrispettivo convenuto nel singolo scambio, bensì, al contrario, è il prezzo liberamente scelto dalle

⁸⁴ Su queste ipotesi e sulla loro inidoneità a fondare un principio di equivalenza oggettiva, cfr., CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 310/313 e, più di recente, LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in «Contr. Impr.», 1986, 311 ss

⁸⁵ in questo senso, fra gli altri, v. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 254; OSTI, *Contratto*, cit., 491; MESSINEO, *Contratto*, cit., 918; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., II, 276. Sotto il codice previgente, con particolare riguardo al contratto di lavoro ed in un'ampia prospettiva, anche storica, cfr. ID, *Giusto salario e salari anormali*, cit., in partic. 14,

parti a poter influire sul mercato ed eventualmente modificare i relativi valori.

Inoltre la prestazione ricevuta può ricollegarsi, nell'idea di chi la riceve, ad una proiezione futura, nella prospettiva di una sua particolare utilizzazione o nella previsione di un incremento di valore della stessa o, ancora ad uno specifico interesse a cui viene attribuito un particolare rilievo.

In tutte queste ipotesi l'equivalenza soggettiva dello scambio non può trovare nella considerazione ad opera delle parti del parametro "oggettivo" del valore di mercato, alcuna utilità ricostruttiva⁸⁶.

Un diverso modo d'intendere il concetto di equivalenza soggettiva è quello che fa leva sulla valutazione che le parti fanno circa l'utilità che, in relazione agli interessi che i medesimi si propongono di soddisfare, lo scambio è idoneo a realizzare.

In questa prospettiva, ciascuno dei contraenti si risolve allo scambio allorché ritiene di trarre dal medesimo una utilità marginale (quella che cioè residua nel raffronto soggettivo fra ciò che si riceve e ciò che si da) e, pertanto, l'equivalenza soggettiva fra le prestazioni altro non è che la coincidenza di apprezzamenti soggettivi circa le rispettive utilità marginali⁸⁷ ovvero il giusto rapporto di reciproca convenienza tra le prestazioni⁸⁸.

⁸⁶ In realtà, il riferimento al valore di mercato, ed alla sua adozione quale frequente parametro di valutazione dello scambio, era stato proposto per controbattere alla teoria di JERING, secondo cui in ogni contratto di scambio ciascun contraente ritiene che la prestazione ottenuta rappresenti un valore economico superiore a quello della prestazione data (*Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1884, 121, 122). Sulla critica a questa impostazione, v., in particolare, OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, 1912, 47. Sul punto specifico v. anche BARASSI, *Giusto salario*, cit., 2, alla nota 3, dove si afferma che, implicitamente, lo stesso JERING, (op ult. cit., 38), si sarebbe reso conto del limite delle proprie affermazioni.

⁸⁷ Così, BARASSI, *La teoria*, cit., 282.

⁸⁸ In questo senso GATTI, *Adeguatezza*, cit., 442, il quale precisa come a proposito questo giusto rapporto sia preferibile parlare di adeguatezza piuttosto che di equilibrio, affinché il linguaggio dei giuristi non diverga da

Ma anche rispetto a siffatta prospettazione occorre chiedersi se ad essa si intende assegnare un valore meramente descrittivo, od invece una valenza qualificatoria di una data fenomenologia; occorre, cioè, chiarire se con essa si descrive la ragione che induce alla conclusione di un contratto di scambio o se, invece, si indica il modo attraverso cui lo scambio, per il tramite dell'istituto contrattuale, deve atteggiarsi.

Se, cioè, si intende il significato dell'affermazione dell'equivalenza soggettiva, quale carattere essenziale dei contratti a prestazioni corrispettive, nel senso della piena libertà delle parti nella determinazione del contenuto contrattuale, anche sotto il profilo della determinazione della misura dello scambio, si dovranno inquadrare i rimedi della rescissione e della risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità nel novero delle eccezioni al principio dell'equivalenza soggettiva⁸⁹; se, al contrario, si intende che l'equivalenza soggettiva rappresenta il principio che, secondo l'ordinamento, deve sottendere ad ogni contratto di scambio, le medesime disposizioni dovranno vedersi come il fondamento stesso di tale principio, in quanto tese a tutelare proprio l'equivalenza o adeguatezza soggettiva.

In questa evidente contraddizione sta tutta l'equivocità del richiamo alla nozione (pur analogamente intesa) di equivalenza o adeguatezza soggettiva⁹⁰.

Pertanto, appare corretta l'affermazione secondo cui il concetto di adeguatezza de quo, ossia quello che individua nelle rispettive utilità marginali i termini del rapporto a cui il giudizio

quello degli economisti creando ostacoli ad una piena integrazione epistemologica: equilibrio, nel linguaggio economico, significa uguaglianza fra le utilità marginali delle prestazioni, mentre il punto d'incontro che si raggiunge con la conclusione del contratto si colloca semplicemente all'interno del "luogo dei prezzi possibili" dove ciascun contraente è in grado di beneficiare della rendita dello scambista, ma che raramente si colloca in un posizione perfettamente intermedia (op cit., 443, in partic. nota 41)

⁸⁹ in questo senso cfr., MESSINEO, *Contratto*, cit., 254, 279.

⁹⁰ Così GATTI, *L'adeguatezza* cit., passim, il quale ravvisa nell'ordinamento un complesso di norme tese alla tutela dell'adeguatezza soggettiva.

di adeguatezza va riferito, non fornisce alcun criterio né oggettivo, né “soggettivo”, per accertare la misura del rapporto medesimo; in base a siffatta nozione, infatti, non v'è modo di accertare, né le utilità marginali che ciascun contraente trae dallo scambio, né il rapporto fra le reciproche utilità marginali, di talché appare ben difficile l'accertamento della misura in cui il rapporto è stato alterato⁹¹.

Si potrebbe, perciò, dedurre recisamente che l'equivalenza o adeguatezza delle prestazioni (anche se intesa sotto un profilo – descrittivamente esatto – in termini soggettivi) non costituisce un requisito essenziale dei contratti a prestazioni corrispettive e non assume, quindi, alcuna autonoma rilevanza nella valutazione dell'ordinamento ai fini di una possibile reazione contro l'eventuale turbamento della stessa.

Resta, tuttavia da esaminare la prospettiva ulteriore di un diverso modo d'intendere il controllo dell'ordinamento sul contratto. Se, cioè, tale controllo non può essere esercitato direttamente sull'equilibrio delle prestazioni non essendo questo un requisito del contratto, ciò non toglie che il rapporto fra autonomia privata ed ordinamento giuridico comporta, necessariamente la subordinazione della rilevanza giuridica del contratto al positivo apprezzamento dell'ordinamento.

Gli stessi effetti del contratto rappresentano la risposta che l'ordinamento dà alle dinamiche contrattuali in relazione alla valutazione che su di esse compie⁹².

Pertanto, poiché l'inserimento di un contratto in uno schema tipico presuppone soltanto l'individuazione in esso delle note formali che caratterizzano quella tipologia, e cioè la sua idoneità strutturale a realizzare interessi meritevoli di tutela,

⁹¹ La considerazione è di CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 319. Secondo questo A. la ricostruzione di un principio generale di adeguatezza proposto da GATTI, *L'adeguatezza*, cit., 443, incontrerebbe come limite propria l'assenza di un punto di riferimento per la determinazione dei limiti massimi di tolleranza, il cui superamento comporterebbe la reazione dell'ordinamento.

⁹² Così, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 3

deve ritenersi ammissibile un controllo ulteriore dell'ordinamento circa l'idoneità in concreto del contratto medesimo a realizzare quegli interessi a cui, solo astrattamente, il tipo prescelto rinvia.

L'ammissibilità di questo ulteriore controllo presuppone quindi la scissione concettuale della funzione in astratto e di quella in concreto riconducibile al contratto; e tale scissione appare coerente con i risultati cui perviene quella dottrina che distingue fra causa e tipo nella misura in cui assegna al secondo la definizione di funzione economico-sociale, in astratto idonea ad essere realizzata e, da esso, emancipa la prima assegnandole la qualifica di funzione economico-individuale, da accertarsi in concreto⁹³.

Proprio lo scorporo fra funzione astratta e funzione concreta sta alla base del tentativo⁹⁴ di ricondurre, per questa via, all'interno del contenuto contrattuale l'oggetto della valutazione dell'ordinamento circa il requisito della corrispettività (se non dell'adeguatezza) delle prestazioni.

Si afferma, cioè, che nei contratti a prestazioni corrispettive il particolare atteggiarsi della fattispecie di scambio ne rappresenta la funzione concreta, di talché la corrispondenza fra funzione astratta e funzione concreta passa sempre attraverso la verifica della effettiva idoneità del contratto a realizzare, nell'economia dei contraenti, la funzione di scambio che essi hanno inteso attribuirgli.

Pertanto, quando si verifichi un'alterazione tale che il rapporto fra le prestazioni fuoriesca dall'ambito di quelli che consentano a ciascun contraente di trarre un'utilità marginale (ultra dimidium), si deve escludere che il contratto assolva in concreto ad una funzione di scambio e ciò giustifica la reazione dell'ordinamento (rescissione) che trova la sua ragione, quindi,

⁹³ G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., passim.

⁹⁴ È la prospettazione di CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, 319 ss

non nel turbamento dell'equivalenza, ma nella non conformità della fattispecie concreta alla fattispecie astratta.

Ma, anche siffatta prospettazione, pur pregevolmente sostenuta, non si sottrae a rilievi critici.

Se, infatti, come precisa questa stessa dottrina, le ragioni dello scompenso nella proporzione fra le prestazioni e, quindi della funzione concreta, rispetto a quella astratta, va ricercata nel processo di determinazione volitiva dei contraenti, turbato in concreto da una situazione che ha esercitato una pressione psicologica sui soggetti, è evidente che la valutazione negativa dell'ordinamento avrà per oggetto il cattivo apprezzamento dell'operazione negoziale che ne deriva, rimanendo lo scompenso del sinallagma in una prospettiva indiretta quanto alla sua rilevanza nella valutazione dell'ordinamento.

Si può forse concludere, con un'autorevole dottrina, che, nella prospettiva del codice, la "realizzazione e la conservazione dell'equilibrio contrattuale non si pone proprio come fine primario dell'ordinamento".

Con tale affermazione non si intende certo negare che l'equilibrio delle prestazioni, anche nella prospettiva codicistica, rivesta in talune situazioni una particolare rilevanza, ma si tratta di una rilevanza che non è mai *ex se* e che deve essere sempre ricondotta ad un ruolo indiretto.

Riprendendo la distinzione fra i due diversi ambiti nei quali è possibile raggruppare⁹⁵ i limiti posti dall'ordinamento all'autonomia privata, quello che attiene al procedimento di formazione dell'accordo, rispetto al quale il controllo dell'ordinamento ha per oggetto la "genuinità" della concreta esplicazione dell'autonomia privata, e quello che attiene alla regola contrattuale posta, quale portato vero e proprio di questa autonomia, l'equilibrio del contratto, quando assume rilievo, l'assume in seno al primo e non al secondo dei due ambiti.

⁹⁵ l'incisiva espressione è di SCHLESINGER, *L'autonomia privata*, cit., 231.

Lungi dall'essere oggetto diretto di valutazione, lo squilibrio si pone come lo strumento che attribuisce all'ordinamento la legittimazione ad una particolare indagine su quella disfunzione procedimentale che lo squilibrio medesimo lascia intravedere.

Se, dunque, pare esatta l'affermazione per cui "Il giurista desidera – ha sempre desiderato – che il contratto previsto e regolato dal diritto sia giusto" e "respinge istintivamente l'idea di un contratto ad un tempo ingiusto ed efficace"⁹⁶, altrettanto esatto pare il richiamo alla nota formula coniata da *Fouillè* "*qui dit contractuelle dit juste*" che emerge dall'esame del dato positivo posto dal sistema codicistico, mancando, in esso, una norma generale che reagisca all'ingiustizia del contratto⁹⁷.

E ciò, non solo con riguardo alla giustizia intesa come equivalenza soggettiva delle prestazioni o dei valori scambiati, il che pare ovvio, come si è visto, quantomeno dalla codificazione attuale, ma anche con riguardo all'equilibrio inteso in senso soggettivo, poiché anche tale nozione non penetra all'interno della regola contrattuale nella valutazione dell'ordinamento, ma ne rimane all'esterno⁹⁸.

Questa estraneità, del resto è evidenziata dalla dottrina più autorevole secondo cui l'unico controllo possibile sulla giustizia del contratto è quella che ha per oggetto la "regolarità

⁹⁶ Così SACCO, *Autonomia contrattuale*, cit., 3.

⁹⁷ Né, del resto, è facile rammaricarsene, poiché "un legislatore che si impegnasse con troppo entusiasmo nella lotta per la giustizia suggerirebbe al contraente pentito l'impugnativa intitolata al vizio dell'ingiustizia e ciò creerebbe un clima di incertezza incompatibile con una delle funzioni primarie del contratto che è quella di offrire alle parti ... l'appoggio che possono offrire rapporti giuridicamente certi e indiscutibili" Sacco, op. ult. cit., 5

⁹⁸ Diversamente le conclusioni di CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 324 il quale afferma che lo squilibrio delle prestazioni (oltre certi limiti) determinando uno scompenso fra la funzione astratta e la funzione concreta del contratto giustificerebbe la reazione dell'ordinamento sulla regola posta, appunto, non conforme.

formale del giuoco contrattuale”⁹⁹ e che “l’ordinamento interviene solo a controllare il quadro esterno entro il quale le scelte e le decisioni degli operatori sono state assunte e devono essere portate ad esecuzione”¹⁰⁰.

La “giustizia del prezzo” consiste, dunque, nella “legalità della sua formazione”¹⁰¹.

⁹⁹ P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 352, ove si afferma, altresì che un contratto valido perché lecito e consapevolmente voluto, è un contratto giusto.

¹⁰⁰ ROPPO, voce *Contratto*, in Dig. Disc. Priv., sez. civ., IV, 1989, 87.

¹⁰¹ Così, IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 74. Di recente, anche PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all’equità nei rapporti contrattuali*, cit., 309, afferma, con riferimento al sistema codicistico: “l’iniquità dello scambio non rileva in modo autonomo, ma solo se ancillare ad una anomalia intervenuta nella procedura di contrattazione.

**EQUILIBRIO CONTRATTUALE E AUTONOMIA
PRIVATA NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO
EUROPEO**

1. - Premessa: i contratti dei consumatori e i contratti commerciali 2. - L'equilibrio del contratto nei principali indici normativi introdotti dalla legislazione di derivazione comunitaria. a) Nei rapporti di consumo: la disciplina delle clausole abusive; lo statuto dei diritti dei consumatori e degli utenti. B) Nei rapporti fra imprese: Gli accordi sui termini di adempimento; l'abuso di dipendenza economica 3. - Diversi livelli di controllo sull'equilibrio, nei contratti dei consumatori e nei contratti fra imprese; una prospettiva di coordinamento: diritto contrattuale e diritto della concorrenza 4. - Il paradigma dell'equilibrio contrattuale nei Principi UNIDROIT e nei Principi elaborati dalla Commissione Lando 5. - Possibile rilievo autonomo dello squilibrio contrattuale 6. - Verifica di questa possibilità nel vaglio (dell'attualità o meno) dei presupposti su cui si fonda l'idea tradizionale dell'irrelevanza autonoma dello squilibrio delle prestazioni: a.) La perdita di centralità della fattispecie contrattuale b.) il diritto privato europeo quale strumento di strutturazione del mercato e della concorrenza 7. - Profili ricostruttivi delle linee di tendenza del sistema: equilibrio contrattuale e tutela del contraente debole; equilibrio contrattuale e oggettività dello scambio.

1. Premessa: i contratti del consumatore e i contratti commerciali.

Se il quadro normativo di riferimento fosse quello delineato dal sistema originariamente predisposto dal codice civile, l'indagine che avesse per oggetto la giustizia dello scambio contrattuale dovrebbe considerarsi, come ebbe a fare

Montel, sarcasticamente, “quanto di più fantasioso possa immaginarsi”¹

Ma “le eterne verità del diritto dipendono per lo più dalla storia” e se “fino a pochi anni fa sarebbe sembrata ancor più che eversiva assurda una normativa sull’equilibrio del contratto”, oggi “se ne ritrovano esempi in tutti i sistemi giuridici evoluti”².

In un breve volgere di anni, infatti, attraverso una serie di interventi legislativi, essenzialmente di matrice comunitaria, il giurista è stato posto di fronte ad una molteplicità di variazioni degli indici normativi, molte delle quali incentrate sulla sindacabilità del contratto, sotto il profilo del suo equilibrio.

Si tratta di interventi di tipo trasversale, poiché riferiti, non già a singole figure contrattuali, quanto piuttosto a serie di operazione relative a beni o servizi, identificate, generalmente, in relazione alla posizione reciproca dei contraenti, ma descritte, talvolta, anche in termini soggettivamente indifferenziati.

In realtà, vi è chi distingue, all’interno delle discipline suddette, valorizzando il riferimento al settore di mercato cui si riferiscono, quelle che hanno ad oggetto particolari tipologie contrattuali, da quelle “transitipiche” o “metatipiche” che, invece, fanno leva sulla particolare contestualizzazione tecnico-spaziale della formazione del contratto³.

Ma la fondamentale nota caratterizzante, che è derivata dal diritto europeo dei contratti, è la distinzione fra due grandi

¹ MONTEL, voce “*Lesione*”, in Nuovo dig. It., Torino, 1938. Il riferimento specifico si trova in PAGLIANTINI, Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c. d. diritto all’equità nei rapporti contrattuali, in Barba (a cura di), Napoli, 2000, 295, 309.

² GENTILI, *L’equilibrio del contratto nei principi del diritto contrattuale europeo*, in *Il codice civile europeo*, 2001, 199.

³ In questo senso ROPPO, *Il contratto del 2000*, Torino, 2002, 26 il quale annovera fra le prime le discipline relative al credito al consumo (artt.121 e segg. d. lgs. 385/1993); alla vendita di pacchetti turistici (d. lgs. 111/1995); alla vendita di multiproprietà (d. lgs. 427/1998); alla vendita di beni di consumo (direttiva 1999/44/CE – oggi artt. 1519 bis. ss del codice civile), mentre, fra le seconde, quelle relative ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali (d. lgs. 50/1992) ed ai contratti a distanza (d. lgs. 185/1999)

categorie di contratti: i contratti dei consumatori ed i contratti commerciali⁴ o di diritto comune⁵.

Il contratto del consumatore, dunque, da intendersi come contratto concluso fra un consumatore ed un operatore professionale, in relazione all'acquisto di un bene o servizio offerto da quest'ultimo, emerge chiaramente come categoria autonoma e significativa del diritto dei contratti ed in Italia questa categoria ha trovato una testuale consacrazione attraverso il recepimento della direttiva n.93/13/CEE ad opera della l. 6 febbraio 1996 n.52 che ha novellato il codice civile aggiungendo il capo XIV bis al titolo II del libro IV, intitolato, appunto, "dei contratti dei consumatori".

Si riafferma, in tal modo, quel principio di "personalità del diritto" che era scomparsa dal nostro sistema attraverso la codificazione attuale che aveva abbandonato quel bipolarismo normativo che, per circa un secolo aveva trovato riscontro nella dicotomia dei codici del diritto privato: civile e commerciale⁶.

Il requisito di appartenenza ad una particolare categoria di soggetti, lo "status" di consumatore, nella sua contrapposizione "istituzionale" con il professionista, si pone dunque, quale presupposto di applicazione della particolare normativa.

⁴ Contrappone i contratti dei consumatori a quelli commerciali, ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra contratti commerciali e contratti dei consumatori)*, in «Giur. it.», 1993, IV, 57 ss, ponendo in evidenza in parallelo fra questa distinzione e quella già conosciuta nell'ordinamento italiano fra il codice civile ed il codice di commercio.

⁵ Preferisce parlare di contrapposizione fra contratti del consumatore e contratti di diritto comune ROPPO, *Il contratto del 2000*, cit., passim.

⁶ Ma, già in occasione delle celebrazioni del centenario del codice di commercio del 1882, FRANCESCHELLI, *Consumer protection, teoria dell'atto di consumo e il centenario del codice di commercio*, in «Giur. comm.», 1982, I, 773 ss, aveva profilato con notevole anticipo il ritorno, in relazione alla nozione di consumatore, al principio di personalità del diritto, e, già precedentemente, MAZZONI, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in «Giur. comm.», 1976, I, 622 ss, si poneva, in questo stesso ambito, la questione della possibile rilevanza dogmatica di questa particolare categoria soggettiva.

In questo specifico ambito, gli indici normativi che, variamente assegnano rilievo all'equilibrio del contratto, rinviando alla possibilità di un sindacato esterno, giudiziale, sulla congruità dello scambio, sono molteplici.

2. L'equilibrio del contratto nei principali indici normativi introdotti dalla legislazione di derivazione comunitaria:

a) nei rapporti di consumo: la disciplina delle clausole abusive; lo statuto dei diritti dei consumatori e degli utenti.

L'innovazione più significativa è rappresentata proprio dalla disciplina delle clausole vessatorie (o abusive) introdotte nel nostro codice agli artt. 1469 bis e ss.

L'art. 1469 bis prescrive, infatti, che nei contratti conclusi fra un professionista ed un consumatore, "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", con conseguente inefficacia (ex art. 1469 quinquies) delle medesime.

Molto si è discusso sul valore e sul contenuto della nozione di squilibrio rilevante ai fini della disposizione e, almeno inizialmente, è stata messa in luce dagli esegeti la distinzione fra equilibrio economico ed equilibrio normativo del contratto.

In forza della valorizzazione della distinzione suddetta, la disposizione legittimerebbe un sindacato del solo profilo normativo – "diritti ed obblighi" – e non anche un controllo sull'equilibrio economico del contratto⁷.

⁷ In questo senso si sono espressi, BARENGHI, *sub art. 1469 bis*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di Barengi, Napoli, 1996, 47; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in «Foro it.», 1996, 152; MONTICELLI, *sub*

A conferma di questa interpretazione viene richiamato il secondo comma dell'art.1469 ter, il quale dispone che "la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile"

In realtà, oltre al fatto che dalla disposizione si evince testualmente che quando il corrispettivo non sia stato indicato in modo chiaro e comprensibile, esso risulta direttamente sindacabile, è la stessa distinzione fra equilibrio normativo ed economico che pare essere stata oggetto di una sovraconcettualizzazione⁸.

art.1469 ter, in Clausole vessatorie e contratto del consumatore, a cura di E. Cesàro, I, Padova, 1996, 432; G.CIAN, Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori, in «Studium juris» 1996, 419; TUCCI, Clausole vessatorie o abusive e disciplina dei contratti d'investimento, in «Rass. dir. civ.», 1999, 147 e 148; TROVATORE, La definizione atipica delle "clausole abusive" tra controllo giudiziale e trattativa individuale, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1997, 981; CIOFFI, Sindacato di vessatorietà e "core Provisision", in Clausole "vessatorie" e "abusive" - Gli artt.1469 bis ss cod. civ. e i contratti del consumatore, a cura di U. Ruffolo, Milano, 1997, 205. Secondo SCHLESINGER, L'autonomia privata e i suoi limiti, in «Giur. it», 1999, 231, sarebbe proprio il valore dell'autonomia negoziale a rendere necessaria la separazione fra il profilo normativo e quello strettamente economico che, in ossequio a detto valore, dovrebbe sottrarsi ad un sindacato esterno; in senso più problematico si è espresso VOLPE, La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti, in .., secondo il quale le riflessioni sulla diversa rilevanza dell'equilibrio economico e normativo devono avere i caratteri della flessibilità; non diversamente PAGLIANTINI, Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c. d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali, in Barba, a cura di, Padova, 311 che intende le due forme di squilibrio, pur distinte, ma non completamente autonome.

⁸ Parte della dottrina, con diversità di accenti, si è espressa in senso critico sulla distinzione fra equilibrio normativo ed equilibrio economico del contratto: in questo senso cfr. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in «Foro it.», 1994, 146, "poiché ciò che è abusivo ad un prezzo può essere perfettamente equo ad un altro", nonché, con riferimento alla legge sulla subfornitura, PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in «Rass. dir. civ.», 1993, 63, il quale ritiene quasi impossibile qualificare vessatoria o meno una singola clausola di un contratto, senza prendere in considerazione l'equilibrio economico complessivo ed in modo particolare quelle clausole che sono relative all'oggetto ed al rapporto qualità - prezzo della prestazione.

Inadeguata è poi la distinzione secondo SIRENA, *Il giudizio di abusività della clausole c.d. economiche, in i diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di G. Alpa e V. Levi, Milano, 2001, 340.

In senso critico, v. anche MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, passim; TRIOANO, *Art.1469 bis, 1° comma*,

È evidente, infatti, che i diritti e gli obblighi contrattuali possono rappresentare un costo ed avere un prezzo ed uno squilibrio che si presenti in prima battuta come normativo può tradursi in definitiva in uno squilibrio dei valori economici oggetto dello scambio.

Del resto il contratto è un'operazione economica tesa a realizzare un concreto assetto d'interessi fra le parti ed il prezzo o corrispettivo di un bene o di un servizio rappresenta solo uno degli elementi che concorrono a determinare l'assetto medesimo degli interessi considerati.

I diritti e gli obblighi che scaturiscono dal contratto e che sono dallo stesso previsti, non possono considerarsi uno statuto normativo a sé stante, bensì come ulteriori elementi dell'accordo, destinati anch'essi a determinare l'assetto di interessi sotteso all'operazione economica⁹ prevista dal contratto nella sua unitarietà.

Si potrebbe dire che, così come il consumatore non può invocare la vessatorietà del contratto che faccia leva unicamente sull'adeguatezza del corrispettivo (purché esso si chiaro e comprensibile) allo stesso modo il professionista non può sottrarsi al sindacato sull'equilibrio (economico) del contratto adducendo la sola adeguatezza del prezzo o del corrispettivo del bene o del servizio.

Un secondo indice di rilevanza dell'equilibrio contrattuale, ancorché formulato in termini assai generici, è contenuto nella disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti introdotta con la l. 30 luglio 1998 n.281 che, all'art.1

*"significativo squilibrio", in Commentario agli artt.1469 bis - 1469 sexies del Codice civile, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997, 36, secondo il quale incerte appaiono le basi su cui si fonda la netta separazione fra profilo regolamentare ed economico. Di evanescenza dei confini fra le due forme di squilibrio parla anche ROPPO, *Il contratto del 2000*, Torino, 2002, 40, anche in relazione ai costi che possono derivare al consumatore dagli obblighi scaturenti dal contratto.*

⁹ Sul contratto come operazione economica V. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

comma 2°, attribuisce ai consumatori ed agli utenti, quale diritto fondamentale, quello “alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi”.

La legge, accolta con una certa freddezza dai primi esegeti¹⁰, proprio per la genericità dei riferimenti che contiene, soprattutto in ordine alla nozione di equità nei rapporti contrattuali, si caratterizza, tuttavia, per l'importante attribuzione ai consumatori ed agli utenti della titolarità di posizioni soggettive di natura sostanziale.

L'art.1 si apre con un richiamo al diritto comunitario che assume una valenza essenzialmente interpretativa, nel senso che le regole poste devono essere interpretate alla luce della normativa comunitaria, nell'ambito della quale vanno a collocarsi.

Ed in effetti sembra che una particolare valenza sistematica e di coordinamento delle linee di tendenza del sistema comunitario (per la quale si rinvia ai prossimi paragrafi) possa essere assegnata a queste disposizioni.

b) nei rapporti fra imprese: gli accordi sui termini di adempimento e l'abuso di dipendenza economica.

Ma, il profilo dell'equilibrio contrattuale non è stato preso in esame dal legislatore comunitario esclusivamente in rapporto ai cosiddetti contratti dei consumatori, bensì anche relativamente ai contratti conclusi fra imprenditori nei quali, tuttavia una delle parti si trovi rispetto all'altra, in una condizione di “inferiorità”.

Cfr., in particolare MINERVINI, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998 n.281*, in «Contratti», 1999, 398

In questo ambito si colloca il ben più specifico richiamo alla sindacabilità dell'equilibrio contrattuale contenuto nel d. lgs. 131/2002, attuativo della direttiva 2000/35/CE, sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; in essa, infatti, non solo emerge testualmente la volontà di "proibire l'abuso della libertà contrattuale" ma, in relazione a tale finalità, viene introdotto un particolare parametro alla luce del quale valutare lo squilibrio del contratto: la "grave iniquità" dell'accordo sulla data del pagamento ovvero sulle conseguenze del ritardo, in relazione alla corretta prassi commerciale ad alla natura del prodotto.

Con riguardo, poi, alla presenza della suddetta grave iniquità, viene posto in rilievo l'intervento giudiziale applicandosi, in tale ipotesi, i termini di legge, "a meno che il giudice non riporti il contratto ad equità".

Sempre nel quadro dei contratti fra imprese che si caratterizzano per una disparità di potere economico – contrattuale, va segnalata la presenza di un'altra disposizione posta a presidio dell'equilibrio del sinallagma contrattuale.

Si tratta dell'art.9 della legge 192/1998 che reagisce all'abuso di dipendenza economica: esso vieta "l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro confronti, una impresa cliente o fornitrice" e qualifica la dipendenza economica come "quella situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi" (art.9 1° comma). Il patto che, in tal modo, realizza l'abuso suddetto, è colpito da nullità (art.9 3° comma).

E la medesima legge, in modo ancor più diretto, sottopone a sindacato la congruità del contratto, nella disposizione contenuta all'art.6 3° comma; si vieta, in essa, il patto "con cui il subfornitore disponga a favore del committente

e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale”.

Quanto alla prima disposizione, essa pone il divieto di abuso di dipendenza economica, con ciò intendendo la situazione nella quale un'impresa determina, nei rapporti commerciali con un'altra, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi.

Si tratta, dunque, di una disciplina che ha inteso fornire uno strumento di tutela nell'ambito di quei rapporti fra imprese in cui uno dei due soggetti della contrattazione si colloca, se non in posizione dominante, quantomeno nella posizione di trasformare una situazione di iniziale legittima supremazia contrattuale, in una di abuso dalla stessa¹¹.

Anche in questo ambito si ripresenta il problema della distinzione fra l'equilibrio economico e quello normativo del contratto ma, oltre ai rilievi sull'evanescenza di una tale distinzione, già svolti a proposito degli artt.1469 bis ss., è dato riscontrare che quest'ultima disciplina non contiene, a differenza dell'altra, alcuna esplicita dichiarazione di irrilevanza dell'adeguatezza del corrispettivo, con ciò legittimando ad interpretare la formula “eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi”, come idonea a coprire anche gli squilibri che hanno ad oggetto prezzi e corrispettivi, tanto più che, espressamente, la

¹¹ Così, VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, cit., 312,313. In generale, sulla nuova disciplina del contratto di subfornitura, v. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura attività produttive*, Napoli, 1998; Nicolini, *subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999; DE NICOLA - COLOMO, *La subfornitura nella attività produttive*, Milano, 1998, FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella l. 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in «Contratti», 1999, 188; MORA, *Subfornitura e dipendenza economica*, ibidem, 95; GRANIERI, *Subfornitura industriale: riflessi in ambito distributivo e concorrenziale*, in «Disciplina comm.», 1999, 61; GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, in «Giur. it.», 1999, 671; CASO - PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale), scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?* In «Riv. dir. priv.», 1998, 712; De Nova, *La subfornitura: una legge grave*, ibidem, 449; OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in Mercato. Concorrenza. Regole, 1999, 9. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale.*, in «Rass. dir. civ.», 1999, 3, 639

disposizione riferisce lo squilibrio che integra l'abuso all'ambito dei rapporti commerciali fra le imprese stesse¹².

Del resto, la disposizione contenuta nell'art.9, pur contestualizzata nella legge sulla subfornitura, pare desinata ad un'applicazione generalizzata a tutti i rapporti contrattuali fra imprese laddove sia riscontrabile l'abuso che essa intende vietare.¹³

Se, infatti, la normativa in oggetto è finalizzata a proteggere quell'impresa che sia in condizione di debolezza, non è rintracciabile in essa quella ratio, che è invece sottesa alla normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori, tale da precludere l'applicazione estensiva del principio fondante, oltre i limiti dello specifico ambito soggettivo di applicazione che essa propone.¹⁴

È, infatti, possibile riscontrare come nei contratti dei consumatori la stessa connotazione del significativo squilibrio si fonda su una normativa modellata sulla strutturale debolezza del consumatore medesimo nei confronti del professionista; in ragione di tale circostanza, si è reso possibile delineare un giudizio automatico della vessatorietà, mediante un meccanismo di natura essenzialmente presuntiva, tale da precludere

¹² In questo senso, ROPPO, *Il contratto del 2000*, cit., 40. La dottrina è, del resto, concorde nell'individuare la differenza più significativa fra le due discipline, nella mancanza, in seno alla disciplina della subfornitura, della limitazione prevista dall'art.1469 ter; cfr., OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 46; CERIDONO, *Sub art.9 Commento alla legge 18 giugno 1998 n.192*, cit., 445; BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., 342, il quale ritiene che nell'ambito di una disciplina tesa a vietare l'abuso di dipendenza economica, l'eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi sia idonea ad indicare esclusivamente il contenuto economico del contratto.

¹³ In questo senso pare orientato DELL'UTRI, *La conclusione del contratto*, in Cuffaro (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, cit., 79. In termini analoghi, CASO - PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., 773

¹⁴ Parla di "carica innovativa dirompente", a proposito del principio sancito dalla normativa sul divieto di abuso di dipendenza economica, PROSPERI, *Subfornitura*, cit., 675; si esprime in termini di "norma a vocazione allargata" CASO - PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura*

qualunque margine di applicazione analogica od estensiva ad altre situazione non caratterizzate dai medesimi presupposti soggettivi di applicazione della disciplina¹⁵.

Viceversa, il divieto di abuso di dipendenza economica prescinde da valutazioni di ordine presuntivo, richiedendo in ogni caso un accertamento da effettuarsi in concreto, singolarmente, in considerazione dell'assetto d'interessi determinato contrattualmente: è da questo accertamento che si trae la debolezza del soggetto che subisce l'abuso.

Tant'è che la formulazione letterale della norma, che si caratterizza per un generico riferimento all'impresa cliente o fornitrice, autorizza un'interpretazione "bilaterale" del divieto, nel senso che l'abuso può essere determinato sia dal committente verso il subfornitore, cose che nella pratica si verifica più di frequente, sia dal subfornitore nei riguardi del committente¹⁶.

Non è, dunque un modello di strutturale debolezza quello su cui si fonda il divieto a cui deve, perciò riconoscersi portata generale.

Quanto ai limiti di questa portata generale, riconosciuta ormai dalla prevalente dottrina¹⁷, pare potersi affermare che

(industriale), *scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit, 723. Nello stesso senso, RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, 82

¹⁵ in questo senso v. CAPOBIANCO, cit., 384

¹⁶ nulla esclude che per particolari condizioni di mercato o per un particolare livello di specializzazione raggiunto dal subfornitore, quest'ultimo si collochi, rispetto al committente in condizione di relativo dominio, mancando le possibilità di una soddisfacente alternativa.

¹⁷ Fra gli altri, sulla portata generale della disposizione contenuta all'art.9 l.192/98 v., BARBA, *L'abuso di dipendenza economica*, in Cuffaro (a cura di), *La subfornitura*, cit, 297; BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sui contratti di subfornitura, nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999, 140 ss; CASO, *Subfornitura industriale. Analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1998, 286; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in «Riv. dir. priv.», 2000, 30; CUFFARO, *La disciplina delle controversie*, in *La subfornitura industriale nelle attività produttive*, cit., 372; PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole, i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in «Rass. dir. civ.», 1999, 641; CASO-PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di*

l'art.9 si ponga come clausola generale di valutazione del comportamento di un'impresa relativamente dominante rispetto ad un'altra da essa dipendente e, come tale, applicabile a qualsiasi contratto tipico o atipico¹⁸ (ad esempio anche ai contratti di *leasing* o di *franchising*¹⁹).

Il divieto posto dovrà quindi trovare applicazione in tutti i rapporti verticali tra imprese, caratterizzati da una situazione di dominazione relativa di tipo economico²⁰.

Ma può avanzarsi un'ipotesi ricostruttiva che assegna alla generalità della portata di questa disposizione un valore ancora più ampio

Il divieto di abuso di dipendenza economica potrebbe, infatti, considerarsi espressione di un principio generale del sistema, rispetto al quale apparirebbe legittima l'estensione a tutte le ipotesi nelle quali una delle parti del contratto si trovi nelle medesime condizioni di debolezza "pur senza essere imprenditore"²¹ e ciò in conformità col principio di eguaglianza che rimarrebbe disatteso laddove si attribuisse alla norma un'interpretazione "limitata ai soli soggetti imprese"²².

subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di temi migliori?, in «Riv. dir. priv.», 1998, 732.

¹⁸ Così, CERIDONIO, *sub art 9, commento alla l. 18 giugno 1998 n.192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in «Leggi civ. comm.», 2000, 431.

¹⁹ In particolare sull'applicabilità del divieto in parola a questi contratti atipici, v. MAFFEIS, *Sub art.9*, in De Nova (a cura di), *La subfornitura: Legge 18 giugno 1998 n.192*, Assago, 1998, 18.

²⁰ Di questo avviso, BENUCCI, *La dipendenza economica nei rapporti fra imprese*, in Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., 220. In senso contrario, per un'interpretazione restrittiva dell'istituto, v. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998 n.192: "correzione" dell'autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole*, in «Responsabilità, comunicazione, impresa», 1998, 406; PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in Vettori (a cura di) *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., 507; RINALDI - TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in Sposato - Coccia (a cura di), *La nuova disciplina del contratto di subfornitura nella legge n.192 del 1998*, Torino, 1999, 124.

²¹ PROSPERI, *Subfornitura industriale*, cit., 675

²² CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 384

Il che naturalmente porrebbe un problema di coordinamento con la disciplina delle clausole abusive nei contratti dei consumatori.

Ed in effetti, il dato di maggiore interesse che differenzia la disciplina introdotta dalla l. 192/98 rispetto a quella delle clausole abusive sembra potersi individuare nella autonoma considerazione che la prima assegna allo squilibrio delle prestazioni contrattuali: il controllo contenutistico, infatti, nella prospettiva di tutela del contraente "debole", rimane svincolato dalla necessità di un'indagine relativa all'integrità del consenso prestato e l'unico dato che rileva è l'obbiettivo squilibrio tra le prestazioni, che del resto rappresenta proprio la nota caratterizzante dell'abuso di dipendenza economica.

3. Diversi livelli di controllo sull'equilibrio, nei contratti dei consumatori e nei contratti fra imprese. Una prospettiva di coordinamento: diritto contrattuale e diritto della concorrenza

Volendo quindi tracciare le linee distintive, ma anche di coordinamento fra le due discipline che, diversamente, attribuiscono rilevanza all'equilibrio del contratto, possiamo svolgere le seguenti considerazioni: è evidente l'analogia che le caratterizza, essendo entrambe finalizzate alla correzione degli squilibri che derivano dalla unilaterale imposizione delle clausole contrattuali²³.

²³ Sul punto vi è una certa univocità nelle opinioni della dottrina: cfr. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., passim; MAFFEIS, in De Nova, Chiesa, Delfini, Maffeis, Salvadè, *La subfornitura*, Milano, 1998, 77; PROSPERI, *Subfornitura industriale*, cit., 643; CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico*, cit., 381; PRATI - CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999, 161.

Le differenze, tuttavia, sono notevoli: oltre che nei presupposti soggettivi di applicazione, è da rilevare come mentre nella disciplina delle clausole abusive lo squilibrio basta che sia “significativo”, nella fattispecie dell’abuso di dipendenza economica lo squilibrio deve essere “eccessivo”.

Ma la differenza di fondo che separa queste discipline, sembra potersi rintracciare nella diversa rilevanza che lo squilibrio assume nelle due ipotesi, ai fini del giudizio di validità (o efficacia).

La disciplina contenuta negli artt. 1469 bis e ss. c.c. infatti, è finalizzata alla tutela dell’effettività del consenso e, solo laddove sia da dubitare di tale effettività e consapevolezza, assume rilevanza lo squilibrio contrattuale.

La rilevanza è, dunque, indiretta.

Ciò pare dimostrato, in primo luogo dalla precisazione, contenuta nell’art. 1469 ter, per cui soltanto quando il prezzo o il corrispettivo non sia stato espresso dal professionista in modo chiaro e comprensibile, esso risulta sindacabile; in secondo luogo, dall’impossibilità di considerare rilevante lo squilibrio laddove il contratto o la singola clausola siano state oggetto di trattativa individuale (art.1469 ter 4° comma).

Da un lato, quindi, la normativa ha delineato un giudizio automatico di vessatorietà della clausola squilibrata in relazione ad un’idea di debolezza strutturale o fisiologica del consumatore rispetto al professionista, dall’altro ha fatto salva la prova contraria: se il consenso è stato libero e consapevole (il che significa – in ordine al corrispettivo – che esso è stato indicato in termini chiari e comprensibili – in ordine al resto – che vi è stata trattativa individuale) l’eventuale squilibrio non è rilevante ed il contratto o la singola clausola non si caratterizzano per la vessatorietà.

Affatto diversa è la rilevanza dello squilibrio in relazione alle disposizioni della l 192/1998.

In virtù di questa disciplina, il controllo dell'ordinamento sui termini dell'accordo si giustifica prescindendo da qualunque indagine relativa all'effettività del consenso e lo squilibrio (questa volta "eccessivo") rileva, perciò, autonomamente.

Nessuna conseguenza, in termini di irrilevanza dello squilibrio, potrebbe trarsi dalla circostanza che le condizioni contrattuali siano state esposte in termini chiari né dal fatto che tutte le singole clausole siano state oggetto di trattativa individuale.

D'altra parte, la valutazione della dipendenza economica e del suo abuso, non è accompagnata da un sistema di presunzioni, ma deve farsi in concreto, tenendo anche conto "della reale possibilità della parte che ha subito l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti" (art.9 primo comma l.192/98).

Emerge, a questo punto, un evidente problema di coordinamento fra le due discipline.

Muovendo dal presupposto che l'art.9 1° comma della legge sulla subfornitura abbia posto il principio di carattere generale del divieto di abuso di dipendenza economica, e che sia perciò destinato a trovare applicazione estensiva, il coordinamento con la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore si rende necessario onde colmare quella che altrimenti sarebbe da considerare un inammissibile lacuna.

Peraltro, un proficuo spunto di coordinamento può essere offerto dalla l. 30 luglio 1998 n.281 che, come sopra accennato, annovera, all'art.2 lettera e), fra i diritti "fondamentali" dei consumatori e degli utenti, quello all'equità nei rapporti contrattuali.

In termini generali la dottrina si è interrogata sul significato e sulla reale portata applicativa di tale previsione, stante la genericità della sua formulazione.

In primo luogo si è posta la questione del valore innovativo o meramente ricognitivo del richiamo ai “diritti fondamentali” dei consumatori e degli utenti.²⁴

Ma, per il profilo che qui interessa, il dubbio fondamentale che è sorto, in ordine al richiamo all’equità nei rapporti contrattuali, ha avuto ad oggetto una possibile introduzione, suo tramite, di un principio di adeguatezza economica delle prestazioni contrattuali, in favore dei consumatori²⁵.

Ferma restando la valenza programmatica che ad una disposizione così genericamente formulata potrebbe riconoscersi²⁶ è, d’altra parte, estremamente difficoltoso risolvere il problema dell’incidenza della disposizione stessa sul principio generale della rilevanza dell’equilibrio delle prestazioni contrattuali nei diritti dei consumatori, in base ad una mera esegesi del dato letterale.²⁷

Maggiore utilità, se non altro sistematica, può trarsi dal tentativo di utilizzare la disposizione suddetta quale strumento di coordinamento di quel complesso sistema che si sta delineando attraverso la successione normativa nella materia

²⁴ È sostanzialmente opinione comune che si tratti di situazioni soggettive che, sul piano giuridico formale si caratterizzano per la loro eterogeneità, cfr. in questo senso, ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999, 65, nonché, analogamente, MINERVINI, *I diritti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998 n.281*, in «Contratti», 1999, 398.

²⁵ La specifica prospettiva d’indagine è stata posta da DE NOVA, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in «Contratti», 1998, 545; ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*; MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1998, 389. Il quale ritiene che, “molto verosimilmente” l’*aequitas* contrattuale, sia divenuta regola del rapporto contrattuale fra il professionista ed il consumatore, la cui qualità soggettiva consente di superare, nel settore specifico, “l’indifferenza dell’ordinamento rispetto all’adeguatezza, congruità, equilibrio delle prestazioni”. In senso decisamente contrario, sul punto specifico, ossia sulla possibilità di fare dell’*aequitas*, pur in un ambito settoriale dell’ordinamento, una regola del rapporto, si è espresso Pagliantini, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio*, cit., 337.

²⁶ Parla di un valore programmatico del richiamo all’equità, DELLA VALLE, in Carmero – Della Valle, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, 94.

contrattuale, con precipuo riguardo alla rilevanza (e quindi alle possibilità di controllo) dell'equilibrio del contratto.

In questa prospettiva, come accennato, potrebbe essere assegnato un ruolo di coordinamento alla disposizione che riconosce ai consumatori il diritto "all'equità nei rapporti contrattuali", al fine di colmare la lacuna che deriva dalle difformità riscontrabili nelle normative che, a diversi livelli, considerano la valutazione dello squilibrio contrattuale.

Ciò, peraltro, si rende necessario nella considerazione del nuovo ordine giuridico del mercato²⁸, nell'ambito del quale, il controllo dell'equilibrio del contratto non può più considerarsi quale strumento di natura eccezionale, ma strumento al servizio di quel principio di "proporzionalità" che sembra ormai ispirare il diritto privato comunitario²⁹

Se, dunque, al divieto di abuso della dipendenza economica deve assegnarsi valore di principio generale, con conseguente applicazione estensiva, tale principio dovrà trovare applicazione anche ai contratti conclusi fra un professionista ed un consumatore, nella misura in cui anche rispetto a tali contratti, dovrà ritenersi sindacabile, direttamente, lo squilibrio contrattuale che abbia ad oggetto il corrispettivo del bene o del servizio, nonostante la chiarezza e comprensibilità della relativa

²⁷ In questa direzione, CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, cit., 380.

²⁸ Sui limiti alla libertà di contrarre, posti dal nuovo ordine giuridico del mercato, cfr., ampiamente, MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in «B.B.T.C.», 1997, I, 20 ss; PERLINGIERI, *Equilibrio normativo*, cit., 336; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 35; BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in «Riv. trim.», 1998, 30 ss; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma Bari, 1998, passim; ID, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in «Riv. dir. civ.» 1999, I, 1; ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in «Riv. trim.», 1999, 725 ss.; VETTORI (a cura di), *Persona e mercato*, Lezioni, Padova, 1996.

²⁹ Sul punto, cfr., CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale", nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, 378 ss; CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 178 ss; PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in «Rass. dir. civ.», 2002, 334 ss; ID *Nuovi profili del contratto*, in «Rass. dir. civ.», 2000, 546 ss.

indicazione, nonché dovrà ritenersi sindacabile lo squilibrio di tutte clausole (non solo di quelle specificamente indicate all'art.1469 quinquies 2° comma) ancorché siano state oggetto di trattativa individuale, ogni qual volta sia da ritenere presente il presupposto applicativo del divieto, ovverosia la presenza, quale fattore condizionante dell'atteggiarsi dello scambio, della dipendenza economica.³⁰

E la presenza di questo presupposto dovrà ritenersi esistente quando la posizione dell'imprenditore sia da considerarsi in senso lato "monopolistica" o "dominante" ossia tale da impedire o rendere assai difficoltosa per il consumatore la possibilità di "reperire sul mercato alternative soddisfacenti" (così come previsto dall'art.9 l 192/1998).

Del resto le connessioni ormai strette fra il diritto dei contratti e quello relativo alla disciplina della concorrenza appare un dato non controverso, ancorché problematico.

La stessa disciplina antitrust, infatti, che prende in considerazione l'abuso di posizione dominante e la conseguente imposizione di prezzi od altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, potrebbe ritenersi applicabile, non soltanto nell'ambito settoriale di interventi che la legge 287/1990 contempla, bensì anche ai singoli rapporti contrattuali.³¹

La reciproca interferenza fra il divieto di abuso di posizione dominante previsto dalla legge antitrust ed il divieto di abuso di dipendenza economica di cui all'art.9 l.192/98 era evidente già prima dell'emanazione della legge sulla subfornitura industriale, essendo originariamente previsto³² che

³⁰ In questa prospettiva, cfr., CAPOBIANCO, *L'equilibrio*, cit., 385.

³¹ Sul profilo specifico dei rapporti fra la legge antitrust e la dinamiche contrattuali che coinvolgono gli interessi dei consumatori, cfr. GABELLONE, *Abuso di posizione dominante e tutela del soggetto debole, Profili privatistici*, Napoli, 2000.; CASSINIS - FATTORI, *Disciplina antitrust*,

³² Si tratta dell'originario disegno di legge di cui il testo si trova in BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura, La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999, 235 ss.

il secondo divieto trovasse collocazione nell'art.3 bis l.287/90, ad integrazione e completamento del primo.

Ma, così non è stato e, a differenza di quanto è avvenuto nella legislazione di altri paesi europei³³, il legislatore italiano ha inserito la fattispecie del divieto di abuso di dipendenza economica, nell'ambito della legge sulla subfornitura industriale, facendo sorgere, in tal modo, la questione del suo inquadramento nella disciplina contrattuale od in quella della concorrenza³⁴.

Come accennato, tuttavia, le interferenze fra le due figure e, più in generale, fra il diritto della concorrenza e quello dei contratti, non sembra ormai potersi risolvere in termini troppo netti.³⁵

Ed anzi, proprio in questa direzione, si colloca la recente modifica dell'art.9 della legge 192/98, ad opera dell'art.5 l. 5 marzo 2001 n.57³⁶ che, accogliendo la tesi della natura ibrida

³³ Nella legislazione francese, in particolare, l'abuso di dipendenza economica si pone come norma che tutela essenzialmente il mercato, quale correttivo alla libertà economica che reagisce ad un uso distorto dalla stessa, tale da falsare o addirittura impedire la concorrenzialità del settore di mercato considerato, trascurando, invece, l'aspetto contrattuale del rapporto. L'abuso di dipendenza economica fu introdotto nel 1986, a fianco dell'abuso di posizione dominante, dall'*Ordonnance* n.86 - 1243 (1/12/1986) ed entrambe le nozioni integrano quella, più ampia dell'*abus de domination*.

Sul punto, con ulteriori riferimenti, BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti fra imprese*, cit., 215. Per un riferimento anche al modello tedesco, v. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica nei contratti fra imprese*, cit., 12.

³⁴ Sottolinea le origini del divieto in questione nell'ambito del diritto europeo della concorrenza PINTO, *L'abuso di dipendenza economica, "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in «Riv. dir. civ.», 2000, 396.

³⁵ Pare, invece orientato in questa direzione, OSTI, *L'abuso di dipendenza economica, in Mercati, concorrenza e regole*, cit., 45 il quale afferma che, "piaccia o no" l'abuso di dipendenza economica non è, nel nostro ordinamento, norma di diritto della concorrenza, ma norma di diritto civile e che, quindi, i relativi principi, devono essere inseriti nella struttura del diritto civile perché si trovi compiuta attuazione alla fattispecie concreta. Non diversamente, PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi confini della buona fede contrattuale*, cit., 643, secondo il quale, il divieto di dipendenza economica "è del tutto autonomo rispetto all'abuso di posizione dominante previsto a garanzia della libertà di concorrenza, concernendo specificamente la posizione di dominanza relativa, quella che cioè si esprime nello squilibrio di forza contrattuale delle parti, trovi o no un tale squilibrio ragione in un'alterazione del mercato"

³⁶ In G. U. n.66 del 20 marzo 2001.

della disposizione, ha avvalorato la necessaria integrazione fra i due settori del diritto a cui essa, ad un tempo, appartiene.

Anzitutto, infatti, la nuova formulazione dell'art.9 (attuata mediante una integrazione del comma 3°) prevede un completamento delle sanzioni civili che si rendono applicabili in relazione all'abuso di dipendenza economica, con una attribuzione alla competenza del giudice ordinario di tutte le controversie, ivi comprese quelle relative ad azioni inibitorie e collettive, con riferimento alla violazione del divieto considerato.³⁷

In secondo luogo, il secondo comma dell'art.11 l.57/01, ha espressamente attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la competenza ad intervenire nelle ipotesi di abuso di dipendenza economica, laddove esse abbiano rilevanza, non solo fra le parti contraenti, ma anche, in generale, sul mercato.

La precisazione del legislatore pare significativa per ribadire, come già constatato, la stretta colleganza fra le nozioni di abuso di posizione dominante ed abuso di dipendenza economica e, più in generale, fra il diritto della concorrenza e quello dei contratti³⁸

³⁷ Questa precisazione ha consentito di risolvere i dubbi sorti con riguardo ai rimedi esperibili in relazione all'originale formulazione della disposizione; data l'inadeguatezza dell'unico rimedio previsto testualmente (la nullità dei patti con cui si realizza l'abuso di dipendenza economica) ad attagliarsi alle varie situazioni, nel silenzio della legge era stata prospettata l'ammissibilità di una azione inibitoria (VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in «Riv. dir. priv.», 2000) in senso contrario si era sostenuta l'inammissibilità di una siffatta tutela in considerazione della mancanza fra i due soggetti di un rapporto di concorrenza. (DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: i rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in «Giur. comm.» 1998, I, 838); in senso dubitativo, SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica*, in «Riv. dir. ind.», 1999, I, 207.

³⁸ Così, sulla nuova formulazione dell'art.9 l.192/98 BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti fra imprese*, in Vettori (a cura di) *Squilibrio e usura nei contratti*, 2002, 238; ma già sotto la vigenza del testo originario della disposizione v. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 45 e, poi, *ibidem*, Introduzione, passim.

Il collegamento fra l'abuso di dipendenza economica e quello di posizione dominante non è, peraltro, sfuggito alla giurisprudenza³⁹ ed agli organi di controllo⁴⁰ che hanno dichiarato talune norme bancari uniformi, relative ai contratti fra le banche ed i clienti, in contrasto con la legge antitrust.

Questa interpretazione consentirebbe di evitare quella prospettiva di frammentazione dei valori protetti dall'ordinamento, di cui il diritto all'equità nei rapporti contrattuali rappresenta un valido indice ermeneutico, che si delineerebbe attraverso una netta separazione fra norme civilistiche e normativa concorrenziale⁴¹.

Questi, i principali⁴² indici normativi che paiono fondare un nuovo paradigma contrattuale, ponendo seriamente in dubbio il tradizionale valore del vincolo contrattuale.

³⁹ in questo senso, Trib. Roma, 20 gennaio 1997, in «Giur. comm.», 1999, II, 449 ss con nota di GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali, "a valle": alcune considerazioni sulla di invalidità derivata*.

⁴⁰ Sempre sull'incidenza della disciplina antitrust sui contratti bancari, v. il provvedimento della Banca d'Italia n.12 del 12 dicembre 1994, in «B.B.T.C.», 1995, II, 393 ss, con nota di SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*.

⁴¹ Verso questa frammentazione sembra tendere invece la sentenza del Tribunale di Alba, 12 gennaio 1995, in *Contratti*, 1996, 152, con nota di ROSSI, *Effetti della violazione delle norme antitrust sui contratti fra imprese e clienti: un nuovo caso relativo alle "norme bancarie uniformi"* e in *Dir. banca e merc. fin.*, 197, 507, con nota di PARRELLA, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari*. Molto critico sui rischi di frammentazione portati da una tale visione, VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 31.

⁴² A fianco ad essi, è possibile menzionare, in seno alla medesima ottica, anche l'art.1751 bis 2° comma c.c. introdotto dall'art.23 l.422/2000 (in attuazione della direttiva 86/653/CEE), che impone la necessità di un corrispettivo monetario a favore dell'agente che assuma l'obbligo di non concorrenza per un periodo successivo alla fine del rapporto di agenzia. L'indennità medesima, in mancanza di accordo, dovrà essere determinata dal giudice in via equitativa, tenendo conto di determinati criteri.

Alla medesima logica appare poi ispirato l'art.5, 2° comma lettera a) della direttiva 2001/29/CE, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. La disposizione richiamata, infatti, nell'attribuire agli stati membri alcune facoltà di limitare, sotto certi profili, i diritti d'autore, subordina tale facoltà alla condizione che "i titolari dei diritti ricevano un equo compenso"

4. Il paradigma dell'equilibrio contrattuale nei Principi UNIDROIT e nei principi elaborati dalla Commissione Lando

3. Questo cammino verso l'affermazione di un nuovo paradigma contrattuale trova un puntuale riscontro in un diverso contesto, rappresentato dalle più significative elaborazioni di un nuovo diritto dei contratti di tipo transnazionale, ossia nei Principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali e nei Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione Lando.

Si tratta di strumenti non legislativi coevi al processo di armonizzazione ed unificazione del diritto che regola i traffici internazionali, il cui scopo è quello di fissare un nucleo di regole, tratte dalla prassi del commercio internazionale, destinate ad una applicazione a livello universale.

Il percorso seguito, dunque, non è stato quello di elaborare formulazioni generali coerenti con gli usi e con la prassi contrattuale, ma quello di ricavare da tale prassi un contesto di regole ispirate ai principi che sottendono al commercio internazionale⁴³.

Queste regolamentazioni, non complete, del diritto contrattuale trovano applicazione solo laddove le parti le abbiano esplicitamente richiamate ovvero quando esse abbiano espressamente convenuto che il contratto sia disciplinato dai principi generali del diritto o dalla *lex mercatoria*⁴⁴ o, ancora, allorché non abbiano scelto la legge applicabile al contratto.

⁴³ Sul punto, cfr., CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi unidroit*, in *Diritto europeo*, cit., 26.

⁴⁴ Sulla *lex mercatoria* v., MARRELLA, *La Lex mercatoria apres les Principes d'UNIDROIT*, Paris, 1999; ID., *Lex mercatoria e Principi UNIDROIT*, in «*Contr. Impr. Europa*», 2000, 29 ss.

In base a tale richiamo, vi sarebbe una coincidenza tendenziale fra le regole contenute nei Principles e quelle che comporrebbero la *lex mercatoria* nella sua accezione di "insieme di principi e regole affermatasi nella pratica del commercio internazionale e chiamati ad assicurare ai singoli rapporti d'affari una regolamentazione possibilmente uniforme e più funzionale rispetto ai tradizionali diritti nazionali"⁴⁵

Si tratta quindi di una normazione priva, di per sé, di valore vincolante (salvo i richiami suddetti) ma, nelle aspirazioni dei compilatori, esse rappresentano l'embrione di un codice europeo nel quale sono confluite le esperienze delle codificazioni nazionali e della più recente legislazione contrattuale comunitaria.⁴⁶

Anche in queste regolamentazioni del diritto contrattuale, notevole è lo spazio riservato alla disciplina dell'equilibrio del contratto, sia in relazione alla fase di formazione del contratto, sia in relazione a quella di svolgimento del medesimo.

⁴⁵ Questa la definizione di BONELL, *lex mercatoria*, voce Dig. Disc. Priv. (sez. comm.), IX, Torino, 1993, 11. Sulla tendenziale coincidenza fra *lex mercatoria* e Principi coincidenza cfr., LUZZATTO, *I Principi UNIDROIT e l'arbitrato commerciale internazionale*, relazioni al simposio su "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: an international "Restatement" of the Law of Contracts, tenutosi in Roma, 6 e 7 ottobre 1995, oggi in Bonell - Bonelli (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT, Un codice internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 172 ss; in senso più problematico v., sul punto, PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?*, 56, 57; nonché, FERRARI, *I "Principi per i contratti commerciali internazionali, dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in «Contr. Impr. Europa», 1995, 308.

⁴⁶ GENTILI, op ult., cit., 203; ALPA, *I PECL predisposti dalla commissione Lando*, in «Riv. crit. dir. civ.», 2000, 481 ss; CASTRONOVO, *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti, codice o restatement?*, in «Europa e diritto privato», 1998, 1019 ss.; MAZZAMUTO, *Principi di diritto europeo dei contratti: spunti all'edizione italiana*, in «Europa e diritto privato», 2002, 847 ss.; BONELL, *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1996; DI MAJO, *I "Principles" dei contratti commerciali internazionali tra Civi Law e Common Law*, in «Riv. dir. prv.», 1995, I, 609 ss; ID, *I principi dei contratti commerciali dell'UNIDROIT*, in «Comtr. Impr. Europa», 1996, 287; ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi UNIDROIT e il sistema contrattuale italiano*, ivi, 316; PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of international commercial contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?*, in «Giur. comm.», 1997, II, 566 ss..

Per quanto riguarda i principi elaborati dalla commissione Lando, due appaiono i riferimenti più diretti alle problematiche in parola: l'uno prende in considerazione gli squilibri sopravvenuti alla stipulazione e riconducibili a al variare delle circostanze non imputabili ai contraenti; l'altro riguarda, invece, le alterazioni dell'autonomia di una parte al momento della conclusione del contratto.

Il primo (contenuto nell'art.6:111) dispone che quando l'esecuzione del contratto sia divenuta eccessivamente onerosa in ragione di un mutamento delle circostanze successivo alla conclusione del contratto, non prevedibile nel tempo della stipulazione, e che fuoriesca dall'alea normale, sorga l'obbligo specifico di aprire una trattativa finalizzata alla modifica del contratto ovvero al suo scioglimento; laddove un accordo sul punto non si raggiunga nell'arco di un periodo di tempo ragionevole, l'autorità giudiziaria che sia stata adita potrà, non solo porre termine al contratto stabilendo i relativi termini e condizioni, ma potrà anche decidere di modificare il contratto in modo da redistribuire equamente fra le due parti le perdite ed i vantaggi derivanti dalle mutate circostanze.

Prescindendo dai problemi che siffatta regolamentazione lascia aperti, sia in ordine ai criteri con cui il giudice valuterà la presenza dello squilibrio eccessivo, sia quelli tramite i quali realizzerà il riequilibrio, è del tutto evidente che essa mira ad attribuire rilievo a quella problematica, relativa all'equilibrio contrattuale in rapporto alle sopravvenienze, che anche nella nostra esperienza ha determinato una lunga e complessa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Non minore importanza è da attribuire all'altra disposizione che assegna rilievo allo squilibrio del contratto verificatosi nel momento della sua formazione (art.4.109).

La disposizione si caratterizza per la particolare ampiezza con cui individua le situazioni di debolezza

contrattuale⁴⁷ che legittimano il contraente a chiedere l'annullamento del contratto quando l'altro contraente era a conoscenza di tali situazioni od avrebbe dovuto conoscerle e, considerate le circostanze e lo scopo del contratto, ne abbia approfittato in maniera palesemente ingiusta o, comunque ne ha ricavato un ingiusto guadagno.

La parte danneggiata, dunque, potrà chiedere l'annullamento, mentre il giudice adito potrà, ove lo ritenga opportuno, modificare il contratto rendendolo conforme ai diversi termini che sarebbero stati concordati, se i principi della correttezza e buona fede avessero trovato applicazione e, anche in questa ipotesi, è data alla controparte la facoltà d'impedire l'annullamento offrendo la modificazione del contratto.

Le medesime tendenze dirette al mutamento di prospettiva in ordine alla rilevanza dell'equilibrio contrattuale, si ritrovano, come accennato, nella analoga iniziativa di regolamentazione transnazionale del diritto dei contratti, rappresentata dai Principi UNIDROIT⁴⁸.

Tali principi sono stati elaborati su iniziativa dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (Unidroit) che aveva inserito, fin dal 1971, nel programma dei lavori dell'Istituto, l'idea di un "Restatement" internazionale dei principi generali in materia contrattuale.

Notevole, pur nel pieno rispetto del carattere vincolante del contratto (riaffermato nell'art.1.3) è lo spazio riservato alla

⁴⁷ tali situazioni ricorrono quando una parte si trovava in uno stato di dipendenza rispetto all'altro contraente, o aveva nei suoi confronti un rapporto di fiducia, o era in uno stato di dissesto economico o di bisogno, ovvero risultava imprevedente, priva di cognizioni, di esperienza o di attitudine alla trattativa. L'ampiezza delle situazioni, che peraltro potrebbe essere intesa come esemplificazione piuttosto che come elencazione tassativa, ricorda da vicino la formulazione del § 138 del B.G.B.

⁴⁸ il testo dei Principi è pubblicato, nelle vari versioni (o per meglio dire traduzioni da quella inglese) con la storia dell'iniziativa da cui ha preso le mosse la loro elaborazione ed una analisi della struttura, del contenuto e delle possibili forme di impiego in BONELL, *An international Restatement of Contract Law*, Irvinton, NY, 1994, e in *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995.

disciplina dell'equilibrio delle posizioni delle parti, sia nella formazione che nello svolgimento del contratto.

Il primo dei suddetti profili di rilevanza dell'equilibrio contrattuale emergono dalla esegesi dell'art.3.10 che si colloca nella sezione relativa ai vizi dell'accordo, dopo le disposizioni sull'impossibilità iniziale l'errore la frode e la minaccia, assumendo il ruolo di norma di chiusura del sistema.

La disposizione (intitolata alla *Gross disparity*), contempla le ipotesi nelle quali, al momento della conclusione del contratto, quest'ultimo considerato nel suo insieme, ovvero una sua singola clausola, attribuiscono ad uno dei contraenti un eccessivo ed ingiustificato vantaggio.

Al fine di verificare la presenza del vantaggio ingiustificato ed eccessivo lo stesso art.3.10 precisa che si debbano considerare, fra gli altri fattori, lo sfruttamento sleale di una situazione di dipendenza, difficoltà economica, ignoranza od incapacità di contrattare di una parte, in relazione alla natura ed allo scopo del contratto.

In presenza di tali riscontri è data la facoltà alla parte svantaggiata di chiedere l'annullamento del contratto ovvero il suo adattamento, ad opera dell'autorità giudiziaria, in base a parametri di correttezza commerciale; all'altra parte, per contro, è riconosciuta la facoltà di impedire l'annullamento richiesto dalla parte svantaggiata, attraverso la richiesta di adattamento giudiziale del contratto, secondo i medesimi standards.

Secondo il commento ufficiale, lo squilibrio si considera eccessivo non in virtù della disparità notevole di valore tra le prestazioni, ma quando sia tale "*to shock the conscience of a reasonable person*". Oltre a ciò, la rilevanza dello squilibrio deve ricollegarsi all'assenza di una giustificazione, con riferimento, come si è visto, ai riflessi della diversa posizione delle parti nelle trattative, nonché alla natura ed allo scopo del contratto; in sintesi: una connaturata debolezza della parte

svantaggiata (che si trae dalle varie ipotesi considerate), un approfittamento di esse da parte del contraente "forte", ovvero sia una consapevolezza di quest'ultimo, sia del carattere eccessivo del vantaggio acquisito, sia della debolezza della controparte.

Tuttavia, sempre il commento ufficiale afferma che l'assenza di giustificazione dello squilibrio (che da luogo all'esperibilità dei rimedi previsti) può aversi anche in ipotesi nelle quali non sia ravvisabile un abuso della altrui posizione di debolezza ed a tal fine, ossia per consentire l'individuazione dei criteri di individuazione di queste ipotesi, vengono proposti due casi esemplificativi.

Nel primo si fa riferimento alla presenza nel contratto di una clausola che assegni un termine assai breve per la denuncia dei vizi delle merci ovvero dei servizi forniti, contemplando la possibilità che essa venga considerata eccessivamente vantaggiosa per il venditore o fornitore in relazione alla natura dei beni o dei servizi oggetto del contratto.

Nel secondo esempio si prende in considerazione il compenso di un agente che sia espresso quale percentuale del prezzo delle merci da vendere o dei servizi da eseguire: il criterio potrebbe essere considerato giustificato se la partecipazione dell'agente alla conclusione del contratto debba ritenersi "sostanziale" o se il prezzo delle merci non è molto alto, mentre nelle ipotesi contrarie il criterio potrebbe considerarsi privo di giustificazione.

Si tratta, peraltro di esemplificazioni poco felici⁴⁹, la prima poiché estremamente generica, la seconda perché, pur essendo maggiormente articolato si fonda su assunti molto opinabili.

⁴⁹ per una critica a queste ipotesi esemplificative, v. DRUBNING, *Protection of the Weaker Party*, cit., passim, nonché PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about anithing?*, cit., 573, 574.

In effetti, in particolare rispetto alla seconda ipotesi si potrebbe obiettare che proprio l'agente, di solito, si troverà in condizioni d'inferiorità rispetto al committente e che anche quando il prezzo delle merci sia elevato o la partecipazione del medesimo non sia di particolare importanza, la fissazione di una percentuale di compenso molto bassa, difficilmente potrebbe rappresentare un vantaggio eccessivo per l'agente⁵⁰.

È da rilevare, inoltre una forse inesatta traduzione nel testo italiano del termine "*unfair*", con l'aggettivo "ingiusto".

Comunque, a prescindere dagli esempi sopra riportati di quella situazione particolare in cui lo squilibrio rileva pur senza l'abuso della altrui posizione di debolezza, su cui come si è visto permangono notevoli difficoltà di individuazione, uno dei criteri di fondo che qualifica la figura della *Gross disparity*, è rappresentata dal concetto di *unfair*.

Con tale nozione, i compilatori hanno inteso introdurre la necessaria considerazione di un criterio che non pare pienamente sovrapponibile a quello di buona fede, quanto piuttosto pare ispirato all'idea di correttezza secondo i canoni propri del contesto professionale entro cui si svolge l'attività delle parti contraenti⁵¹.

⁵⁰ Cfr., ancora, PONTIROLI, cit., 574. Peraltro, il termine "agente" è la traduzione del termine "agent" ma dubbi possono sorgere sulla qualificazione dell'istituto di cui si tratta, nella figura agenzia (di cui agli artt. 1742 ss c.c.) o nella diversa figura del soggetto che compie atti destinati a produrre effetti nella sfera giuridica altrui, definita nei sistemi di common law, appunto, come "agency".

⁵¹ Sulla limitata incidenza del concetto di buona fede negli usi del commercio internazionale cfr., MUSTILL, *The New Lex Mercatoria*, cit., 174; In senso critico sull'accoglimento di questo criterio nella lex mercatoria, CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, cit., 33. Sulla rilevanza della buona fede nei Principi Unidroit v. DI MAJO, *I "Principles" dei contratti commerciali internazionali tra Civil Law e Common Law*, cit., 616.

La reazione dell'ordinamento, in tutte le ipotesi che è dato riscontrare, consegue ad una valutazione negativa che non ha ad oggetto la regola contrattuale posta, bensì il modo in cui si è formata.

Quale che sia il termine con cui si preferisce designare la prospettiva dinamica dell'idoneità del contratto a porsi quale fonte di effetti giuridici, in termini di struttura, fattispecie o procedimento, è su di essa che si incentra la valutazione dell'ordinamento laddove attribuisce, indirettamente, rilievo all'equilibrio delle prestazioni contrattuali.

È l'involucro, per così dire, che ha sempre protetto la regola, al suo interno, dalla valutazione diretta dell'ordinamento.

Occorre chiedersi se è ancora così o se, invece, ed in ciò starebbe la portata realmente innovativa delle nuove formulazioni, nonostante i numerosi riferimenti alla dichiarazione, alla ragionevolezza, alla buona fede, ecc., la valutazione dell'ordinamento (sovrnazionale) non abbia ad oggetto proprio la regola posta, piuttosto che la volontà che la pone ed i modi della sua esplicazione⁵³.

6. Verifica di questa possibilità nel vaglio (dell'attualità o meno) dei presupposti su cui si fonda l'idea tradizionale dell'irrelevanza autonoma dello squilibrio delle prestazioni

a) La perdita di centralità della fattispecie contrattuale

In un celebre saggio⁵⁴ Natalino Irti, analizzando la giornata di un uomo qualunque, perviene alla conclusione che

inconvenienti tanto in termini di compatibilità con gli strumenti giuridici collaudati, quanto in termini di congruenza con le finalità perseguite.

⁵³ Questa la lettura di GENTILI, op. ult. cit., 210, con riferimento precipuo, ma non esclusivo ai principi formulati dalla commissione ed ai principi UNIDROIT.

⁵⁴ IRTI, *Scambi senza accordo*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1998, 347 ss

l'attività negoziale da questi posta in essere nei vari momenti della giornata, si concreti, per lo più, in una serie di "scambi senza accordo".

L'analisi tenta di cogliere la distanza che ormai separa il procedimento di formazione dell'accordo contrattuale da quello che si realizza attraverso le moderne dinamiche dello scambio.

Nell'idea della codificazione il "contrarre" viene designato come l'esito del "contrattare", ossia lo stringersi di un vincolo, quale esito di un parlare e di un ragionare.

Il dialogo si colloca al centro dell'idea della contrattazione nella misura in cui la stessa bilateralità del contratto non designa la duplice unilaterale decisione di addivenire allo scambio, ma la reciprocità dialogica da cui deriva il "vicendevole intendere".

Per contro, dall'analisi condotta dall'Autore su talune modalità attraverso cui si realizza lo scambio economico fra due parti, emerge la spersonalizzazione dello scambio medesimo e la sua oggettivazione⁵⁵ nella perdita del momento dialogico.

Si tratta di quei meccanismi che il moderno capitalismo ha introdotto e tramite i quali si realizza la gran parte degli scambi: dai contratti conclusi mediante l'adesione a moduli e formulari predisposti ("dove l'accordo è tutto nella unilaterale predisposizione del testo scritto e nell'unilaterale adesione" e la parola è strappata dal dialogo e resa immobile e statica in attesa soltanto di un sì o un no), agli acquisti nei grandi magazzini (dove "l'accordo arretra dal dialogo e s'impoverisce fino a risolversi nell'esposizione e nella preferenza di cose"); dagli scambi televisivi (nei quali vige il "primato dell'immagine" "che attende un puro atto di ricezione, giacché essa si offre qual è, senza alcuna mediazione di carattere teoretico") a quelli telematici (che si caratterizzano solo apparentemente, per un

ritorno alla parola poiché essa assume un valore non teoretico ma puramente designativo ed informativo).

In tutte queste dinamiche si ritrovano i passaggi di un "lucido itinerario": dalla parola all'immagine, dal dialogo al silenzio. Il capitalismo ha richiesto un'astratta purezza dello scambio, affidata a segni di assoluta ed univoca oggettività; l'offerta e la scelta rappresentano gli unici elementi della dinamica odierna dalla maggior parte degli scambi.

Le conclusioni a cui perviene questa dottrina sono note e consistono nell'attribuzione, alla fenomenologia descritta, della qualifica di scambi senza accordo, con ciò indicando la combinazione di due atti unilaterali (dell'espone e del preferire) che richiedono unicamente la riferibilità ad un autore ed alla sua capacità d'intendere e volere.

A prescindere da una valutazione critica delle suddette conclusioni, così eversive rispetto alla teoria generale del contratto, ciò che pare particolarmente utile è la lucidità delle premesse.

Del resto, anche quella dottrina⁵⁶ che, sollecitata dalla tematica posta del "contrahere" senza consentire, risponde in senso negativo, non nega la validità delle premesse e la necessità di indagarne le conseguenze, in termini di "adattamento" "alle particolarità della conclusione dello scambio, quand'anche gli si mantenga natura di accordo"⁵⁷.

Alla luce di quanto sopra, viene da chiedersi se sia ancora possibile, rispetto a queste dinamiche negoziali, designare quella scissione concettuale dei profili da cui il contratto, nella sua unitarietà, può essere visto, in termini di procedimento e di regola contrattuale; scissione su cui poggia l'assunto per cui laddove il procedimento di formazione

⁵⁵ Sulla oggettivazione dello scambio cfr. di recente, ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in «Contr. Impr.», 2001, 611 ss

⁵⁶ OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in «Riv. dir. civ.», 1998, I, 525 ss

dell'accordo sia stato rispettato e lo scambio sia stato consapevolmente e liberamente voluto, non vi è spazio alcuno per l'ordinamento di valutare la congruità del sinallagma.

E, difficilmente, pare potersi dare una risposta affermativa.

Il procedimento di formazione del consenso, la verifica della cui regolarità consente di assegnare all'atto posto in essere la qualifica di "genuina" (e, quindi, insindacabile) espressione dell'autonomia privata, ha perduto la sua centralità nella considerazione della fattispecie; si è, per così dire, svuotato di contenuti ed è rimasto stilizzato in una dimensione essenziale, quasi simbolica, rappresentata dall'offrire e dallo scegliere.

L'accordo c'è ancora; ciò che manca o che, comunque, appare difficilmente ricostruibile, è il procedimento della sua formazione e, quindi, la possibilità di verifica della regolarità del medesimo.

La fattispecie contrattuale, che tradizionalmente si caratterizza per la complessità della sua formazione e che proprio da ciò trae la propria valenza, non solo causale, ma anche conformativa sugli effetti che tende a produrre pare, in queste particolari dinamiche negoziali, ridursi ad un mero fatto: lo scambio.

In questa prospettiva potrebbe giustificarsi la rilevanza autonoma dell'equilibrio del contratto proprio in quanto molto difficoltoso sarebbe ricondurre tale rilevanza ad un momento patologico afferente ad un processo di formazione della volontà che di fatto, risulta irrintracciabile.

⁵⁷ Ibidem, 531

b) Il diritto privato europeo quale strumento di strutturazione del mercato e della concorrenza

È un dato ormai acquisito la sempre maggiore attenzione rivolta dal legislatore al mercato, inteso quale struttura da tutelare e promuovere in considerazione della sua attitudine a generare ricchezza e benessere; ed altrettanto certa è la necessità di considerare questa circostanza nella prospettiva di analizzare le problematiche relative ai modi di espressione della libertà contrattuale, con precipuo riferimento ai limiti entro i quali essa possa legittimamente manifestarsi.

Il primato del mercato della considerazione del legislatore (anche e, soprattutto, comunitario) non ha implicato, infatti, un mero processo di *deregulation* dell'economia in senso liberistico ma ha condotto, al contrario, ad una "riregolamentazione" delle condizioni di esercizio dell'autonomia negoziale con l'imposizione ad essa di nuove limitazioni dirette a delineare e salvaguardare il ruolo e la funzione del mercato stesso, quale istituzione di utilità sociale⁵⁸.

Del resto, la necessità di una ricostruzione concettuale della nozione di autonomia negoziale, quale conseguenza della portata del processo in atto, relativo alla strutturazione del mercato quale concetto giuridico, si inserisce in una linea di continuità con le riflessioni nate in Germania, già alla fine degli anni Settanta, dalla dottrina di Ludwig Raiser⁵⁹.

Le riflessioni condotte sulle conseguenze di questo sforzo della legislazione teso al riconoscimento del mercato nella sua struttura concorrenziale, come bene da tutelare poiché

⁵⁸ in questo senso, cfr. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in «B.B.T.C.», 1997, I, 1 ss.

⁵⁹ RAISER, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg, 1977.

fonte di efficienza allocativa delle risorse⁶⁰, hanno portato la dottrina a chiedersi se, almeno nell'ambito di determinati settori contrattuali, sia possibile superare l'idea tradizionale dell'irrilevanza di ogni considerazione autonoma circa l'esistenza di un rapporto di equilibrio nello scambio contrattuale.

Se, cioè, sia possibile superare l'idea che limita la rilevanza dello squilibrio medesimo alla sola ipotesi in cui esso sia stato determinato dalla presenza di qualche vizio inerente al procedimento di formazione del consenso e di riconoscere, al contrario, che all'interno dei principi cui è subordinata la vincolatività di un contratto, sia dato riscontrare (anche) la congruenza del rapporto di scambio fra le prestazioni, in relazione a quei particolari meccanismi del mercato che ineriscono ai beni od ai servizi che sono oggetto della contrattazione medesima.

E ciò, sulla premessa che il mercato costituisce, appunto, non solo il risultato, bensì ad un tempo, in una sorta di processo circolare, la misura stessa del legittimo esercizio dell'autonomia negoziale⁶¹.

⁶⁰ Il riconoscimento della struttura concorrenziale del mercato, quale valore di efficienza da tutelare, corrisponde del resto, ad una scelta politica tutt'altro che scontata. È noto il pensiero economico della seconda metà del Novecento che fa capo alla c. d. Scuola di Chicago che, portando alle estreme conseguenze la giustificazione degli assetti diseguali di mercato e la rimozione di ogni preoccupazione relativa al problema redistributivo, nega l'efficienza della struttura concorrenziale del mercato stesso.

Si afferma, al contrario che, data la ineliminabilità dei costi transattivi, ossia quei costi inerenti agli scambi e necessari ai fini dell'organizzazione e del funzionamento dei fattori produttivi, il modello concorrenziale non si affatto auspicabile poiché solo forme organizzative diverse, anche di tipo monopolistico od oligopolistico, sono in grado, sotto questo profilo, di perseguire con successo obiettivi di massima efficienza allocativa delle risorse.

Il pensiero della Scuola di Chicago si deve in particolare a COASE, un'antologia degli scritti del quale si può leggere, nella traduzione italiana, in Grillo (a cura di) *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995. Più di recente, cfr., le riflessioni di DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in «Riv. dir. comm.», 1998, I, 5, ss, nonché di LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, passim, in partic. 438, 439.

⁶¹ Così, M. BARCELLONA, *La buona fede ed il controllo giudiziale del contratto*, cit, 305; nella medesima prospettiva v. OPPO, *Principi*, in

Questa domanda, cui è sottesa una complessa problematica, difficilmente potrà trovare una risposta semplice ed univoca attraverso l'esegesi delle molteplici recenti disposizioni che, pur offrendo sicuri spunti ermeneutici nella direzione di una risposta di segno positivo, lasciano aperta, come si è visto, la possibilità di ricostruzioni complessive assai diversificate.

Ma il dato che pare emergere con chiarezza è rappresentato dal venir meno di un altro assunto su cui si fondava l'impostazione tradizionale della assoluta inammissibilità di un sindacato, da parte dell'ordinamento, sulla regola contrattualmente posta (purché consapevolmente) al fine di verificare il rispetto dei limiti posti all'autonomia privata; ovverosia l'assunto per cui quest'ultima (ed il contratto quale principale mezzo del suo manifestarsi) rappresenti esclusivamente lo strumento dato ai privati per regolare i propri interessi, senza che sia possibile ricondurre ad essa una ulteriore, diversa funzione⁶².

Ebbene, pare ormai inequivocabile l'effetto di una funzionalizzazione della materia contrattuale nella prospettiva della tutela del valore, posto in forza di una chiara scelta politica, della concorrenzialità del mercato di talché, un controllo dell'ordinamento sul contenuto del contratto (anche a prescindere dalla presenza di un elemento disfunzionale del consenso) potrebbe trovare adeguata giustificazione e

Buonocore (diretto da), *Tratato di diritto commerciale*, Torino, 2001, 42. Ma cenni in questa direzione si ritrovano già in GIUZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in «Riv. dir. comm.», 1999, I, 67, e, successivamente in ID, *Congruià dello scambio e contratti di credito*, in Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, 2001, 439.

⁶² Sul punto, cfr. SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 362, nonché CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 14. Molto recise sono anche le affermazioni di L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, 7, il quale dichiara di aver constatato come "l'autonomia privata sia un potere a cui non corrisponde una finzione. Lo stato non ha indicato dei fini, né proposto degli interessi cui questo potere debba servire".

legittimità, in relazione a questa nuova funzione assegnata all'istituto contrattuale.

Il principio della libertà contrattuale, sancito all'art.1322 c.c., inteso nella sua accezione tradizionale, non pare più idoneo a garantire automaticamente quella "torsione dello strumento contrattuale verso una funzione" ulteriore cui sembra essere stato destinato⁶³.

È necessario, tuttavia, chiedersi quale sia il senso e, quindi, la reale portata di questo possibile controllo esterno sui contenuti contrattuali, da parte dell'ordinamento.

Se il diritto europeo ed in modo particolare il diritto comunitario si pone quale strumento di sanzione e di espansione della logica economica del mercato e della concorrenza, la materia contrattuale non è che il settore di intervento selezionato, in tale prospettiva.

È stato opportunamente rilevato come questa sia stata essenzialmente una scelta strategica, nella misura in cui, attraverso la disciplina del contratto, si disciplina indirettamente, o quantomeno si orienta, l'attività d'impresa e quindi, nel loro complesso, le dinamiche del mercato.

In altri termini, il diritto contrattuale di derivazione comunitaria è finalizzato fondamentalmente ad un intervento di strutturazione dei mercati dei beni e dei servizi, piuttosto che da un autonomo interesse a correggere gli esiti distributivi degli atti di autonomia privata.

Pur essendo corretto il rilievo per cui i principi del diritto comunitario non impongono alcuna inversione di rotta rispetto al solco tracciato dai principi costituzionali⁶⁴, è da rilevare come la prospettiva di funzionalizzazione della materia contrattuale

⁶³ Di questa "torsione" dello strumento negoziale, verso finalità di tutela del mercato, parla CAMARDI, *Integrazione giuridica europea, e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in «Europa e diritto privato», 2001, 716.

⁶⁴ Così, GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale del mercato*, Milano, 1999, 102 ss

introdotta dalla legislazione comunitaria, si discosti sensibilmente dal diverso tentativo, condotto da certa dottrina nel corso degli anni '70⁶⁵, di funzionalizzare l'autonomia privata in relazione ai principi costituzionali, con particolare riferimento a quello di solidarietà.

In quella prospettiva, il controllo contenutistico del contratto si ricollegava direttamente ad una finalità di redistribuzione sociale della ricchezza, attraverso una rilettura del secondo comma dell'art.1322 e del principio di meritevolezza degli interessi che esso esprime (e che veniva esteso anche ai contratti nominati), alla luce del principio di solidarietà ed utilità sociale; nella prospettiva del diritto privato europeo, quale fonte di uno statuto normativo della concorrenza, lo scopo del controllo sul contenuto del contratto (nei limiti in cui si ritenga ammissibile) non si pone, direttamente, verso una finalità sociale di redistribuzione della ricchezza, ma solo indirettamente, nella misura in cui è la stessa concorrenzialità del mercato che, in quanto fonte di efficienza allocativa, è anche fonte di giustizia distributiva.

In realtà, si potrebbe dire che le diverse vasi, ed i differenti percorsi, seguiti dalla dottrina nel quadro di un generale tentativo di reagire alla rigidità codicistica sulla irrilevanza dello squilibrio contrattuale, sono state scandite proprio dall'evoluzione politico-legislativa.

Fra gli anno '60 e '70, l'intervento pubblico nell'economia viene collocato al centro della Costituzione economica e la volontà del Legislatore assume, per certi versi, il ruolo di determinare lo sviluppo economico del paese, con una conseguente sovrapposizione di un modello giuridico ai meccanismi del mercato.

⁶⁵ Fra gli altri, cfr., LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, passim, in partic. 60 ss.

Numerosi, in quegli anni, sono infatti gli interventi legislativi che tendono a limitare l'autonomia privata attraverso una eterointegrazione del contenuto contrattuale⁶⁶ e, prendendo spunto da tali interventi, parte della dottrina ha proceduto, secondo una metodologia ermeneutica molto seguita in quegli anni, ad una rivisitazione dell'istituto contrattuale, anche attraverso un raffronto con i principi costituzionali.⁶⁷

Ma, al di là dei rilievi che sono stati mossi a queste teorie sul piano strettamente esegetico e che evidenziano il collidere delle stesse con il dato positivo, e al di là della concreta applicazione giurisprudenziale che, in larga misura, le ha disattese⁶⁸, si può forse affermare che la storia stessa e la sua evoluzione politico-legislativa le abbia confinate in una dimensione di inattualità, quali prospettive la cui comprensione è oggi possibile solo attraverso una precisa contestualizzazione cronologica.

Ed infatti, una profonda trasformazione delle modalità di intervento pubblico nell'economia si cogli dall'inizio degli anni Ottanta.

⁶⁶ In particolare, fra gli interventi pubblici in funzione sociale, si ricordano le leggi 12 giugno 1962 n.567, 11 febbraio 1971 n.11, 10 dicembre 1973 n.814, 3 maggio 1982 n.203, sull'equo canone nei contratti di affitto di fondi rustici e la legge 27 luglio 1978 n.392, sull'equo canone nei contratti di locazione di immobili ad uso abitativo. Più in generale va poi ricordato il d.p.r. 30 marzo 1968 n.626 che disponendo che il C.I.P., dovesse attenersi alle direttive del C.I.P.E., in ordine ai settori economici ed alle categorie di beni e servizi sui quali intervenire, per la fissazione del livello dei prezzi, ha determinato una compenetrazione di tale ente con gli strumenti di attuazione della politica economica. Cfr. GOBBO, *Il controllo dei prezzi industriali*, Bologna, 1982; SCHINAIA, *Disciplina dei prezzi - Diritto pubblico*, in Enc. Giur., XXIV, 1991, I ss; LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 79 ss.

⁶⁷ Si inseriscono in questa linea di pensiero, oltre al già menzionato lavoro di LUCARELLI, *Autonomia privata e solidarietà*, cit., fra gli altri, anche RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in «Riv. dir. civ.», 1965, I, 205.

⁶⁸ Cfr., ad esempio, Cass. Ss. Uu. 29/5/1993 n.6031, in «Foro it.», 1993, I, 1809, nella quale si esclude recisamente che, in forza dell'art.1374 c.c., l'equità possa svolgere un ruolo correttivo dei contenuti contrattuali, così come invece affermato ad RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.

In modo particolare, il tentativo di sostituzione di un modello politico-ideologico ai meccanismi del mercato, attraverso una legiferazione diretta a prevenire piuttosto che correggere le eventuali sperequazioni, diviene incompatibile con il nuovo ruolo che, in questo decennio, il concetto stesso di mercato inizia a rivestire, proprio a livello istituzionale⁶⁹.

Viene, cioè, riconosciuto il mercato come istituzione centrale dell'ordinamento dell'economia e, conseguentemente, riquilibrato l'intervento pubblico come diretto a dettare regole per garantire correttezza ed efficienza al mercato medesimo.

L'adesione dell'Italia al Mercato Comune Europeo, formalizzata con la sottoscrizione dell'Atto Unico del 1986⁷⁰, contribuisce poi, in modo determinante, al mutamento di prospettiva del legislatore, i cui provvedimenti appaiono ispirati ad una nuova e diversa finalità.

In questo rinnovato contesto politico ed istituzionale, si apre una ulteriore fase del filone di indagine sull'equilibrio contrattuale che tuttavia, a differenza della precedente, nella quale il principio solidaristico e di giustizia sociale si poneva quale argine al libero esplicarsi delle dinamiche del mercato, e dove la distinzione fra giustizia commutativa e giustizia distributiva assumeva talvolta contorni assai incerti, pone il mercato stesso al centro della propria riflessione.

In questa nuova prospettiva ed in particolare il quella posta dal diritto privato europeo, che si delinea quale fonte di un vero e proprio statuto normativo della concorrenza, lo scopo del controllo del contenuto del contratto (nei limiti in cui si ritenga ammissibile) non si pone, direttamente, verso una finalità

⁶⁹ Cfr., sul punto, ampiamente, MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in Vettori (a cura di), *Persona e Mercato. Lezioni*, Padova, 1996, 33 ss.

⁷⁰ Proprio attraverso l'Atto Unico dell'86 è stata eliminata la regola dell'unanimità (salvo eccezioni) per l'approvazione dei regolamenti e delle direttive comunitarie, sottraendosi così alle autorità nazionali, gran parte del potere di definire i limiti di apertura del mercato e, più in generale, di organizzare l'intervento pubblico nell'economia nazionale.

sociale di redistribuzione della ricchezza, ma solo indirettamente, nella misura in cui è la stessa concorrenzialità del mercato che, in quanto fonte di efficienza allocativa, è anche fonte di giustizia distributiva.

Appare necessaria quindi una rivisitazione del concetto stesso di equilibrio contrattuale che tenga conto del nuovo contesto nel quale il senso della sua rilevanza va ad inserirsi; la ricerca dell'equilibrio del contratto tende, cioè, ad emanciparsi dal concetto di giustizia, non solo distributiva, ma anche commutativa.

Il contratto equilibrato non è, necessariamente, il contratto "giusto", intendendo con tale termine rinviare alla necessità di una moralizzazione della materia contrattuale, bensì il contratto che, attraverso una equilibrata remunerazione dei fattori produttivi, contribuisce al mantenimento di un assetto concorrenziale dello specifico settore di mercato in cui si colloca la negoziazione considerata.

Il controllo sul contenuto del contratto e, quindi sul suo equilibrio, non si propone, allora di assicurare il "giusto prezzo", bensì il prezzo che potremmo definire "opportuno" in relazione alle predette finalità.

Solo apparentemente questa ricostruzione si pone in contraddizione con i principi stessi del mercato concorrenziale, nella misura in cui il controllo sull'attività contrattuale, sempre nei limiti in cui lo si ritenga ammissibile, può introdurre una dinamica concorrenziale non necessariamente fondata sul ribasso dei prezzi, anche a scapito della qualità dei prodotti, ma anche, al contrario, proprio sul potenziamento qualitativo dei prodotti e servizi offerti⁷¹.

⁷¹ su questo spunto di riflessione cfr., ancora, CAMARDI, cit, 719.

7. Profili ricostruttivi delle linee di tendenza del sistema: equilibrio contrattuale e tutela del contraente debole; equilibrio contrattuale e oggettività dello scambio.

Volendo tentare di indicare le possibili linee di sviluppo del tema oggetto del presente studio, sulla scorta delle considerazioni fin qui svolte, si può dire che due diverse sono le direzioni attraverso cui tentare una non agevole interpretazione complessiva delle recenti indicazioni fornite dal sistema, a livello legislativo (ma non solo) circa la rilevanza dell'equilibrio del contratto.

Una prima direzione, più compatibile con i principi della nostra tradizione giuridica, è quella che individua, quale fondamento di ogni nuovo ambito e settore nel quale si profila la possibilità di un sindacato esterno sui contenuti contrattuali, la tutela del contraente debole

L'insieme dei nuovi indici di rilevanza dell'equilibrio contrattuale dimostrerebbero, cioè, una maggiore sensibilità del legislatore verso quelle situazioni di disparità di potere contrattuale, latamente inteso, fra le due parti del contratto di talché, per questa via, si sarebbe determinato un ampliamento dei presupposti applicativi di quel principio generale, che già trovava sanzione nell'istituto rescissorio, di reazione verso il contratto iniquo.

Conseguentemente, il controllo esterno sulla congruità dello scambio troverebbe legittimo ingresso solo in presenza di un elemento disfunzionale del consenso dato in condizioni di debolezza.

I principi di fondo rimarrebbero quindi immutati e la sproporzione fra le prestazioni o l'inadeguatezza del corrispettivo acquisterebbero rilievo solo in presenza di

circostanza tali da indurre (quantomeno) a dubitare che il contraente "leso" abbia assunto una decisione consapevole.

La profonda innovazione, si diceva, consisterebbe nel notevole ampliamento di quelle situazioni sintomatiche del consenso "non libero" quali presupposti di rilevanza della "lesione" e nella minore rigidità della valutazione dei termini oggettivi, appunto, della sproporzione stessa fra le prestazioni contrattuali.

In questa prospettiva, all'originaria previsione dello stato di bisogno ex art.1448 c.c., si aggiungerebbero, in particolare, da un lato, lo "stato di dipendenza economica" previsto all'art.9 l.192/98 sulla subfornitura che, come si è visto, gran parte della dottrina ritiene applicabile ben oltre i limiti dei presupposti soggettivi richiesti dalla legge, vedendo nella disposizione stessa l'affermazione di un principio generale; dall'altro, (in base alle previsioni degli artt.1469 bis ss e, più in generale dalla l. 181/98) la qualità o lo "status" di consumatore, quale soggetto fisiologicamente svantaggiato nei rapporti contrattuali con l'impresa, in particolar modo rispetto ad una contrattazione standardizzata predisposta dall'impresa stessa.

A conferma di questa interpretazione potrebbe servire il richiamo all'art.3.10 dei Principi Unidroit (e, analogamente, la disposizione 6.11 dei Principi elaborati dalla commissione Lando) che individua quali situazioni soggettive di rilevanza dello squilibrio contrattuale, una serie molto ampia di ipotesi (talmente ampia da doversi ritenere come meramente esemplificativa e non tassativa) aventi riguardo, l'esperienza, l'abilità, l'attitudine agli affari ecc.

Tuttavia, seguendo questo profilo ricostruttivo, l'ampliamento della nozione di debolezza del contraente, quale presupposto di rilevanza dello squilibrio negoziale, risulta di proporzioni tali che l'omaggio alla tradizione offerto dal

richiamo al consenso "non libero", appaia più rituale che sostanziale.

La linea di confine fra una rilevanza diretta, *ex se*, dello squilibrio del contratto ed una rilevanza indiretta, ricondotta alla tutela dell'effettività del consenso del contraente debole, appare, in questa prospettiva, del tutto evanescente.

La debolezza del contraente finisce con l'essere il risultato di un giudizio *ex post* sul contenuto del contratto: debole è il contraente che ha stipulato un contratto a condizioni squilibrate.

Una diversa prospettiva di sistemazione delle linee di tendenza del sistema che va delineandosi, potrebbe allora porre in secondo piano la questione dell'effettività del voluto, per riconoscere la legittimità di un controllo diretto dell'ordinamento sul contenuto del contratto, in termini di equilibrio.

In termini generali, questa ipotesi ricostruttiva potrebbe, da un lato, trovare idonea giustificazione (dal punto di vista della legittimità dei confini così posti all'autonomia dei privati) in quella funzionalizzazione della materia contrattuale, nella cui direzione, si è visto, sembra doversi intendere la recente evoluzione del diritto privato europeo.

Dall'altro, potrebbe rappresentare la presa d'atto della perdita di centralità della fattispecie contrattuale, (nei termini sopra precisati); la presa d'atto, cioè del venir meno (in determinate dinamiche negoziali) di quella scissione concettuale che, contrapponendo il procedimento di formazione del consenso alla regola contrattualmente posta, consentiva di subordinare la possibilità di un sindacato sulla seconda (in termini di equilibrio del sinallagma) solo in virtù di un vizio attinente al primo.

E l'indice normativo che, più direttamente, sembra favorire questa interpretazione, è rappresentato dall'art.9 della legge sulla subfornitura.

In forza di tale disposizione, infatti, come è emerso dalla precedente esegesi, la nota che caratterizza ed individua gli estremi dell'abuso di dipendenza economica (e, cioè, della situazione di debolezza di uno dei contraenti) è rappresentata unicamente dalla presenza di un obiettivo squilibrio fra le prestazioni contrattuali, rimanendo la valutazione de quo svincolata da ogni riferimento alla necessità di una indagine relativa alla integrità del consenso prestato.

Né, alcuna conseguenza, in termini d'irrilevanza dello squilibrio parrebbe potersi trarre dalla eventuale dimostrazione che i termini dello scambio, espressi in termini chiari e comprensibili, siano stati oggetto di ampia contrattazione e corrispondano, quindi ad un effettivo consenso.

Quanto alla disciplina delle clausole abusive nei contratti dei consumatori, più problematica appare, rispetto ad essa la possibilità di avanzare un profilo ricostruttivo analogo.

In tale disciplina, tuttavia, è presente il richiamo per cui la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene all'adeguatezza del corrispettivo del bene o del servizio, purché tali elementi risultino in modo chiaro e comprensibile.

Occorre, tuttavia, tenere presenti, come si è visto nei precedenti paragrafi, le difficoltà di una netta separazione fra uno squilibrio normativo ed uno squilibrio economico del contratto; la dottrina ormai prevalente sembra considerare che la valutazione della vessatorietà o meno della singola clausola difficilmente può rimanere svincolata dalla considerazione del contenuto economico dell'operazione negoziale.

Va inoltre posta in dubbio l'idoneità del richiamo alla chiarezza e comprensibilità del prezzo o corrispettivo a fondare una tutela appropriata del consumatore.

Da tale richiamo parrebbe essersi equiparato, nella logica di questa disciplina, il consenso "informato" (quello che, cioè, poggia su una chiara e comprensibile informazione fornita dal professionista) al consenso effettivo o consapevole.

L'inadeguatezza di una siffatta tutela potrebbe emergere dalla considerazione delle strette connessioni da sempre riscontrabili fra l'informazione commerciale e la pubblicità.

L'informazione commerciale, per quanto dettagliata, ha sempre un contenuto pubblicitario e promozionale del prodotto o servizio offerto.

Senza poter approfondire in questa sede la problematica in questione ci limitiamo a segnalare come di questa inevitabile interferenza si sia reso conto lo stesso legislatore comunitario che, nel disciplinare taluni aspetti dei contratti e delle garanzie concernenti la vendita di beni di consumo (disciplina da noi introdotta con l'aggiunta degli artt.1519 *bis* - 1519 *nonies* del codice civile), ha introdotto la nozione di "conformità del bene al contratto".

Con tale nozione pare che il legislatore abbia voluto vincolare il professionista, non tanto a specifici obblighi di informazione nei riguardi del consumatore, bensì alle aspettative del consumatore stesso sul bene oggetto della vendita; aspettative la cui legittimità deve essere valutata (anche) in relazione alle dichiarazioni ed informazioni pubblicitarie rese dal professionista.

Con l'introduzione dell'obbligo di conformità sembra cioè che, rispetto all'ambito contrattuale considerato, si sia voluto attribuire un valore "contrattuale" a quell'attività prenegoziale svolta dal professionista che sia stata idonea ad ingenerare determinate aspettative nel consumatore e ciò lascia intravedere nuovi orizzonti nella prospettiva della rilevanza dell'equilibrio del contratto.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI R(OSALBA), *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in «Europa e diritto privato», 2000, 961 ss.

ALPA, *La morte del contratto, dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del "Common Law."*, in «Pol. dir.», 1976, 727 ss.

ID., *Prime note di raffronto tra i Principi UNIDROIT e il sistema contrattuale italiano*, in «Contr. Impr. Europa», 1996, 316 ss.

ID., *Il diritto dei consumatori*, Roma – Bari, 1999.

ID., *La giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1999, 725 ss.

ID., *I PECL predisposti dalla commissione Lando*, in «Riv. crit. dir. civ.», 2000, 481 ss.

AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico, Premesse generali*, Napoli, 1957.

BARASSI, *Giusto salario e salari anormali. Contributo al concetto di equivalenza nei contratti onerosi di scambio*, in «Riv. dir. comm.», 1917, 1 ss.

BARBA, *L'abuso di dipendenza economica*, in Cuffaro (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998.

BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.

ID., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.

ID., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, relazione al convegno il contratto e le tutele (Roma 31 maggio – 1 giugno 2001)

BARENGHI, *sub art.1469 bis*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di Barengi, Napoli, 1996, 47 ss.

BARMANN, *Pacta sunt servanda. Considerations sur l'histoire du contract consensuelle*. «In. rev. int. dr. comp.», 1961, 39.

BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico, con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano, 1964

BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1998, 30 ss.

BENUCCI, *La dipendenza economica nei rapporti fra imprese*, in Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 213 ss.

BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1952.

BIANCA, *Diritto civile, 2, Il contratto*, Milano, 1984.

BLOMEYER, *Forschritte der modern Schuldrechts dogmatik*, in «Arch. Fur. civ.», Praxis, 1995, 527 ss.

BONELL, *Lex mercatoria*, voce Dig. disc. priv. (sez comm.), IX, Torino, 1993, 11 ss.

ID., *An International Restatement of Contracts Law*, Irvinton, N.Y., 1994.

BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sui contratti di subfornitura, nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999.

BRECCIA, *La causa del contratto*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da Bessone), Torino, 1999, 1 ss.

CALISSE, *Prezzo vile e prezzo simbolico nella compravendita*, in «Corr. Giur.», 1994, 44 ss.

CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.

ID., *Integrazione giuridica europea, e regolazione del mercato, La disciplina dei contratti di consumo, nel sistema del diritto della concorrenza*, in «Europa e diritto privato», 2001, 703 ss

CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1914.

CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.

CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, in Vettori (a cura di) *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 377 ss.

CARINGELLA, *Vendita a prezzo irrisorio (o vile) e rilevanza causale della fattispecie traslativa. Un improbabile ritorno al passato della corte di legittimità*, in «Foro it.», 1994, I, 2489.

CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d.

CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3° ed, Roma, 1951.

CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in «Riv. dir. civ.», 1963, 365 ss.

CASO, *Subfornitura industriale. Analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1998, 286 ss.

CASO – PARDOLESI, *La nuova disciplina dei contratti di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in «Riv. dir. priv.», 1998, 712 ss.

CASTRONOVO, *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti, codice o restatement*, in «Europa e diritto privato», 1998, 1019 ss.

CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale", nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001.

CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

CERIDONIO, *Sub art.9, commento alla legge 18 giugno 1998 n.192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in «Leggi civ. comm.», 2000, 430 ss.

CIAN, *Il nuovo capo XV bis (titolo II libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in «Studium juris», 1996, 419 ss.

CIOFFI, *Sindacato di vessatorietà e "core Provision", in Clausole "vessatorie" e "abusive" – Gli artt.1469 bis ss. cod. civ. e i contratti del consumatore*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 1997, 205 ss.

CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.

COASE, (Trad it) in Grillo (a cura di), *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995.

COLESANTI, *Poteri del giudice e cosiddetto "fondamento del negozio"*, in «Jus», 1958, 392 ss.

COMPORTI, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla teoria della presupposizione*, in Studi senesi, Siena, 1960.

CRISAFULLI, voce "Atto normativo", in Enc. dir., IV, Milano, 1959, 245 ss.

CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in «Europa e diritto privato», 2001, 23 ss.

CUFFARO, (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998.

ID., *La disciplina delle controversie*, in Cuffaro (a cura di) *La subfornitura industriale nelle attività produttive*, Napoli, 1998.

D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

DELLA VALLE, in Carnero della Valle (a cura di), *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1994 94 ss.

DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: i rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in «Giur. comm.», 1998, I, 838 ss.

DELL'UTRI, *La conclusione del contratto*, in Cuffaro (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998.

DE NICOLA COLOMO, *La subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 1998.

DE NOVA, *Sul rapporto fra disciplina generale del contratto e disciplina dei singoli contratti*, in «Contr. Impr.», 1988, 327

ID *La subfornitura, una legge grave*, in «Riv. dir. priv.», 1998, 449 ss.

DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in «Riv. dir. comm.», 1998, I, 5 ss.

ID., *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in «Contratti», 1998, 545 ss.

DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, Messina – Milano, 1933.

DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1948, 26 ss.

Di Majò Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

FERRARA, *Accenni sulla presupposizione*, in «Foro it.», 1939, I, 84 ss.

FERRI, G. B., *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in «B.B.T.C.», 1960, I, 485 ss.

DI MAJO, *I "Principles" dei contratti commerciali internazionali tra Civil Law e Common Law*, in «Riv. dir. priv.», 1995, I, 609.

ID., *I Principi dei contratti commerciali dell'UNIDROIT*, in «Contr. Impr. Europa», 1996, 287 ss.

FERRI G. B., *Causa e Tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

ID., *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1995.

FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959.

FILANTI, voce «Nullità», in Enc. Giur., Milano, 1990, XXI, 9 ss.

ID., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.

FRANCESCHELLI, *Consumer protection, teoria dell'atto di consumo e il centenario del codice di commercio*, in «Giur. comm.», 1982, I, 773.

FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella l.192/98: problemi di diritto sostanziale*, in «Contratti», 1999, 188 ss.

GABELLONE, *Abuso di posizione dominante e tutela del soggetto debole*. Profili privatistici, Napoli, 2000.

GALGANO, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in «Contr. impr.», 1987, 733 ss

ID., *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali*, in «Contr. Impr.», 1993, 421 ss.

GALLO, *Della presupposizione*, in «Giur. compl. Cass. Civ.», 1952, II, 885.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, III ed., Napoli, 1992.

GENTILI, *L'equilibrio del contratto nei principi del diritto contrattuale europeo*, in *Il codice civile europeo*, Milano, 2001, 198 ss.

GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, in «Giur. it.», 1999, 671 ss.

GIORGIANNI, voce "*Causa*", (diritto privato), in *Enc. dir.*, 1960, IV, 547, ss.

ID., *Negozi giuridici collegati*, in «Riv. it. per le scienze giuridiche», 1937, 337 ss.

ID., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1961, 396.

GIULIANI, *La Giustizia come reciprocità*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1970, 722 ss.

GOBBO, *Il controllo dei prezzi industriali*, Bologna, 1982.

GORDLEY, *Equality in exchange*, in «California Law Review», 1981, 1587 ss.

ID., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991.

GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva dei diritti reali*, Milano, 1983.

GRANIERI, *Subfornitura industriale: riflessi in ambito distributivo e concorrenziale*, in «Disc. comm.», 1999, 61 ss.

GRISI, *L'autonomia privata, Diritto dei contratti e disciplina costituzionale del mercato*, Milano, 1999.

GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma – Bari, 1997.

GUZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in «Riv. dir. comm.», 1999, I, 67 ss.

ID., *Congruietà dello scambio e contratti di credito*, in Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 437 ss.

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

ID., *Scambi senza accordo*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2, 1998, 347 ss.

ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in «Riv. dir. civ.», 1999, I, 1 ss.

JERING, *Der Zweck in Recht*, I, Leipzig, 1884.

KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, (trad. it.), Milano, 1952.

LANZILLO, *Regole del mercato e congruietà dello scambio contrattuale*, in «Contr. Impr.», 1986, 311 ss.

ID., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.

LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in «Foro it.», 1996, 152 ss.

LIPARI, *Autonomia Privata e Testamento*, Milano, 1969.

LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1960.

ID., *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964.

LUZZATTO, *I principi UNIDROIT e l'arbitrato commerciale internazionale*, relazione al simposio su "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: an international "Restatement" of the law of contracts, tenutosi a Roma, 6 e 7 ottobre 1995, oggi in Bonell – Bonelli (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT, Un codice internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1997, 172 ss.

MACIOCE, *La presupposizione*, in Alpa – Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, III, *I requisiti del contratto*, in «Giur. sistem. dir. civ e comm.», fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, 487 ss.

MAFFEIS, *sub art.9*, in De Nova (a cura di), *La subfornitura*, L. 18 giugno 1998 n.192, Assago, 1998, 18 ss.

MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1986, 272.

MARRELLA, *La lex mercatoria apres le Principes d'UNIDROIT*, Paris, 1999.

ID., *Lex mercatoria e Principi UNIDROIT*, in «Contr. Impr. Europa», 2000, 29 ss.

MARTORANO, "Presupposizione" ed errore sui motivi, in «Riv. dir. civ.», 1958, I, 69 ss.

MAZZAMUTO, *Principi di diritto europeo dei contratti: spunti all'edizione italiana*, in «Europa e diritto privato», 2002, 847 ss.

MAZZONI, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in «Giur. comm.», 1976, I, 622.

MENGONI, *Recensione alla 1° edizione dell'opera di Larenz (Geschäftsgrung ...)*, in «Riv. dir. comm.», 1953, I, 257.

ID., *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in Vettori (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, 33 ss.

ID., *Autonomia privata e Costituzione*, in «B.B.T.C.», 1997, I, 20 ss.

MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1998, 389 ss.

MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in Tratt. Dir. Civ. e comm. Diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, 73 ss.

MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999.

ID., *I diritti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998 n.281*, in «Contratti», 1999, 395 ss.

MONATERI, *Le sineddoche, formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.

MONTEL, voce “*Lesione*”, in *Nuovo Dig. It.*, Torino, 1938, 774 ss.

MONTICELLI, *sub art.1469 ter*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesaro, I, Padova, 1996, 432.

MORA, *Subfornitura e dipendenza economica*, in «Contratti», 1999, 95 ss.

MOSCO, *Onerosità e gratuità negli atti giuridici, con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942.

MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: the First Twentyfive Years, Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987.

NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999.

NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.

ID., voce “*Codice civile*”, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 248 ss.

OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, 1921.

ID., *Entgeltliche Geschäfte*, Leipzig, 1912.

OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in «Riv. dir. civ.», 1998, I, 525 ss.

ID., *Principi*, in Buonocore (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2001, 42 ss.

ORLANDO-CASCIO, *Il "nuovo volto" del diritto privato*, in «Riv. dir. civ.», 1964, II, 65 ss.

OSTI, voce "*Contratto*", in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 489.

OSTI, *Mercato concorrenza e regole*, Milano, 1999.

PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c. d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in Barba (a cura di), Napoli, 2000, 295 ss.

ID. *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 455 ss.

PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in «Foro it.», 1994, 146.

PARRELLA, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari*, in «Dir. banca e merc. fin.», 1997, 507.

PERGOLESI, *I negozi giuridici come fonti normative*, in «Foro it.», 1937, IV, 261 ss.

PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I, La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962.

ID., *I nuovi profili del contratto*, in «Rass. dir. civ.», 2000, 546 ss.

ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in «Rass. dir. civ.», 2001, 2, 336 ss.

PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963.

PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?*, in «Giur comm.», 1997, II, 566 ss.

PRATI – CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999.

PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in «Rass. dir. civ.», 1999, 630 ss.

PUGLIATTI, *L'interesse privato e l'interesse pubblico nel libro delle obbligazioni*, in Saggi, Milano, 1951.

RAISER., *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg, 1977.

REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1959, 347.

ID, *La causa del contratto secondo il nostro codice civile*, in Studi in onore di Cicu., II, Milano, 1951

RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in «Justitia», 1967, 3, ss.

RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in «Riv. dir. civ.», 1965, I, 205.

RINALDI – TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in Sposato – Coccia (a cura di), *La nuova disciplina del contratto di subfornitura nella legge n.192 del 1998*, Torino, 120 ss.

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in «Contr. Impr.», 2001, 611 ss.

ROSSI, *Effetti della violazione delle norme antitrust sui contratti fra imprese e clienti: un nuovo caso relativo alle "norme bancarie uniformi"*, in «Contratti», 1996, 152 ss.

ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977.

RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della l. 18 giugno 1998 n.192: "correzione" dell'autonomia contrattuale e tutela del subfornitore come professionista debole*, in «Resp. com. impr.», 1998, 405 ss

ID., *Il contratto del 2000*, Torino, 2002.

RUSSO, *Sull'equità nei contratti*, Napoli, 2001.

SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 362.

ID., *Atto giuridico*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli,

SACCO, *L'autonomia contrattuale*, in Sacco – De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 1993, 1 ss

ID., *L'autonomia nel diritto privato*, in Dig. Disc. Priv. (sez. civ.), Torino, 1987, I, 557 ss.

SALANITRO, *Disciplina autitrust e contratti bancari*, in «B.B.T.C.», 1995, II, 393 ss.

SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it.), Torino, 1891.

ID., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964.

SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano - Varese, 1960.

SCHINAIA, *Disciplina dei prezzi - Diritto pubblico*, in Enc. Giur., XXIV, 1991, 1 ss.

SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso. ed unità del negozio contrattuale*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1964, 1351 ss.

ID., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in «Giur. it.», 2001, IV, 231 ss.

SCIALOJA, *Negozi giuridici*, III ed, Roma, 1933.

SCOGNAMIGLIO, *Recensione a Auricchio, La simulazione*, cit., in «Riv. dir. civ.», 1958, I, 342 ss.

ID., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da Grosso e Santoro-Passarelli), Milano, 1961.

ID., *Dei contratti in generale*, in *Tratt. Dir. civ.*, (diretto da Grosso e Santoro Passarelli), 1966, 282 ss.

ID., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2° ed, Napoli, 1969.

SCHMIDT-RIMPLER, *Zum Problem dre Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für Nipperdey*, München-Berlin, 1955.

SIRENA, *Il giudizio di abusività delle clausole c. d. economiche*, in *I diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di G. Alpa e V. Levi, Milano 2001, 340 ss.

SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparatistici di una vicenda concettuale*, Milano, 2000.

ID., *Definizione codicistica di contratto e vinculum juris*, in *Mat. Storia e cult giur.*”, 1990, 138.

SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante ed abuso di dipendenza economica*, in «*Riv. dir. ind.*», 1999, I, 207 ss.

STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

TORRENTE, – Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, IVX ed., Milano, 1995.

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XXX ed, Padova 1989.

TROIANO, *Art. 1469 bis, 1° comma, “significativo squilibrio”*, in *Commentario agli artt. 1469 bis – 1469 sexies del codice civile*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997, 36 ss

TROVATORE, *La definizione atipica delle “clausole abusive”, tra controllo giudiziale e trattativa individuale*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1997, 981 ss.

TUCCI, *Clausole vessatorie o abusive e disciplina dei contratti d’investimento*, in «Rass. dir civ.», 1999, 147 ss.

VETTORI, *Introduzione*, in Vettori (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, 1 ss.

ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in «Riv. crit. dir priv.», 2000, 21 ss.

WALINE, *L’individualisme et le droit*, Paris, 1949.

WINDSCHEID, *die Lehre der romischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850.

ID., *Il diritto delle pandette* (trad. it.), Torino, 1930.

ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra contratti commerciali e contratti dei consumatori)*, in «Giur. it.», 1993, IV, 57 ss.