Introduzione

SINALLAGMA E AUTONOMIA NEGOZIALE

Sommario: 1. Sinallagma genetico e sinallagma funzionale. – 2. Contratti *delle imprese e dei consumatori*: per un ritorno della dicotomia diritto *civile e commerciale*. – 3. Clausole di limitazione o esclusione della risoluzione ed autonomia privata. – 4. Controllo sull'equilibrio contrattuale e diversità di *status*.

1. Sinallagma genetico e sinallagma funzionale

Di *sinallagma* il codice non fa diretta menzione. Si tratta di concetto elaborato in dottrina, che trova riscontro positivo immediato esclusivamente per quello che viene definito come *sinallagma genetico*.

La distinzione tra *sinallagma genetico* e *funzionale* è assai chiara in dottrina, specie in chi ha affermato che «sinallagma significa rapporto di dipendenza, ed è appunto il rapporto di dipendenza delle due obbligazioni che determina immediatamente le parti del contratto bilaterale a cadere nell'*in idem placitum consensus*; così che, se l'una obbligazione non nasce, viene meno non tanto l'altra obbligazione, quanto addirittura la fonte del rapporto, il contratto. Se nascono ambedue, il contratto è perfetto nella sua causa, poiché questa, come elemento della formazione del contratto, si esaurisce appunto nel momento della formazione stessa. Che il successo dell'obbligazione consista poi nell'effettiva esecuzione della prestazione, che ciascuno dei diritti d'obbligazione creati dal contratto abbia per oggetto una prestazione, sono cose che non riguardano la formazione del contratto, e quindi il negozio giuridico, ma, se mai, il rapporto creato dal contratto. Se si fa causa del contratto lo scambio delle prestazioni, si pone come causa del negozio quello che è l'oggetto della rapporto creato dal negozio stesso, cioè del rapporto obbligatorio. (...) Per ciò, dal punto di vista della causa del negozio, cioè del consenso delle parti nel contratto bilaterale, si deve dire che il sinallagma è genetico, nel senso che *alla formazione del contratto è necessaria e sufficiente la esistenza delle reciproche obbligazioni*»¹.

¹ G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 110-111, nostro corsivo.

Emerge qui lo stretto collegamento tra sinallagma genetico e causa del contratto; ed anzi può dirsi che il referente positivo della esistenza del sinallagma genetico è proprio nell'art. 1325, n. 2, che codifica il c.d. principio causalistico². In ciò è poi possibile intravedere una singolare comunanza a livello comparatistico: la funzione assolta dalla causa, nei sistemi continentali, è assolta dalla *consideration*, in quelli di *common law*³.

Il concetto di sinallagma *funzionale* è invece privo di un riscontro diretto nel codice. Si tratta di generalizzazione tratta dal ricorrere di una articolata tutela della esecuzione del contratto, dello scambio⁴.

Vi è una norma che sancisce la nullità in caso di inesistenza del sinallagma genetico – cioè il vincolo originario tra *le obbligazioni*, che costituisce la causa del contratto⁵. Ciò è ottenuto costruendo quest'ultima quale “requisito” del contratto (art. 1325, n. 2 cod. civ.) e sanzionando la sua mancanza con la nullità ex art. 1418, co. 2.

È dunque la tecnica adottata dall'ordinamento nel riconoscere il sinallagma genetico, e cioè la sua oggettivazione in un requisito coevo alla stipulazione e racchiuso nell'atto, che consente, per la sua tutela, un giudizio di *aut-aut*, un discernimento tra “bianco e nero”: la causa del contratto c'è o non c'è e dunque il giudizio di validità è praticabile ed appropriato.

² Ciò è di rilievo, inoltre, perché il principio causalistico è strettamente correlato al principio consensualistico, di cui all'art. 1376 cod. civ. E poiché il principio consensualistico regola il trasferimento del diritto, fenomeno incidente sulla esecuzione del contratto, l'introduzione dell'art. 1376 cod. civ. ha significato attrarre nell'orbita del momento genetico del contratto ciò che per l'innanzi si situava sul piano della esecuzione del contratto: in ultima analisi, ampliare la sfera del sinallagma genetico riducendo correlativamente quella del sinallagma funzionale.

³ Cfr. G. GORLA, voce *Consideration*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, s.d. (ma 1961), 176 ss.

⁴ Si tratta di concetto che si innesta su altra bipartizione, ormai acquisita in dottrina, che distingue tra *contratto*, come atto di posizione del regolamento di interessi delle parti, e *rapporto*, come relazione diacronica tra le parti: «altro è il contratto, altro il rapporto che ne nasce; e se l'uno determina, regola o influenza l'altro, non perciò la distinzione viene meno. Ha il secondo elementi propri, costitutivi e di funzionamento, che non sono del primo e viceversa: così la causa del contratto è di questo, non del rapporto che ne nasce, così (...), tutto ciò che tocca il rapporto non fa venir meno la causa del contratto, come invece dovrebbe essere, se la causa funzionasse anche nel rapporto» (G. GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., 122 e *ivi* nota 1, nostro corsivo). La distinzione tra sinallagma genetico e funzionale è sintetizzata così da F. MESSINEO (*Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, 9ª ed., Milano, 1959, 642): «in quanto sinallagma genetico, il contratto stabilisce l'interdipendenza *fra le obbligazioni* al momento del perfezionamento del contratto; mentre, in quanto sinallagma funzionale, esso stabilisce tale interdipendenza, *anche fra le prestazioni* da effettuare».

⁵ G. GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., 144; 157.

L'esistenza di un vincolo di dipendenza tra le prestazioni nella fase dell'attuazione del rapporto (sinallagma *funzionale*) è priva invece di un referente così esplicito ed immediato: codesto vincolo è stato ricostruito per induzione dalla dottrina, già sotto il codice previgente, intravedendone altrettanti indici sintomatici nei rimedi concessi, a fronte dell'inattuazione del rapporto, al contraente fedele⁶ (azione di adempimento, di risoluzione, di risarcimento, di riduzione del corrispettivo, eccezioni dilatorie, etc.).

Non vi è dunque nell'ordinamento una norma che vieti all'autonomia delle parti di conformare il nesso di dipendenza tra *le prestazioni* nel rapporto contrattuale (c.d. sinallagma funzionale). E ciò è comprensibile, perché il sinallagma funzionale non è stato oggetto di un processo di riconoscimento giuridico analogo a quello relativo al sinallagma genetico. Esso non è stato oggettivato in un requisito, la cui esistenza possa essere accertata in modo non graduato.

Codesta differenza di struttura tra le due forme del sinallagma importa conseguenze rilevanti in punto di imperatività delle norme sulle quali rispettivamente si poggiano.

Parte della dottrina, in passato, ha accomunato il controllo dell'ordinamento quanto alla «possibilità/sussistenza originaria della causa (in concreto)» e quanto alla sua «persistenza nel tempo»⁷ e, pur rilevando la subordinazione della rilevanza della sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione, ovvero dell'inadempimento (eventi che inciderebbero sulla *persistenza* della causa), alla *volontà* della parte "pregiudicata", ha immotivatamente svalutato la diversità della disciplina positiva, che ricollega alla mancanza di causa originaria la *nullità* e alla mancata realizzazione dello scambio la *risolubilità* (nel caso di cui all'art. 1464 cod. civ. tramite il recesso)⁸.

Ma la imprescrittibilità, la legittimazione estesa, la rilevabilità d'ufficio, la non sanabilità (di regola) della nullità acquistano significato deci-

⁶ G. GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., 137 ss.

⁷ E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 908 secondo cui anche nelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta, ovvero di inadempimento «viene ad essere parzialmente ferita o compromessa in secondo tempo, la attuazione del risultato complessivo, preveduto, "programmato" ed assunto a causa del contratto» (p. 911).

⁸ E. REDENTI, *La causa*, cit., 911, che rileva che tali "eventuali accidenti" (impossibilità sopravvenuta, inadempimento) «acquistano rilevanza solo se la parte, che vede ferita o compromessa la causa dal suo punto di vista (come *causa obligandi* per lei), prenda l'iniziativa ...», ma poi conclude che «se pure il regime esteriore è spiegabilmente anzi inevitabilmente diverso, il fondamento intrinseco invece è pur sempre analogo a quello della ipotesi (modernizzata) della *causa data causa non secuta*, e cioè un fondamento prettamente causale».

sivo al cospetto degli opposti attributi della risoluzione (e del recesso)⁹.

Alla scelta di codesti diversi e contrastanti strumenti tecnici, da parte del legislatore, deve essere assegnato dunque il valore che ad essa compete. La previsione, per la mancata attuazione dello scambio, di uno strumento lasciato alla disponibilità delle parti non consente – ci pare – di limitare tale disponibilità alla fase successiva all'inadempimento.

Del resto, neppure per il caso dell'inadempimento *imputabile* può dirsi che la corrispettività delle prestazioni importi necessariamente il mantenimento di tutti i rimedi previsti dall'art. 1453 cod. civ. e segnatamente della risoluzione del contratto.

Anzi, ci pare che l'essenza di tale rapporto sinallagmatico dovrebbe situarsi piuttosto nell'azione di adempimento, che nell'azione di risoluzione. La centralità della prima, rispetto a quest'ultima, è altresì confermata dalla circostanza che nei casi in cui è ammessa un'azione costitutiva, di cui all'art. 2908 cod. civ., la manutenzione del contratto, non dovendo scontare l'incertezza della esecuzione di una sentenza di condanna, si pone addirittura come strumento ineludibile di attuazione del programma negoziale¹⁰.

L'essenza del vincolo tra le prestazioni sta proprio nella possibilità di coartare l'inadempiente all'adempimento e sotto tale profilo la previsione di un'intera sezione del libro sesto del codice, dedicata alla esecuzione in forma specifica, manifesta tale propensione del legislatore¹¹. L'azio-

⁹ Prescrittibilità nel termine ordinario, esperibilità solo da una delle parti, non rilevanza d'ufficio, etc. Né va sopravvalutata la ritenuta automaticità della risoluzione ex art. 1463 cod. civ.: perché si tratta comunque di rimedio che potrà essere invocato solo dalle parti (ancorché la sentenza chiesta al giudice possa qualificarsi come dichiarativa; del resto per l'ipotesi complementare dell'art. 1464 cod. civ. si prevede un *recesso*) e non rilevabile d'ufficio e, secondo quanto si è esposto sopra, derogabile convenzionalmente. E nel senso della ammissibilità di una *rinunzia* ad avvalersi dell'art. 1463 cod. civ. si è espressa una parte assai autorevole della dottrina (P. PERLINGIERI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 541).

La maggiore rigidità del sinallagma genetico, rispetto a quello funzionale (conformabile in certa misura anche riduttiva dalle parti), trova un chiaro referente nell'art. 1462, co. 1, che tratta in modo differenziato da un lato il patto che incide sulle eccezioni di *nullità*, *annullabilità* e *rescissione* e, dall'altro e *a contrario*, quello che incide sul rilievo dei vizi del sinallagma funzionale, che importano risoluzione (art. 1453 ma anche, per alcuni, 1467 cod. civ.).

¹⁰ Anche nel caso dell'art. 2932 cod. civ., la esclusione della eseguibilità in forma specifica da parte del titolo è eccezionale, sia nella previsione della norma, sia nella ricorrenza in concreto (non constano precedenti recenti).

¹¹ «Per principio il rapporto creato dal contratto sinallagmatico è tale, che ciascuna parte è obbligata ad adempiere la propria prestazione; pertanto la parte adempiente, di fronte all'inadempienza dell'altra, dovrebbe aver diritto soltanto all'esecuzione, non alla risoluzione del rapporto»: G. GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., 137, seppur in relazione alla c.d. inadempienza

ne di adempimento è infatti volta a tradurre in atto la forza di legge del contratto, proclamata all'inizio del primo comma dell'art. 1372 cod. civ. L'azione di risoluzione costituisce invece deroga a tale principio generale, eccezionalmente ammessa nella seconda parte della stessa norma.

Il sinallagma genetico assicura che il vincolo giuridico di una parte non sorga validamente senza un correlativo sacrificio (vincolo obbligatorio o prestazione traslativa reale) dell'altra parte¹². Qui il diritto potrebbe fermarsi, perché in astratto l'ordinamento giuridico si pone come sistema in grado di far corrispondere *l'essere* al *dover essere*.

Tuttavia, pragmaticamente, il legislatore rileva che in concreto vi possono essere zone di impotenza alla perfetta realizzazione del *dover essere* e concede ai contraenti la facoltà di ritrarsi dal vincolo giuridico contratto, qualora al già realizzato "scambio delle obbligazioni" non segua l'effettivo "scambio delle prestazioni".

La causa del contratto non potrà farsi coincidere con *l'effettiva realizzazione* degli effetti del contratto, bensì con la semplice "*virtualità attuale*" del contratto a produrli¹³. Se il legislatore avesse voluto riconoscere validi-

semplice. Non appena la natura della prestazione o la tipologia dello scambio lo consentono, il legislatore privilegia l'esecuzione coattiva del contratto: cfr. artt. 1515 e 1516 cod. civ. relativi all'inadempimento nella vendita di cose mobili, richiamati per l'inadempimento al contratto di riporto (art. 1551, co. 1, cod. civ.).

¹² La nullità non è posta esclusivamente a presidio di norme imperative e di interessi pubblicistici (da qui il carattere di inderogabilità della disciplina che la concerne) ma tutela anche l'interesse della parte, appunto, a che il proprio vincolo giuridico non sorga senza quello correlativo altrui.

Nel primo dopoguerra parte della dottrina e della prassi hanno nuovamente riferito il concetto di causa alla singola obbligazione, alla promessa: in dottrina si vedano le opere di G. GORLA, in particolare, *Il contratto*, I, Milano, 1954, passim (spec. 221 ss.); nel ceto dell'avvocatura, E. OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, I, 364, nota 38, che intende la causa nel senso «di corrispettivo, di ragione giuridica che ha determinato la promessa» (e la "postilla" di E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, *ivi*, 1950, I, 895 ss., laddove la causa viene identificata come elemento che compone, insieme all'oggetto, il contenuto del contratto (pp. 900-902).

¹³ Rimangono di grande attualità le pagine di G. OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1973, I, 412-413: «il diritto riconosce e disciplina i contratti (...) non *in quanto produrranno*, bensì *perché potranno produrre* determinati effetti economici; non cioè in vista della *effettiva produzione futura* di questi effetti, bensì in vista della *virtualità attuale* del contratto a produrli»; «nell'inadempimento di un'obbligazione discendente dal contratto non si potrà mai vedere un totale o parziale venir meno della causa» (nostro corsivo). Per quest'ultimo rilievo, di recente, anche C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, 262. Nel medesimo senso, A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, 19: «In questa concezione attuale ed astratta della causa non possa trovare cittadinanza la realizzazione concreta della funzione del negozio. In altri termini, quest'ultima deve essere considerata nella sua *rea-*

tà al contratto solo a fronte di una effettiva esecuzione delle prestazioni, avrebbe fatto della categoria dei contratti *reali* la regola, e non l'eccezione: infatti solo allorché lo scambio avviene "mano contro mano" l'effettivo conseguimento della prestazione non può essere pregiudicato.

Ma la *realità* dello scambio quale regola generale è legata alla storia, piuttosto che all'attualità dei sistemi giuridici ed economici moderni.

Messa dunque a nudo la diversa natura dei due rapporti sinallagmatici, ci pare che emerga con chiarezza che solo quello genetico è ontologicamente ineliminabile¹⁴, mentre quello funzionale corrisponde a quanto l'ordinamento ritiene sia la inespressa volontà delle parti contraenti¹⁵.

E quanto detto a proposito dell'inadempimento in senso tecnico, può ripetersi per l'inattuazione non imputabile del vincolo, dal momento che le parti possono prevedere una possibilità di attuazione dello scambio su

lizzabilità e non nella sua effettiva realizzazione, come programma e non come esecuzione, sì che può venire a mancare solo per una ragione incidente sulla sua presenza originaria o meglio sulla sua valutazione a priori al momento della stipulazione del contratto, e non per un motivo di sopravvenienza che faceva venir meno a posteriori la sua realizzazione senza eliminare la sua originaria realizzabilità. In tale concetto non possa ovviamente rientrare l'inadempimento, l'impossibilità sopravvenuta, l'eccessiva onerosità e tutte quelle altre vicende che incidono sulla sola realizzazione concreta della funzione del negozio senza contraddire la sua realizzabilità originaria e la conseguente esattezza e legittimità della valutazione aprioristica della stessa effettuata all'atto della stipulazione».

¹⁴ Se però il contratto è aleatorio, l'incertezza che incide sullo stesso sinallagma genetico è compatibile con la validità del negozio: in questo senso, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, 2ª ed., Milano, 1971, 465, trattando della ammissibilità di patti traslativi del rischio concernente la impossibilità *verificatasi già prima della determinazione del contratto* (che per tale motivo non è rischio in senso tecnico), richiama, quale esempio, la vendita *a rischio e pericolo* del compratore, rilevando: «qui anzi il rischio è più intenso che nel senso tecnico ordinario, al punto da giungere a trasformare il negozio da vendita in un contratto aleatorio, che non è più vendita, in quanto incide sullo stesso sinallagma genetico, comportando la possibilità che il prezzo sia dovuto sebbene la controprestazione fosse impossibile *ab origine*».

¹⁵ Un indice in tal senso si può cogliere da ciò. Mentre alla *impossibilità originaria* della prestazione consegue la nullità del contratto, ex art. 1418, co. 2 e art. 1346 cod. civ. (ivi si parla dell'impossibilità dell'oggetto, ma la formulazione non va sopravvalutata), disciplina che è inderogabile, alla *sopravvenuta impossibilità* della prestazione consegue la risoluzione del contratto, ex art. 1463 ss. cod. civ.: e tali norme sono ritenute pacificamente derogabili. Poiché la risoluzione è tipica espressione del sinallagma funzionale, ne consegue che il primo è intangibile dalla parti, mentre il secondo è conformabile dalle medesime.

Né si potrebbe richiamare quella dottrina A. DALMARTELLO, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig.*, VI, Torino, 1957, 355, nota 1) che ritiene che il rimedio di cui all'art. 1463 ss. cod. civ. sia espressione del sinallagma genetico: perché tale conclusione non rispetta il dato letterale del tipo di rimedio apprestato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione. E perché comunque sono pacificamente considerate derogabili anche le norme di cui agli artt. 1467 ss. cod. civ. e certo non potrà dirsi che la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione è vizio del sinallagma genetico del contratto.

piani alternativi, per equivalente, pur a fronte della impossibilità non imputabile della prestazione dedotta in contratto, estendendosi così correlativamente il ruolo dell'azione di manutenzione.

Il sinallagma *genetico* ci pare conseguentemente caratterizzato da una rigidità spiccata. Le deroghe convenzionali che esso sopporta sono assai contenute.

Dal momento che sinallagma genetico significa sostanzialmente corrispettività *delle obbligazioni*, la deroga ad esso – cioè la rottura della contestualità del sorgere delle obbligazioni contrapposte – ci porta nel campo della promessa unilaterale.

E tuttavia anche qui troviamo figure di confine. La promessa unilaterale condizionata al compimento di alcunché da parte del promissario non è altro che la versione “debole” del contratto, ove il sinallagma genetico è sostituito da un più blando legame tra i comportamenti richiesti da ciascuno dei soggetti della vicenda. Certo non può dirsi che un sinallagma genetico in senso tecnico qui permanga, perché al vincolo giuridico di una parte non corrisponde quello dell'altra (il promissario), e tuttavia questi è esortato a tenere il contegno dedotto in condizione della promessa. E mentre il sinallagma genetico importa la *nullità* del vincolo di una parte a fronte della invalidità del vincolo dell'altra, la deroga al sinallagma genetico – costituita dalla scissione tra le due obbligazioni corrispettive, per rendere l'una una promessa unilaterale e l'altra la condizione di questa – importa la *inefficacia* della promessa unilaterale medesima, nel senso che sinché non si verifica la condizione, cioè il promissario non tiene il comportamento conforme all'interesse del promittente, la promessa condizionata resta senza effetto, e dunque incoercibile.

La tutela della corrispettività dello scambio può dunque aversi con lo strumento, più raffinato, del sinallagma genetico – che importa nullità nel caso di sua patologia – ovvero in forma cadetta, con lo strumento più arcaico del condizionamento della promessa isolata.

Una ulteriore deroga al sinallagma genetico è disposta dalla legge, e risponde ad una logica conservativa del contratto, laddove l'art. 1347 cod. civ. prevede che «il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine è valido, se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine».

Qui una delle obbligazioni ha oggetto impossibile e dunque è viziata. Il sinallagma genetico imporrebbe che, se tale obbligazione si inserisce in un contratto a prestazioni corrispettive, quest'ultimo sia nullo, affinché non sorga la obbligazione dell'altra parte a fronte della invalidità di

quella la cui prestazione è impossibile. L'art. 1347 cod. civ. eccezionalmente sancisce invece la validità del contratto, a ragione della sopravvenuta possibilità della prestazione concretatasi prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine: cioè prima del momento in cui la funzione di tutela della corrispettività assoluta dal sinallagma genetico "passi la staffetta" a quella assoluta dal sinallagma funzionale¹⁶.

Si tratta tuttavia di deroghe sporadiche, che consentono ancora di parlare di *rigidità* del sinallagma *genetico*.

Il sinallagma *funzionale* è invece assai più *duttile*. Perché si tratta di un nesso di interdipendenza ricavato, per induzione dal particolare al generale, dalla previsione di singoli specifici rimedi per la inesecuzione del rapporto: rimedi di regola lasciati alla disponibilità delle parti, nel loro esercizio e addirittura nella loro previsione (o esclusione).

La deroga al sinallagma funzionale può attuarsi in vario modo, ed articolati sono gli effetti dei vari tipi di deroga.

Il rimedio sul quale la tutela della corrispettività nella fase esecutiva (di cui "sinallagma funzionale" è espressione sintetica) si incentra, nella sistematica del codice, è quello dello scioglimento del rapporto, della risoluzione.

La dottrina più recente ha evidenziato che codesta centralità è stata in passato sopravvalutata ed è più apparente che reale. Accanto al rimedio eliminativo del contratto vi sono numerosi positivi riferimenti a rimedi riequilibrativi o comunque manutentivi del vincolo. E ciò si mostra di grande attualità, in un momento in cui la contrattazione isolata e occasionale ha lasciato il passo ad una trama di relazioni contrattuali di lunga durata, che rivestono ed incorporano valore di per sé stesse.

Si è così mostrata la compatibilità con l'ordinamento di patti di esclusione del rimedio eliminativo, a favore della conservazione del rapporto.

E codesta esclusione pattizia del rimedio risolutivo sarà più facilmente accettabile allorché la corrispettività sia salvaguardata da rimedi alternativi a quello escluso convenzionalmente.

Così il patto di irrisolubilità per inadempimento – soggetto, per diritto interno, ai limiti di cui all'art. 1229 cod. civ.¹⁷ – non escluderà il

¹⁶ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, II, 62, n. 5: «L'impossibilità sopravvenuta rende risolubile il contratto, ma non ne determina la nullità. Dunque il contratto è valido purché in uno dei due momenti – quello della conclusione, o quello fissato per l'esecuzione – la prestazione sia possibile».

¹⁷ Sul punto, per una trattazione analitica del tema delle clausole di irrisolubilità per inadempimento, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione*, Milano, 1998. Più di recente un forte argomento nel senso della validità di tali clausole viene dall'art. 8.109 dei *Principi del diritto contrattuale*

sinallagma funzionale, perché il riequilibrio del rapporto è assicurato dalla azione di risarcimento, da quella di manutenzione e, eventualmente, da quella di riduzione della controprestazione.

Maggiori difficoltà incontra il patto di esclusione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale. Perché qui la corrispettività del contratto non è garantita da altro che dalla risoluzione, non residuando né azione di adempimento, data la impossibilità della prestazione, né azione di risarcimento del danno, data la non imputabilità dell'impossibilità.

La deroga al sinallagma indotta dal patto di esclusione della risoluzione ex art. 1463 cod. civ. potrebbe dunque essere giustificata esclusivamente dalla aleatorietà convenzionale del contratto, secondo quanto previsto dall'art. 1469 cod. civ. Ciò a meno che non sia prevista un'azione di adempimento per equivalente pecuniario, con il che il contratto resterebbe commutativo, ma con oggetto alternativo.

Diverso è a dirsi per il patto in deroga all'art. 1464 cod. civ. e comunque per la esclusione della risoluzione per impossibilità temporanea. Qui il contraente rinuncia alla possibilità di recedere dal contratto, di sciogliersi dal vincolo: la corrispettività viene assicurata, nel primo caso dalla riduzione della controprestazione, nel secondo, dalla sospensione della stessa sino a che perduri la temporanea impossibilità¹⁸.

Minori perplessità ha poi da sempre suscitato la deroga al sinallagma funzionale costituita dalla esclusione della risolubilità per eccessiva onerosità, soprattutto perché è sempre stato agevole giustificare ciò, in modo spesso superficiale, qualificando il contratto così costruito come convenzionalmente aleatorio, ex art. 1469 cod. civ. Ma la irresolubilità ex art. 1467 cod. civ. può conseguire anche ad una conformazione convenzionalmente estensiva dell'alea normale del contratto, che resta commutativo. La deroga così indotta nel sinallagma funzionale è modesta, perché incide esclusivamente sul rapporto di scambio tra le prestazioni, che restano entrambe dovute. E, come è noto e si ribadirà, l'equilibrio oggettivo dello scambio non è ancora stato recepito come valore premi-

européo, raccolti dalla Commissione Lando, che esplicitamente afferma: «I rimedi in caso di inadempimento possono essere esclusi o limitati a meno che ciò non sia contrario ai principi della buona fede e della correttezza».

¹⁸ Una valutazione più approfondita dell'interesse del creditore al mantenimento del contratto (arg. ex art. 1256 cod. civ.) potrebbe poi portare anche in caso di impossibilità temporanea ad una riduzione della controprestazione dovuta, in ragione della minore utilità connessa ad una esecuzione differita nel tempo, al momento della cessazione della impossibilità e (talvolta) dell'eventuale minor onere sopportato dal debitore per adempiere più tardi (cioè quando cessa la impossibilità temporanea appunto), rispetto al termine pattuito.

nente dell'ordinamento, che, di regola, rimette alle parti la valutazione soggettiva di ciò.

2. Contratti *delle imprese e dei consumatori*: per un ritorno della dicotomia *diritto civile e commerciale*

L'attuale codice civile ha superato d'imperio la tradizionale dicotomia tra diritto civile e commerciale che, in forza della realtà economica, torna oggi ad imporsi, seppur in forma parzialmente mutata, con l'avallo della legislazione speciale¹⁹.

Ci riferiamo, in particolare, alla riemersione del concetto di *status*²⁰, cui corrisponde la nuova dicotomia *contratti dei consumatori-contratti delle imprese*²¹: malgrado le due bipartizioni non siano completamente

¹⁹ In particolare gli originali 1469 bis ss. cod. civ., il D.Lg. n. 50/1992, la L. n. 281/1998 ed ora artt. 33 ss. del Codice del Consumo (D.Lg. 6 settembre 2005, n. 206).

²⁰ Si utilizza qui il termine *status* in una accezione ampia (raccogliendo spunti "profetici" già in P. RESCIGNO, *Situazione e "status" nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss., spec. 223) e non in quella tradizionale e più ristretta, di posizione di un membro di una comunità, di un aggregato sociale, di regola statutale o familiare (in questo senso, A. CICU, *Il concetto di "status"*, in *Studi in onore di Simoncelli*, Napoli, 1917, 59 ss. e ora in *Scritti minori*, Milano, 1965, 181 ss., spec. 191 ss.).

In senso descrittivo si può allora parlare di un ritorno agli *status*, ancorché, come rilevato in dottrina, in senso tecnico non possa parlarsi di *status*, ad esempio, di consumatore, perché difetta il requisito della «appartenenza istituzionale di un soggetto ad una collettività più o meno estesa, o un gruppo organizzato. Qualunque persona fisica può essere consumatore: questo è il ruolo che essa, volta per volta, anche scambievolmente, in concreto può assumere. L'attributo di consumatore vale piuttosto ad individuare in termini soggettivi l'atto di consumo, ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali, e cioè non imprenditoriali, o, più in genere, non professionali» (G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 803). Ciò mostra allora una stretta analogia, sotto il profilo strutturale, con la dicotomia *diritto civile-diritto commerciale*, anch'essa basata sul concetto di *atto di commercio* piuttosto che sul concetto di *commerciante* (artt. 3 ss. per la definizione di atto di commercio e art. 8 per la nozione di *commerciante*, nel codice di commercio del 1882. Il rilievo di una tendenza al ritorno allo *status* non è recente. Già nel 1973, Pietro Rescigno, nel saggio sopra citato, vedeva nel ritorno dal contratto agli *status* un percorrere a ritroso la via intrapresa con l'età dell'illuminismo, «la parabola dello spirito umano che cerca l'elementare sicurezza dal bisogno e rifiuta la rischiosa avventura della libertà» (P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., 208, 223), critico sulla riferibilità al concetto di *status* dei pretesi requisiti di *necessità* e di *permanenza* della relazione del singolo col gruppo).

²¹ La dicotomia è rilevata dalla dottrina civilistica, nel ripercorrere l'evoluzione del diritto dei contratti negli ultimi cinquant'anni: G. DE NOVA, *Dieci "voci" per una tavola rotonda su "Il nuovo*

sovrapponibili, la categoria dei contratti delle imprese ci pare riecheggiare in modo assai forte quella, di tradizionale memoria, degli atti o contratti di commercio²².

I punti di maggiore rilievo della distinzione in questione – per il tema qui in esame – sono quelli a) della diversità di limiti della autonomia privata nella conformazione del sinallagma (funzionale) e b) del diverso grado di controllo cui può essere sottoposto l'equilibrio contrattuale.

3. Clausole di limitazione o esclusione della risoluzione ed autonomia privata

a) Iniziando dal primo, va ribadito che un diretto intervento della autonomia privata nella conformazione del sinallagma *funzionale* – *sub specie* di esclusione dei rimedi risolutivi – è *opportuno* ed è *possibile* esclusivamente nei contratti *delle imprese*.

Quanto alla *opportunità* di un tale intervento della autonomia privata, basta ricordare che con le clausole in questione, di deroga alla disciplina della risoluzione, si tende al mantenimento del rapporto contrattuale e ciò può avere un senso soprattutto allorché la scelta del *partner* commerciale incorpori costi che sarebbero vanificati dallo scioglimento del rapporto, ovvero allorché la via del ritorno allo *status quo ante* sia difficilmente percorribile (si pensi ad operazioni di *outsourcing*, o di *project financing*); inoltre la sostituzione della disciplina dispositiva delle risoluzioni, con altra disciplina pattizia, ha un costo in termini di negoziazione tecnico giuridica e ciò, ancora una volta, si giustifica solo a fronte di contratti tra imprese.

Quanto al secondo aspetto, quello della *possibilità* di incidere sulla disciplina delle risoluzioni, va ricordato in primo luogo ciò che avevamo avuto modo di segnalare in altra sede, in relazione ai patti di deroga

diritto dei contratti”, ora in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 816; nel medesimo senso, R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, II, 470 ss. rileva che «il diritto italiano prodotto in Italia non conosce più l'atto di commercio. Ma esiste anche un diritto italiano prodotto in sede diversa – convenzionale uniforme, o sovrastatale – che reintroduce l'atto di commercio nel nostro paese (...). Sta nascendo un diritto dei contratti dei consumatori, e sta rinascendo un diritto dei contratti oggettivamente commerciali; l'uno e l'altro si affiancano al diritto del contratto concluso nell'esercizio di date attività imprenditoriali».

²² L'art. 5 del codice di commercio del 1882 escludeva dagli atti di commercio proprio «la compra di derrate o di merci *per uso o consumo dell'acquirente o della sua famiglia* ...».

all'art. 1453 cod. civ.²³, e cioè che in forza del disposto degli artt. 1469 bis, co. 3, n. 7, e 1469 quinquies, n. 2 cod. civ.²⁴ lo spazio lasciato all'autonomia privata, nella esclusione della risoluzione per inadempimento, svanisce per i contratti dei consumatori, mentre perdura (con i limiti di cui all'art. 1229 cod. civ.) per i contratti tra soggetti di eguale *status* e dunque, in particolare, per i contratti delle imprese²⁵.

In secondo luogo va detto che, anche quanto alla derogabilità degli artt. 1463 ss. e 1467 ss. cod. civ., una restrizione del raggio di azione della autonomia privata si riscontra per i contratti dei consumatori, e non per quelli delle imprese.

La rigidità della disciplina di cui agli artt. 1463 e 1467 ss. è minore rispetto a quella di cui agli artt. 1453 ss., ma pur sempre esistente²⁶. La

²³ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione*, Milano, 1998, 81 ss.

²⁴ L'art. 1469 quinquies, co. 2, n. 2 sancisce la inefficacia, malgrado le eventuali trattative, della clausola «che ha per oggetto o per effetto di escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista».

²⁵ I primi commentatori della novella hanno ritenuto che le due norme indicate incidano sulla medesima fattispecie cui si riferisce l'art. 1229 cod. civ., ed hanno concluso per la vessatorietà, nei contratti con i consumatori, del patto di esonero da responsabilità del professionista, anche per *colpa semplice*. L'ambito di autonomia privata fatto salvo dall'art. 1229 cit. svanisce, in linea di principio, nei contratti con i consumatori, e ciò in modo quasi automatico, dal momento che la clausola descritta nell'art. 1469 quinquies, n. 2 è inefficace, *quantunque oggetto di trattativa*. Poiché l'art. 1229 cod. civ., sulla cui fattispecie incide l'art. 1469 quinquies cod. civ., è norma centrale nel tema in esame, si deve dunque prendere atto che, in relazione al patto di irresolubilità, i contratti si bipartiscono tra quelli frutto di contrattazione isolata, tra soggetti di pari *status* (tra professionisti, ovvero tra privati), ove il patto è valido, seppur con limiti, ed i contratti con i consumatori (tra un professionista ed un consumatore) nei quali lo spazio per il medesimo è assai ridotto. È cioè correlato all'esito del giudizio, di vessatorietà *in concreto*, di una clausola per la quale la vessatorietà è presunta (la interpretazione che consente al professionista di provare la non vessatorietà in concreto della clausola di cui all'art. 1469 quinquies, co. 2, n. 2 – qui in esame – è ritenuta preferibile da G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 10, da L. CABELLA PISU, *Art. 1469 bis, comma 3, nn. 1, 2 e 15; art. 1469 quinquies, comma 2, nn. 1 e 2*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesàro, I, 2^a ed., Padova, 1998, 166 ed implicitamente da M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1996, 447).

²⁶ Non motivata e pertanto non condivisibile è la ricomprensione nelle clausole che si presumono vessatorie ex art. 1469 bis cod. civ. (*sub specie* di limitazione o esclusione delle azioni e dei diritti del consumatore a fronte dell'inadempimento del professionista, ovvero della esclusione o limitazione della opponibilità della eccezione di inadempimento da parte del consumatore) anche «della pattuizione con cui si prevede che il consumatore resti vincolato alla propria prestazione nonostante la sopravvenuta impossibilità della prestazione corrispettiva»: tesi prospettata da C. CECERE, *sub art. 1469 bis*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barengi, Napoli, 1996, 87. Nell'interpretazione dell'art. 1469 bis, co. 3, n. 2, fa invece correttamente riferimento al solo inadempimento F. PADOVINI, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Commentario a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, I, 1997, 144 ss.

clausola di irrisolvibilità per impossibilità od eccessiva onerosità a favore del professionista sconta il sospetto di un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto in danno del consumatore, salvo poterne poi escludere la vessatorietà in concreto a ragione della misura della deroga alla disciplina legale di cui agli artt. 1463 ss. e 1467 ss. cod. civ., ovvero a ragione della intervenuta trattativa individuale (art. 1469 ter, co. 4, cod. civ.).

4. Controllo sull'equilibrio contrattuale e diversità di *status*

Ma alla diversità di *status*²⁷ delle parti corrisponde (tendenzialmente²⁸) b) anche un diverso rilievo dell'equilibrio del contratto.

È stato autorevolmente detto, in passato, che «la realizzazione e la conservazione dell'equilibrio contrattuale non si pone davvero come un fine primario dell'ordinamento. Nella determinazione originaria del rapporto di equivalenza delle prestazioni di un contratto commutativo, l'autonomia privata incontra solo il limite al di là del quale opera il potere di rescissione per causa di lesione (...)»²⁹.

²⁷ Nella accezione lata più sopra tratteggiata.

²⁸ Tendenzialmente perché, come si è detto e si dirà, una rilevanza dello squilibrio contrattuale, seppur entro specifici limiti, si ha anche nei contratti di subfornitura, che sono contratti tra imprese.

²⁹ R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, s.d. (ma 1958), 1026-1027, che dissente da «coloro che nella mancanza di equivalenza delle prestazioni che costituiscono il sinallagma vedono un vizio originario della causa del contratto»; così anche E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, cit., 909: «per quanto concerne l'importanza che possono avere sulla configurazione e valutazione della causa, entità e proporzioni quantitative degli elementi dell'oggetto, non si può dire che il codice se ne disinteressa, ma in linea di massima non ne fa un tema necessario di controllo. In linea di massima infatti lascia alle parti di trovare e determinare fra di loro, nell'esercizio della loro "autonomia contrattuale", l'equilibrio economico tra le rispettive prestazioni, in relazione ai risultati che si propongono»; più di recente R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1985, 310 ss., la quale significativamente esordisce rilevando che l'estraneità ai sistemi ispirati alla economia di mercato della necessità di un *giusto* rapporto di scambio tra le prestazioni consegue dalla mancanza, in tali sistemi, di criteri obiettivi di valutazione delle singole prestazioni; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, *ivi*, 1987, 423 ss., secondo la quale al di fuori di ipotesi tipiche (artt. 428, 1447, 1448 cod. civ.) la realizzazione dell'equilibrio contrattuale rimane affidata alla buona fede ed all'equità, che non sono dirette a privare di efficacia giuridica il negozio, ma a modificarne le conseguenze (p. 433). Codesta impostazione tradizionale è ancora presente nelle opere monografiche sul contratto: «nei contratti a titolo oneroso la sproporzione fra il valore di ciò che una parte dà e di quello che riceve, che normalmente non rileva per il principio dell'equivalenza soggettiva delle prestazioni (...). Si deve riba-

E chi ha indagato con maggiore analiticità il tema del contenuto del contratto ha con efficacia dimostrato l'inconsistenza sia della tesi del preteso principio di proporzione *oggettiva* dei sacrifici patrimoniali dei contraenti, sia di quella del preteso principio di equivalenza *sogettiva* tra le prestazioni³⁰.

La posizione tradizionale può ancora vantare recenti autorevoli riaffermazioni³¹, ma è possibile registrare una diversa linea di tendenza, del formante giurisprudenziale come di quello legislativo, nel segno di un controllo più penetrante sull'equilibrio contrattuale.

Alcune avanguardie si sono avute prima nella giurisprudenza di merito³² e poi – in *obiter* assurto tuttavia a massima³³ – in quella della

dire che la normale irrilevanza di tale squilibrio, la quale in linea di principio impedisce ogni valutazione dell'ordinamento circa la congruenza dell'assetto di interessi realizzato dei contraenti rispetto al rapporto di scambio oggettivamente esistente tra le prestazioni, consegue necessariamente al riconoscimento dell'autonomia privata per modo che soltanto in ipotesi tipiche (...) la legge consente che un siffatto giudizio di adeguatezza dello scambio e più ampiamente di giustizia del rapporto contrattuale possa sovrapporsi alla libera determinazione dei privati» (F. CARRESI, *Il contratto*, 1, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, 1987, 348-349); «L'esigenza di proporzionalità fra le prestazioni, che emerge dalle norme considerate ... [quelle sulla risoluzione] è legislativamente valutata come esigenza di ristabilire l'equilibrio corrispondente alla *originaria* previsione delle parti. Su quelle norme non è lecito fondare una più generale regola, che imponga di uniformare le ragioni contrattuali dello scambio a oggettivi criteri di equivalenza fra le prestazioni» (F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, v. 2, t. 1, 3^a ed., Padova, 1999, 521). Ed il riferimento all'originario equilibrio soggettivo, nella *reductio ad aequitatem*, è ben presente nella più recente dottrina che si è occupata degli artt. 1467 ss.: C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995, 197 ss.

³⁰ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, rispettz. 303 ss. e 312 ss., giungendo alla conclusione che l'equivalenza fra le prestazioni non costituisce requisito essenziale del contratto a prestazioni corrispettive, nel quale ciascuna parte offre la propria prestazione per ricevere quella della controparte, «sicché ciascuna delle prestazioni è causa dell'altra» (p. 319).

³¹ V. ROPPO, voce *Contratto*, in *Dig. 4, Disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino, 1989, 135 ss.: «nessuna delle regole concernenti il controllo di funzionalità del contratto è diretta a controllare istituzionalmente l'adeguatezza del rapporto tra le prestazioni, a valutare se ciò che una parte ha dato o promesso è adeguatamente remunerato da ciò che dall'altra parte a lei si è dato o promesso: a garantire insomma l'equità dello scambio, il rispetto dei principi di giustizia commutativa»; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 70, che lapidariamente osserva: «La giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione: in ciò, che venditori e compratori abbiano osservato le regole della gara»; in passato, sulla medesima posizione, S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 443.

³² Tra le altre, Corte di appello di Napoli, 21 dicembre 1989, in *Dir. e giur.*, 1990, II, 510: «è nullo per mancanza di causa il contratto di compravendita se il prezzo sia simbolico o comunque notevolmente inferiore all'effettivo valore del bene trasferito».

³³ Sulla dialettica *ratio decidendi-obiter dictum* e sul troppo elevato livello di astrattezza delle massime sono assai illuminanti le sintetiche pagine di G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e Impresa*, 1986, 779 ss. e *Id.*, *L'astrattezza delle massime e le origini dell'Ufficio del Massimario*, *ivi*, 1988, 516.

Cassazione: «Nei contratti a prestazioni corrispettive, il difetto di equivalenza, almeno tendenziale, delle prestazioni e, a maggior ragione, il difetto *tout court* della pattuizione di un corrispettivo o, comunque, della ragione giustificativa della prestazione prevista, comporta l'assoluta mancanza di causa del contratto e, per l'effetto, la nullità dello stesso»³⁴.

Successivamente la Cassazione ha corretto il tiro, limitando la portata generale e la capacità espansiva della massima riportata. Dalla sent. 28 agosto 1993, n. 9144 sono state tratte massime più prudenti: «In tema di compravendita, non può ravvisarsi la nullità della fattispecie traslativa, per difetto dell'elemento causale, laddove il prezzo, pur se macroscopicamente inferiore a fronte del valore della *res* alienata, non sia sprovvisto di una sostanziale consistenza economica intrinseca. Il prezzo della compravendita deve ritenersi inesistente, con conseguente nullità del contratto per mancanza di un elemento essenziale (artt. 1418 e 1470 c.c.), non nell'ipotesi di pattuizione di prezzo tenue, vile ed irrisorio, ma quando risulti concordato un prezzo obiettivamente non serio, o perché privo di valore reale e perciò meramente apparente e simbolico, o perché programmaticamente destinato nella comune intenzione delle parti a non essere pagato; la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa compravenduta, ma non privo del tutto di valore intrinseco, può rivelare sotto il profilo dell'individuazione del reale intento negoziale delle parti e della effettiva configurazione ed operatività della causa del contratto, ma non può determinare la nullità del medesimo per la mancanza di un requisito essenziale; del pari, non può incidere sulla validità del contratto la circostanza che il prezzo, pur in origine seriamente pattuito, non sia stato poi in concreto pagato»³⁵.

Ma è dalla legislazione più recente che si colgono i segnali più chiari di codesta linea di tendenza. Tendenza che, ciò che qui maggiormente rileva, dà rilievo allo *status* delle parti coinvolte, consentendo di parlare, come si è fatto sopra, di una divaricazione tra contrattazione tra imprese e contrattazione tra professionisti e consumatori.

Come è noto, il primo comma dell'art. 1469 bis dispone: «Nel con-

³⁴ Cass., sez. I, 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506 e in *Corr. giur.*, 1993, 174, con nota di V. MARICONDA, che segnala gli intrecci del tema con quello, distinto, della simulazione. Nella fattispecie decisa non ricorreva alcun corrispettivo, sicché la *ratio decidendi* è quella espressa *a fortiori*, allorché si ricollega la nullità "a maggior ragione" alla mancata previsione di alcun corrispettivo.

³⁵ Cass., sez. II, 28 agosto 1993, n. 9144, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Vendita*, n. 35 (1^a massima) e 1993, voce *Contratto in genere*, n. 410 (2^a massima); per esteso in *Foro it.*, 1994, I, 2489, e in *Corr. giur.*, 1994, 218, n. V. MARICONDA.

tratto concluso tra il consumatore ed il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, 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». Nella novella lo squilibrio è limitato all'aspetto giuridico del contratto, come emerge dal riferimento ai *diritti* e agli *obblighi*, con cui si chiude il comma, e dal secondo comma del successivo art. 1469 ter, secondo cui: «La valutazione del carattere vessatorio della clausola *non attiene* alla determinazione dell'oggetto del contratto, né *all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi ...*».

La novella attribuisce rilievo allo squilibrio quale esito di una violazione del precetto di buona fede, da parte del professionista³⁶, in accordo con un orientamento fatto proprio, in precedenza, da una nota sentenza della Corte costituzionale tedesca, che aveva ritenuto la nullità del contratto concluso a condizioni notevolmente onerose per la parte debole³⁷.

Se per dettato normativo lo squilibrio contrattuale non attiene – nel settore centrale e maggiormente bisognevole di sorveglianza della contrattazione tra soggetti di diseguale *status* – né alla determinazione dell'oggetto contrattuale³⁸, né al rapporto di scambio tra le prestazioni contrattuali, *a fortiori* un controllo giudiziale del rapporto di corrispettività dovrebbe escludersi nel campo dei contratti tra imprese: ciò che ci pare debba essere segnalato, anche semanticamente, discorrendo di *equilibrio* del contratto, piuttosto che di *equità* dello stesso. E tuttavia un sindacato anche sotto il profilo economico resta sullo sfondo, condizionato al mancato assolvimento, da parte del professionista, dell'onere di individuazione *in modo chiaro e comprensibile*, di oggetto e corrispettivo³⁹: ritorna qui centrale il

³⁶ Così va infatti intesa la infelice trasposizione in italiano (“malgrado la buona fede”), del concetto di contrarietà alla regola di correttezza, più esattamente espresso nel testo francese ed inglese della direttiva comunitaria, cui la novella ha dato attuazione: G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 16.

³⁷ Corte costituzionale tedesca, sent. 19 ottobre 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 197.

³⁸ Ma il punto andrebbe approfondito, perché non può essere così netta la esclusione di vessatorietà di clausole che, evocato un *nomen* contrattuale, sistematicamente e sostanzialmente svuotino l'oggetto connesso al contratto tipico evocato: sul punto, per sinteticità, mi permetto di rinviare al mio scritto *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto*, in *Contratti*, 1997, n. 3, 255 ss.

³⁹ E va aggiunto che la recente L. 30 luglio 1998, n. 281, “Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti”, che completa il quadro iniziato con la novella al codice, prevede, all'art. 1.2, che «Ai consumatori e agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: ... e) alla correttezza, trasparenza ed *equità* nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi». Mentre il richiamo della *correttezza* non è inedito (artt. 1175, 1337, 1375, per citare le norme più rilevanti in tema di contratto) e quello alla *trasparenza* evoca oneri di informazione con i quali da

tema della trasparenza ed anche della informazione nel contratto⁴⁰.

Segnali della rilevanza dell'equilibrio contrattuale si possono tuttavia cogliere, anche al di là del settore dei contratti dei consumatori, nell'art. 9, L. 18 giugno 1998, n. 192 in tema di subfornitura⁴¹, nell'art. 3.10⁴²

tempo l'interprete ha acquisito familiarità, un valore dirompente, per il sistema, potrebbe avere il richiamo alla *equità*. Perché se non si dovesse interpretare – come pare preferibile – come semplice indicazione programmatica (e, al più, come precetto per le associazioni che aspirino alla legittimazione ad agire ex art. 3 della legge, nel senso di doversi dotare di statuto che tale scopo espressamente indichi), la norma potrebbe essere intesa nel senso della necessità che nei contratti con i consumatori sia assicurata una equità oggettiva dei termini dello scambio, un oggettivo rapporto di congruità tra i beni o servizio scambiati, andando così al di là dell'equilibrio esclusivamente giuridico cui fanno riferimento gli artt. 1469 bis e ter cod. civ.

⁴⁰ Sui molteplici profili del tema G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 705 ss., relazione tenuta al Seminario della Rivista cit.; cfr. altresì le altre relazioni sul tema dei rapporti tra informazione e contratto: G.G. BALANDI, *L'informazione nei rapporti di lavoro e sindacali*, 739 ss.; M. BIN, *Informazione e contratto di assicurazione*, 727 ss.; R. COSTI, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, 719 ss., E. RICCI, *Sulla nullità di clausole contrattuali prevista dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154*, 759 ss. Più di recente, altresì V. DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, 275 ss., la quale osserva (pp. 291-292) che «la correttezza non impone un dovere illimitato di informazione: Le informazioni sono infatti costose, e la correttezza non impone altruismo, non ha finalità redistributive (...) un dovere illimitato di informazione non solo priverebbe colui che si è procurato informazioni affrontandone i costi dei benefici correlati, ma genererebbe anche serie inefficienze».

⁴¹ Intitolato "Abuso di dipendenza economica", che dispone: «1. è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo».

⁴² L'art. 3.10, intitolato (*Gross disparity*), dispone: «(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and (b) the nature and purpose of the contract. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has acted in reliance on it. The provisions of Article 3.13(2) apply accordingly».

Sul punto, F. VOLPE, *I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale* (*Gross disparity*), in *Riv. dir. priv.*, 1999, 40 ss.

dei *Principles Unidroit* e nell'art. 4:109⁴³ dei *Principi del diritto contrattuale europeo*, raccolti dalla *Commissione Lando*⁴⁴.

Si tratta di norme la cui fattispecie, cui è ricollegata una disciplina rimediata articolata, si incentra su di uno *squilibrio*⁴⁵ *tra le obbligazioni* (o prestazioni⁴⁶) poste a carico delle parti⁴⁷, che da un lato mette al centro dell'indagine, cui è chiamato l'interprete, il contenuto del contratto ed in particolare i suoi frammenti o clausole⁴⁸ e, dall'altro, rafforza quella rigi-

⁴³ L'art. 4:109 (ex art. 6:109), intitolato "Excessive benefit or unfair advantage", dispone: «(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it».

⁴⁴ A tali norme si aggiungono l'art. 1.2, L. 30 luglio 1998, n. 281, "Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti" – che prevede: «Ai consumatori e agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: ... e) alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi» (ma autorevolmente si è precisato che correttezza ed equità non importano controllo sulla congruità del prezzo: G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 653 – e la novellazione dell'art. 644 cod. pen., il cui co. 2 ha ampie capacità espansive al di là del mutuo feneratizio, fino ad aver fatto altrettanto autorevolmente prospettare una abrogazione dell'art. 1448 cod. civ. (G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 533 ss., spec. 544).

Quanto al formante giurisprudenziale, di recente si segnala l'*overruling* di Cass. 24 settembre 1999, n. 10511 (oggetto di attenzione in F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 199, 895 e pubblicata in *Contratti*, 2000, 118 con commento di G. BONILINI), secondo cui «Il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva risponde ad una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata – in sintonia con il principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti negoziali, e con la clausola di buona fede, inerente anche alla fase della formazione del contratto – e può di conseguenza essere esercitata d'ufficio, anche in difetto di istanza della parte interessata».

⁴⁵ Eziologicamente connesso ad una turbativa della libertà di decisione del contraente.

⁴⁶ È noto che con la locuzione "contratti a prestazioni corrispettive", di cui fa uso il codice (cfr. art. 1453 cod. civ.), si è voluto sottolineare, anche a livello terminologico, la presenza di contratti nei quali l'impegno di una delle parti non è veicolato, tecnicamente, da una obbligazione (art. 1376 cod. civ.).

⁴⁷ Ciò che con locuzione più sintetica si indica come equilibrio dei diritti ed obblighi delle parti.

⁴⁸ La locuzione "patto", o clausola fa riferimento ad un precetto negoziale autonomo, ossia ad un frammento del contenuto del contratto al quale corrisponde un proprio effetto giuridico

dità del sinallagma genetico, che sopra si è indicata come attributo tendenziale di esso, assoggettando a penetrante controllo l'autonomia privata nella conformazione del medesimo.

La dottrina è indotta così a ripensare l'orientamento tradizionale e a prospettare che il "nuovo" diritto dei contratti consenta una valutazione dello squilibrio contrario a buona fede o determinato da un abuso di dipendenza economica⁴⁹; altri definisce "ormai di retroguardia" l'antica regola di equità volta al rispetto e alla salvaguardia del contenuto del contratto perché espressione della volontà delle parti, ma al contempo avverte il pericolo che il controllo del merito delle prestazioni si traduca «in una forma di nuovo dirigismo o, con linguaggio più sfumato, di paternalismo

(F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu Messineo*, I, Milano, 1987, 213-214; C. GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, s.d. (ma 1960), 184; M. FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, 312 ss., che evidenzia la necessità di una causa propria per la clausola-negozio). Quanto al concetto di "contenuto" del contratto, la dottrina che più coerentemente ne ha indagato il significato lo riferisce all'insieme delle *determinazioni* poste in essere dalle parti, stralciando da esso tutto ciò che risulti privo di significato *latu sensu*, dispositivo (in particolare le formulazioni enunciative, purché prive di alcuna portata dispositiva): A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 18, 160 ss.; 175 ss. E, più di recente, si è precisato che rientra nel contenuto del contratto [distinto dal suo *oggetto*, da intendersi – in adesione a F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, rist. 9^a ed., Napoli, 1976, 129 e A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 33 e n. 60 (ma vedi anche P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. I La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962, 69 – come il dato del mondo esterno, la materia sulla quale il negozio incide], la c.d. *descrittiva*, cioè la parte del negozio che ha la funzione di designare (sia con note *identificatrici*, sia, eventualmente, con note *funzionali*) il suo oggetto, l'elemento di relazione tra contenuto del contratto e termine esterno del medesimo: E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, 133 ss. 144 ss., che ha cura di distinguere la "determinazione dell'oggetto" – la cui mancanza è sanzionata con la nullità – dalla "individuazione del bene" – la cui mancanza produce esclusivamente inefficacia reale del negozio (pp. 151 ss.); ID. *L'oggetto del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2001, 43. Rileva che, pur in modo non completamente lineare, dal codice emerge una nozione di *oggetto* del contratto che fa riferimento alle *prestazioni* dedotte nel contratto, queste ultime intese nel senso lato di *risultati* dedotti in contratto, anche non mediati dallo strumento della obbligazione (ad es. nel caso dell'art. 1376 cod. civ.), G. DE NOVA, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in *I contratti di informatica*, a cura di Alpa-Zeno-Zencovich, Milano, 1987, 23; nel senso che l'oggetto – del quale si esclude possa predicarsi, con profitto, una nozione unitaria e monolitica – costituisce comunque, in ogni caso, un termine esterno rispetto al contratto inteso come atto giuridico, G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 161.

Va infine rilevato che la tradizionale considerazione della clausola come unità elementare del regolamento contrattuale viene messa in crisi dalla novella del capo XIV bis del codice: l'art. 1469 ter, co. 4, menziona le clausole e *gli elementi di clausola*, ad indicare che la clausola in sé è ulteriormente scindibile in elementi più semplici (cfr. A. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo, verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 29 ss.).

⁴⁹ G. VETTORI, *Introduzione*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, XXV.

contrattuale di cui si avvertono sintomi in recenti leggi di settore»⁵⁰.

Per altro verso, poi, si osserva che non deve destare scandalo la nullità o comunque la inefficacia del contratto concluso con violazione della regola di buona fede, trattandosi di conseguenza “normale”, allorché non sia “disposto diversamente” (art. 1418, co. 1, cod. civ.)⁵¹.

L’ordinamento dunque pare non contentarsi più di quella eguaglianza formale delle parti che consentiva, come registrato dalla dottrina più tradizionale⁵², di prescindere da una eguaglianza più effettiva. Se al giudice non è – o quantomeno non è ancora – demandato un sindacato sulla *giustezza* dello scambio, sull’*equità* dello stesso, è tuttavia demandato – certo nei contratti tra soggetti di *status* diseguale, ma altresì, quantomeno come linea evolutiva del sistema, tra soggetti di pari condizione – un controllo sull’equilibrio dei diritti ed obblighi delle parti.

È insomma richiesto un nuovo controllo *qualitativo* o *di merito* sul sinallagma genetico, ulteriore rispetto al tradizionale accertamento limitato alla sua esistenza.

Non è possibile, in questa sede, indagare analiticamente la portata ed i limiti di codesto nuovo più penetrante sindacato sul sinallagma *genetico*.

Alcune impressioni ci pare però possano essere fermate.

In primo luogo, quella di una persistente incidenza, ancorché non dirimente, della diversità od omogeneità di *status* dei contraenti. E ciò è coerente con la *ratio* comune che pare sottostante al rilievo dello squilibrio contrattuale di cui qui si discorre.

Lo squilibrio, sia per la più articolata ed organica disciplina di tutela

⁵⁰ F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 848, 851.

⁵¹ F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e Impresa*, 1997, 423. Ma, altra autorevole dottrina privilegia la sanzione risarcitoria per la repressione dello squilibrio contrattuale (F. BENATTI, *Arbitrato di equità*, cit., 851).

⁵² F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano, 1948, 32: «... come istituto privatistico, il contratto presuppone che i soggetti ad esso partecipanti (contraenti) si trovino sul piede della parità giuridica, anche se talvolta (o spesso) siano in situazione di disparità economica, in dipendenza della diversa forza economica, della quale ciascuno di essi può essere dotato. Parità giuridica significa che entrambi i contraenti godono di tutela di eguale intensità, da parte della legge; che nessuno di esser può fare appello se non alla libera determinazione dell’altro, perché addivenga alla stipulazione del contratto (libertà di contrarre) e che nessuno di essi può imporre unilateralmente il contenuto del contratto (libertà contrattuale). L’assenza di parità giuridica, è, già di per se, un sintomo fortemente probativo che si è fuori dell’ambito del contratto. Invece, la parità economica fra i contraenti non è un presupposto indeclinabile del contratto: parità economica significa che ciascuno dei contraenti è in condizione di non subire la pressione psichica dell’altro».