



ETERONOMIA GIUDIZIALE E CONTRATTO DISEGUALE

CARLA COSENTINO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. *Par condicio contrabentium*, *unfair terms* e interventi conformativi del contenuto negoziale – 3. La riducibilità d'ufficio della clausola penale: un "presunto" argine agli abusi dell'autonomia privata – 4. La dimensione soggettiva degli squilibri contrattuali – 5. Rilievi conclusivi.

1. L'esame della problematica dell'equilibrio negoziale e dei poteri di intervento del giudice rimanda alla corretta individuazione della nozione di "equilibrio" in ambito contrattuale¹. In una prima accezione, il termine individua il carattere meramente economico della fattispecie negoziale avuto riguardo al valore delle prestazioni oggetto di scambio, seppur considerate nel complesso dell'operazione che il contratto tende a realizzare. Assume, invece, diversa valenza il riferimento dell'espressione all'aspetto giuridico - normativo del patto negoziale in cui il giudizio di "proporzione" non si circoscrive alle sole prestazioni, ma investe le posizioni dei contraenti e la complessa trama di diritti ed obblighi che si originano dal patto medesimo.

La tradizione dei codici civili dei paesi continentali, in omaggio alla concezione del contratto quale massima espressione del dogma della volontà, si è sempre mostrata poco incline a considerare l'equilibrio contrattuale come requisito di validità, di opportunità o ancora di idoneità dell'accordo negoziale al perseguimento d'interessi meritevoli di tutela rispetto a parametri legislativamente predeterminati.

¹Occorre distinguere il concetto di equilibrio contrattuale, specifico oggetto della trattazione, dalla nozione di giustizia contrattuale. Sebbene infatti anche tale definizione non si presti a un'univoca interpretazione, potendo dar luogo a evidenti sovrapposizioni, l'idea di un contratto "giusto" sembra richiamare un valore aggiunto rispetto alla mera proporzione tra prestazioni e all'equilibrio di contrapposti interessi. Si allude alla esigenza, maturata nel dibattito sulla creazione di un diritto privato europeo dei contratti, di perseguire i fini della giustizia sociale e della redistribuzione della ricchezza. L'importanza dei valori sociali nel processo di armonizzazione del diritto europeo dei contratti costituisce il tema centrale del *Manifesto* del Gruppo di Studio sulla Giustizia nel Diritto Privato Europeo. In tale contesto si sottolinea la necessità di guardare al contratto quale strumento in grado di proporre soluzioni favorevoli a un mercato più attento e sensibile ai valori sociali. Sul tema si veda in particolare E. IORATTI FERRARI, *Codice Civile Europeo – Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006, p. 239 ss.



Le disposizioni normative tendono generalmente alla salvaguardia della libertà di autodeterminazione dei privati nonché della corretta formazione della volontà contrattuale ma, conseguita tale finalità, non s'ingeriscono nel *quid actum* tra i contraenti.

In particolare, nell'ipotesi di squilibrio *stricto sensu* economico, risulta "indifferente" per il legislatore la determinazione del "giusto prezzo" di uno scambio, rientrando tale tipo di valutazione nell'ambito della libertà di giudizio sulla convenienza economica del singolo affare. Ma anche nel caso di istituti che mirano a correggere situazioni di asimmetria contrattuale sviluppatasi nella fase genetica dell'accordo (il riferimento è agli artt. 1447 e 1448 del codice civile), ciò che rileva non è soltanto l'esistenza di una sproporzione tra le prestazioni, bensì la presenza di specifiche condizioni soggettive di svantaggio per cui, in definitiva, sono queste ultime che s'intende scongiurare². Che il mero squilibrio contrattuale non determini *ex se* interventi eteronomi è altresì riconfermato dalla disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità ex art. 1467 c.c. in cui la sproporzione tra le prestazioni, che legittima la domanda di parte allo scioglimento del contratto, dev' essere il frutto del verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, deve trattarsi, in altri termini, di uno squilibrio particolarmente incisivo sull'operazione negoziale.

A simile conclusione conduce anche l'analisi delle esperienze di *common law*, particolarmente riluttanti all'ammissione di una *ethic of cooperation* capace di sdoganare interventi modificativi e perequativi del contenuto contrattuale. Gli ordinamenti angloamericani, in omaggio al principio mercantile della *freedom of contract*, mal tollerano il sindacato sugli effetti sostanziali dello scambio tendente a sanare eventuali squilibri nella distribuzione della ricchezza: compito delle Corti è statuire sulla validità e sulla *enforceability* dei contratti e non sostituirsi alla volontà dei privati mediante l'utilizzo di criteri indeterminati quali ragionevolezza e equità³. La nozione di *contract*,

² Secondo l'interpretazione prevalente le ipotesi di rescissione di cui agli artt. 1447 e 1448 c.c. non sanzionano « l'iniquità in sé considerata ma l'iniquità risultante dall'approfittamento di una situazione di anomala alterazione della libertà negoziale ». Si Veda in tal senso M. BIANCA, *Il Contratto*, Milano, 2000, p. 682.

³ L'idea classica del contratto come *bargain* che postulava la possibilità di un sindacato sulla congruità delle prestazioni oggetto dello scambio viene, a partire dalla fine del settecento, adombrata dal crescente valore riconosciuto all'intangibilità della volontà delle parti. I principi tradizionali di uguaglianza nello scambio e di equilibrio nelle contrattazioni sono, man mano, accantonati dalla necessità di garantire la certezza dei traffici, sottraendo le contrattazioni a forme troppo incisive di controllo, legate agli interventi delle Corti d'*equity* sulla valutazione della congruità dell'assetto negoziale. Il contratto, strumento principale degli scambi commerciali, non è più diretto a realizzare fini di giustizia sociale ma, semplicemente, a attuare la volontà delle parti. Questo non significa che i sistemi di *common law* non prevedano forme eteronome d'integrazione della volontà contrattuale (si pensi ad esempio agli *implied terms* che consentono un penetrante controllo giudiziale sul contenuto negoziale) ma semplicemente che la semplice sproporzione delle prestazioni non basta a giustificarne *tout court* l'operatività. Sull'evoluzione del concetto di *contract* cfr. G. ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1987, p. 12 ss.



sostanziale espressione della *sovereign party intention*, nega tutela giuridica agli scambi conclusi a condizioni inique, a meno che lo squilibrio delle prestazioni non costituisca il significativo indice dell'alterazione dell'ordinario processo di formazione della volontà⁴ o denoti l'esistenza di un grave stato di vulnerabilità a carico di uno dei contraenti.

In tal senso va interpretata la *doctrine of unconscionability*, "codificata" in area nord-americana attraverso lo *Uniform Commercial Code* (Sect – 302)⁵ ed il *Restatement in materia contrattuale*, con la quale si è ampliato il sindacato giudiziale sul contenuto negoziale iniquo. Accanto alle tipiche ipotesi di coartazione della volontà o più in generale dei vizi del consenso, le disparità contrattuali rilevano tramite l'*unconscionability* tutte le volte in cui alla luce del generale contesto commerciale e delle specifiche esigenze di un certo rapporto contrattuale le clausole negoziali si presentino inique. Nonostante il concetto di *unconscionability* non si presti ad interpretazioni univoche, è evidente che mediante il suo utilizzo s'intenda perseguire disparità legate agli *status* soggettivi o a contegni prevaricatori e captatori. In altri termini, se la sola inadeguatezza della *consideration* non è sufficiente a un giudizio di invalidità in ordine al contenuto di un contratto può, tuttavia, rivelarsi indicativa della presenza di difetti nella formazione dell'accordo negoziale o della violazione di altre *fairness rules*, testimoni dell'*inequality of bargaining power* tra contraenti⁶.

⁴ Ci si riferisce ai casi di *misrepresentation, duress, mistake* e in generale a tutte quelle ipotesi in cui sia possibile isolare un elemento capace di incidere in maniera distorsiva sulla corretta espressione della volontà negoziale. Per un esame analitico e dettagliato dei vizi della volontà nell'esperienza di *common law* si veda L. SAPORITO, *Vizi del consenso e contratto nella Western Legal Tradition*, Napoli, 2001; ID, *I Vizi della volontà nel contratto*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2006, p. 205 – 232.

⁵ La *Section 2 - 302* dello *Uniform Commercial Code* prevede che: « (1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. (2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial settings, purpose and effect to aid the court in making the determination ». Per il testo integrale del codice si veda www.law.cornell.edu.

⁶ La teoria dell'*inequality of bargaining power* costituisce un tentativo della dottrina di ricomprendere in un'unica categoria tutte le ipotesi d'inuguaglianza del potere contrattuale. Sul tema si veda *ex pluris* J. CARTWRIGHT, *Unequal Bargaining. A Study of the Vitiating Factors in the Formation of Contracts*, Oxford, 1991, *passim*. Per D. D. BARNHIZER, in *Power, Inequality and the Bargain: the Role of Bargaining Power in the Law of Contract*, 2006 *Mib. St. L. Rev.*, p. 841: « Inequality of bargaining power provided the legal, political, and moral rhetoric necessary to justify a clean break between the freedom of contract and *laissez-faire* doctrines of the late nineteenth century and the progressive and realist doctrines deemed necessary by many courts and commentators to respond to the challenges of industrialization and modernization ».



L'equilibrio contrattuale appare, dunque, nella tradizione continentale come in quella dei sistemi di *common law*, di esclusiva spettanza dei privati; l'intervento giudiziale, correttivo o integrativo che sia, è generalmente attivato da domanda di parte ed è circoscritto a specifiche ipotesi in cui la conclusione o l'esecuzione dell'accordo si siano prodotte in condizioni di grave anomalia.

A tale contesto, si giustappone una nuova tendenza frutto del recepimento dei provvedimenti di derivazione comunitaria e transnazionale che, seppur in via mediata e riflessa, finisce per incidere in maniera decisiva sui poteri spettanti al giudice nella valutazione delle asimmetrie contrattuali e in generale sul ruolo che gli compete nell'esame degli atti di autonomia privata⁷. La massiccia introduzione nella disciplina dei contratti di disposizioni imperative, e dunque di correlate ipotesi di nullità testuali o virtuali⁸, tese alla protezione del contraente debole, si traduce infatti nell'attenuazione di prescrizioni di ordine dispositivo e nella connessa implementazione dei poteri del giudice anche di carattere strettamente officioso⁹.

L'idea di relazioni contrattuali improntate ai canoni di liceità e buona fede al fuori e al di sopra della realtà concreta degli scambi ha ceduto il passo all'evidenza che la disparità di potere contrattuale costituisce una costante fisiologica delle relazioni economiche e che il contratto rappresenta, spesso, il frutto delle prevaricazioni e delle asimmetrie che caratterizzano il mercato.

In questa prospettiva, risulta pertanto auspicabile prevedere dei meccanismi correttivi che garantiscano un controllo di tipo sostanziale su pattuizioni che, pur nel rispetto delle regole formali, si rivelino lesive degli interessi personali dei contraenti.

All'interno della nuova cornice normativa, viene, dunque, riconosciuto all'organo giudiziario un sindacato sul contratto che va oltre le ipotesi classiche di

⁷ Va menzionata in primo luogo la disciplina dei contratti conclusi dai consumatori, attuativa della direttiva 93/13/CE, introdotta nel codice civile dalla legge n. 52 del 1996 e da ultimo confluita nel Codice del Consumo; degna di nota è altresì la legge 18/6/1998 n. 192 in materia di subfornitura nonché il d.lg. 9/10/2002 n. 231 in attuazione della direttiva n. 2000/35/CE sui ritardi nei pagamenti commerciali delle imprese ed ancora il d.lg. 21/5/2004, attuativo della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria.

⁸ L'art. 1418 c. c. nell'elencare le varie tipologie di nullità ne prevede sostanzialmente tre: le nullità virtuali, le nullità strutturali e le nullità stabilite dalla legge o altrimenti dette testuali. Tra queste ultime, che sono rimesse alla valutazione discrezionale del legislatore e tendono alla protezione di interessi eterogenei, rivestono particolare importanza le c.d. nullità di protezione che costituiscono un chiaro esempio di sindacato giudiziale sul contenuto del contratto. Sul tema cfr. G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861 ss.; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss.; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 464 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, *passim*.

⁹ Così S. MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 215 ss.



patologia contrattuale e che contribuisce a arricchire la sua attività ermeneutica ed integrativa.

Ai fini di una corretta comprensione del fenomeno, che costituisce un'ulteriore riprova del declino della visione del contratto quale strumento strettamente *privato* di autoregolamentazione di interessi¹⁰, occorre pertanto approfondire le tecniche con cui il giudice contribuisce alla determinazione del regolamento negoziale, attraverso il vaglio di quelle fattispecie che hanno contribuito a estendere il sindacato giudiziale da quelle «contrattazioni avvenute in casi di patologia sociale a quelle concluse in condizioni di fisiologia sociale¹¹».

2. Secondo la rigida interpretazione del principio della separazione dei poteri, il giudice compete esclusivamente l'applicazione della regola di diritto a un'ipotesi specifica, attraverso un meccanismo che si traduce nella mera sussunzione della fattispecie concreta alla previsione astratta di legge.

In realtà, è di tutta evidenza come tale operazione implichi necessariamente un'attività ermeneutica che è espressione di un potere discrezionale, la cui misura si determina in relazione al livello di tassatività e determinatezza della fattispecie giuridica oggetto d'interpretazione. La discrezionalità giudiziale è dunque direttamente proporzionale alla generalità e astrattezza del precetto normativo: maggiore è il tasso d'indeterminatezza dell'enunciato, più ampio è lo spazio d'autonomia riservato al giudizio.

Naturalmente, il potere discrezionale del giudice non è assoluto ma si colloca all'interno di limiti sostanziali che determinano le diverse alternative legittime del giudizio e che impongono la ricerca di una soluzione compatibile con i principi assiologici del sistema giuridico.

¹⁰ Gli interpreti si occupano da tempo del paradosso dell'atto di autonomia privata determinato da fonti eteronome: per comprendere quale sia il posto che gli interventi della norma e del giudice occupano sul piano dell'autonomia privata è necessario guardare al contratto nella sua dimensione complessa, strutturale e al tempo stesso funzionale. Se la necessità del soddisfacimento di certi requisiti strutturali è infatti relativa alla valutazione operata dal legislatore sul contegno delle parti, l'autoregolamento afferra al piano funzionale del rapporto obbligatorio, quello cioè degli interessi perseguiti nella singola vicenda negoziale. Lo scompenso funzionale delle prestazioni è estraneo ai requisiti di validità ma può piuttosto rilevare sotto il profilo della effettiva configurazione ed operatività della causa del contratto e cioè dell'interesse concreto cui il medesimo è finalizzato. È proprio su questo piano del rapporto che si collocano gli interventi del giudice. Si veda E. SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della norma sul regolamento contrattuale*, Incontro di studio "Squilibrio contrattuale e strumenti di tutela" del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 22 - 24 Aprile 2002.

¹¹ L'espressione è di M. BARALDI, *Il governo del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 507. L'autore sottolinea come il principio dell'intangibilità del contratto sia stato messo in crisi dal progressivo aumento delle eccezioni alla regola che si deve prevalentemente, ma non esclusivamente, alla normativa in materia di tutela del consumatore.



In materia contrattuale, le regole interpretative, sono affiancate da prescrizioni “integrative” che consentono, qualora i criteri ermeneutici risultino insoddisfacenti, la completa e corretta individuazione del programma negoziale.

Sebbene la buona fede, diversamente dall’equità integrativa, non sia espressamente individuata quale fonte del contratto, è tale clausola generale a rappresentare lo strumento capace di legittimare un crescente e penetrante intervento del giudice nella regolamentazione del rapporto¹². È stato infatti rilevato come, superate le iniziali perplessità circa l’efficacia della clausola generale in parola quale mezzo risolutivo degli squilibri contrattuali, quest’ultima ha subito un processo di espansione che ne ha ampliato nel tempo la portata applicativa, estendendola a distinte tipologie di conflitti. Attraverso un lento ma costante sviluppo evolutivo, la buona fede da semplice fonte integrativa del contratto, e come tale, legittimata ad operare solo nei casi di regolamento pattizio incompleto, sembra assurgere a parametro di controllo della validità degli atti di autonomia privata e, talvolta, consentire l’inserimento nel rapporto di regole sostitutive della volontà dei contraenti.

Anche nel diritto contrattuale inglese, dove domina l’idea della buona fede quale naturale antagonista della concezione del contratto come modello conflittuale di convivenza sociale, si assiste alla rivalutazione del ruolo della *good faith*, che coincide con la riscoperta della necessità, in ambito negoziale, di un nuovo paradigma cooperativo¹³.

Campo d’elezione privilegiato, ma non esclusivo, dell’utilizzo della buona fede quale rimedio agli squilibri contrattuali è il settore della tutela del consumatore, a partire dall’introduzione nel nostro codice degli artt. 1469 bis e ss. che comminano l’inefficacia a quelle clausole contrattuali che « malgrado la buona fede, determinino a

¹² La buona fede contrattuale è disciplinata all’art. 1366 c. c. quale criterio interpretativo ed è richiamata dalla legge sia nella formazione (art. 1337 c. c.) che nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c. c.). Non è, invece, menzionata nell’art. 1374 c.c. che individua accanto alla fonte convenzionale del regolamento negoziale, la legge, gli usi e l’equità. Tale esclusione, non ha impedito, attraverso un’interpretazione sistematica e evolutiva delle norme citate di attribuirle una funzione integrativa, riconosciuta sia a livello dottrinale che giurisprudenziale. In diversi ordinamenti e in particolare nell’ordinamento tedesco, l’applicazione della buona fede ha permesso di adattare i precetti legali a particolari esigenze emerse nella prassi; nel nostro ordinamento tale processo è stato caratterizzato da un’iniziale reticenza, causata anche dalla difficoltà di individuare il contenuto e la portata del principio. Ampia la letteratura in materia, cfr. ex multis N. COVIELLO, *Dell’equità nei contratti*, in *Studi napolitani*, 1895; S. RODOTÀ, *Le fonti d’integrazione del contratto*, Milano, 1969, *passim*; M. COSTANZA, *Interpretazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, fasc. 4, p. 345 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.; G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723 ss.; ID, *La completezza del contratto: Il ruolo della buona fede e dell’equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 611.

¹³ Cfr. ex multis R. BROWNSWORD, *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Dartmouth, 1999; J. GORDLEY, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2005; A. D’ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale; Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, p. 127.



carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto¹⁴». Per la prima volta si attribuisce al giudice, accertate le condizioni previste dalla legge, la facoltà di operare un controllo di tipo “forte” sulle pattuizioni negoziali tramite la verifica dell’equilibrio contrattuale complessivamente considerato e, proprio la buona fede, costituisce il filtro attraverso il quale valutare l’assetto negoziale dei diritti e degli obblighi delle parti. Si ritiene, inoltre, che la lista delle clausole vessatorie, così come compilata dal legislatore, sia meramente esemplificativa, lasciando alla discrezionalità giudiziale la possibilità d’individuare altre ipotesi di “significativo squilibrio” al di là di quelle espressamente previste. Tale circostanza, evidenzia la volontà legislativa di incrementare i poteri decisionali del giudice nel sindacato della corretta espressione dell’autonomia privata, soprattutto nelle ipotesi di asimmetrie contrattuali dovute a disparità di condizioni.

Analoga *ratio* muove la legge 7 marzo 1996 n. 108 in materia di usura la quale, da un lato, fissa il limite superato il quale gli interessi sono da considerarsi usurari e dall’altro stabilisce che « sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni simili, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di danaro o di altra utilità, ovvero all’opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria ». Anche in tal caso è lasciata alla potestà del giudice l’individuazione in concreto di quegli interessi ritenuti sproporzionati rispetto a una valutazione complessiva delle prestazioni contrattuali e delle condizioni delle parti e, come tali, soggetti a sanzione da parte dell’ordinamento.

Degna di nota è, altresì, la disciplina sulla subfornitura nelle attività produttive¹⁵ con la quale si determina un’evoluzione del concetto di contraente debole: con tale normativa, infatti, non si tutela più esclusivamente lo *status* di consumatore ma la condizione di subordinazione imprenditoriale del subfornitore nei riguardi del committente. In questo caso lo stato di dipendenza del subfornitore deriva essenzialmente da una disparità “da posizione” di un imprenditore che organizza la propria attività in funzione delle specifiche esigenze di un determinato committente ed è quindi soggetto alle condizioni contrattuali impostegli .

Ulteriore tassello del disegno legislativo volto a risolvere le disarmonie contrattuali è il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, attuativo della direttiva comunitaria n. 2000/35, avente a oggetto i ritardi nel pagamento delle transazioni commerciali. Il decreto costituisce valido esempio dell’incisività dei poteri del giudice che, in tale

¹⁴ Gli articoli in questione, di cui alla legge 6 febbraio 1996 n. 52, attuativa della direttiva CE 93/13 sono confluiti nel d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005, noto come Codice del Consumo. Per una completa disamina delle novità introdotte dal decreto si veda P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Milano, 2006

¹⁵ Si tratta della legge 18 giugno 1998, n. 192, incoraggiata dalle comunicazioni della Commissione CE del 30/8/89 e del 17/1/92.



ipotesi, vanno oltre la declaratoria di nullità dell'accordo stipulato in dispregio della suddetta normativa, riconoscendogli la possibilità di ridurre ad equità il contenuto del medesimo. L'art.7, il cui primo comma prevede che « l'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardo del pagamento, è *nullo se*, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra medesimi, nonché a ogni altra circostanza, risulti gravemente *iniquo* in danno del creditore », va infatti integrato con il successivo comma 3 secondo cui « il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero *riduce ad equità* il contenuto dell'accordo medesimo ». In tale ultima circostanza, l'intervento giudiziale non si limita dunque a rilevare la violazione e a sanzionarla secondo le disposizioni legislative ma interviene direttamente sul contratto, modificandone il contenuto alla stregua del “consueto” canone della buona fede. La novità è particolarmente significativa non solo perché al giudice sono riconosciuti pieni poteri sostitutivi ma, soprattutto, per la discrezionalità nell'esercizio dei medesimi, attivabili anche d'ufficio.

Se questo è il quadro legislativo nazionale, che deve principalmente la sua evoluzione al recepimento dei provvedimenti comunitari in materia, un utile contributo proviene dall'esame dei Principi *Unidroit* dei contratti commerciali internazionali¹⁶. Numerose sono, infatti, le disposizioni che richiamano la nozione di equilibrio contrattuale e il principio di buona fede quale principale strumento per la sua realizzazione¹⁷. Così se l'art. 1.7 ammonisce le parti sul reciproco dovere di agire secondo buona fede nei rapporti del commercio internazionale, l'art. 3.10 fa espresso riferimento all'eccessivo squilibrio contrattuale e alle relative conseguenze. La situazione di *gross disparity*, che legittima la parte svantaggiata all'esercizio dell'azione di annullamento di una singola clausola o dell'intero contratto, può essere originata dalla sua condizione di dipendenza, da particolari difficoltà economiche o dovuta, ancora, a imperizia, ignoranza o inesperienza. In particolare, viene richiamata la nozione di *unfair*, che, spesso, indica l'ipotesi di un comportamento formalmente rispettoso delle regole ma sostanzialmente scorretto¹⁸.

¹⁶ Com'è noto, i Principi elaborati dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato, sintetizzano un insieme di regole tratte dalla prassi internazionale e costituiscono uno strumento non legislativo nell'ambito del processo di unificazione e armonizzazione del diritto dei traffici internazionali.

¹⁷ In tal senso F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv.dir.priv.*, 1999, p.40 ss.; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 218 ss.; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 310 ss.

¹⁸ Lo stesso accade nei sistemi di *common law*. Nel precedente *Abern v. Knecht*, 563 N. E. 2d 787, 792 (III App. Ct. 1990), riportato da D. D. BARNHIZER, *Inequality of Bargaining Power*, 2005 *U. Colo. L. Rev.*, p.139 ss., la Corte si esprime in tal senso: « Factors relevant to finding contract unconscionable



Con riferimento ai poteri del giudice, è espressamente prevista un'attività di tipo correttivo che riconduca il contratto o le sue clausole, singolarmente considerate, « ai criteri ordinari di correttezza nel commercio ». L'art. 6.2.3, che disciplina gli effetti dell' *hardship*¹⁹, individua quale possibile soluzione l'ingerenza del potere giudiziario che ripristini l'originario equilibrio contrattuale ma, in tale circostanza, è garantita, altresì, all'autonomia delle parti l'alternativa possibilità di rinegoziarne il contenuto²⁰.

Analogamente i *Principles of European Contract Law* riconoscono al giudice la capacità di intervento in funzione equitativa, qualora si verificino circostanze incompatibili con l'equilibrio contrattuale e non vi sia stata un'adeguata rinegoziazione delle parti²¹.

Da ultimo, va menzionato il Progetto Preliminare del Codice Europeo dei Contratti che nei suoi articoli fa spesso riferimento all'obbligo di buona fede e indica all'art. 157 la facoltà del giudice di modificare o risolvere il contratto qualora le parti, a seguito dell'intervento di fattori contingenti e imprevedibili, si siano rifiutate di riconsiderare i termini dell'accordo al fine di ricondurlo ad equità.

Il breve *excursus*²² dà conto di una tendenza in costante sviluppo, incoraggiata, principalmente, dalla legislazione di derivazione comunitaria volta a ridisegnare i tratti fisionomici del contratto quale autoregolamento privato e contestualmente assegnare al giudice il ruolo di garante della *par condicio contrahentium* nella conclusione e nell'esecuzione dell'accordo negoziale²³. E così, accanto ai classici rimedi previsti dal codice per far fronte agli squilibri contrattuali, la legislazione di settore individua nuove ipotesi di nullità, e nuove circostanze in cui sia possibile, e anzi auspicabile, la *reductio ad aequitatem* da parte del giudice.

include gross disparity in the values exchanged or gross inequality in the bargaining positions of the parties together with terms unreasonably favorable to the stronger party ».

¹⁹ Con tale termine s'intende l'ingiustificata o sproporzionata difficoltà che un certo rapporto giuridico o un determinato accordo comporta per una parte e che ricorre quando intervengono situazioni imprevedute e estranee al controllo dei contraenti, tali da alterare sensibilmente l'equilibrio negoziale.

²⁰ È essenziale notare che tra i due rimedi previsti dall'art 6.2.3 corre una sostanziale differenza: la rinegoziazione è infatti un espediente maggiormente rispettoso dell'autonomia contrattuale in quanto consente ai privati stessi di riaccordarsi al fine di eliminare le cause di squilibrio, sostituendo l'accordo precedente con una nuova intesa. Viceversa, nel caso di intervento eteronomo, il giudice si sostituisce ai contraenti e finisce per imporre la propria volontà nella determinazione del contenuto negoziale, seppur nei limiti previsti dalla legge.

²¹ Sul tema G. ALPA, *I Principles of European Contract law predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2000, p. 483 ss.

²² Per una completa rassegna della legislazione nazionale e della casistica giurisprudenziale sull'ampliamento dei poteri del giudice sul contratto si veda in particolare M. BARALDI, *op. cit.*, p. 507 ss.

²³ In tal senso H. COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, 1994 *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 229 ss.; M. E. STORME, *Good Faith and Contents of Contracts in European Private Law*, Vol. 7.1 March 2003, su www.ejcl.org.



In particolare, il potere “correttivo”, riconosciutogli da diverse norme di legge, finisce per tradursi, talvolta, in vera e propria “creazione” della *regola iuris* cui le parti devono sottostare,²⁴ determinando pesanti deroghe al principio di autonomia contrattuale e connessi problemi di coordinamento con la disciplina generale di diritto comune. Ma vi è di più: a dispetto delle soluzioni prospettabili a fronte di uno squilibrio contrattuale, è il giudizio compiuto dal giudice in sé in tali casi che consente un penetrante controllo sul programma negoziale; è lampante, infatti, la differenza che corre tra l’attività di mera verifica della violazione di una norma di legge da quella che, viceversa, è diretta a stabilire l’esistenza di disparità e condizioni di iniquità in ambito contrattuale.

Ad ogni modo, fin quando il potere d’ingerenza del giudice trova la sua fonte nella legislazione speciale, appare comunemente e ragionevolmente giustificato dall’esigenza di tutelare particolari *status* e condizioni di dipendenza sul mercato; diversa è la questione del riconoscimento di un generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata²⁵.

Se non può negarsi, l’esistenza dell’aumento di ipotesi normative che, in specifiche circostanze, sembrano disporre in tal senso, occorre, tuttavia, prendere atto delle forti e naturali resistenze all’ammissione di una “normalizzazione” nell’attribuzione di siffatto potere. La riconducibilità all’organo giudiziario di un intervento riequilibratore delle prestazioni dedotte in contratto, completamente svincolato dalla finalità di bilanciare una situazione di disparità contrattuale, dovuta a particolari requisiti soggettivi o a fattori sopravvenuti, procura un duro colpo all’autonomia privata e all’ormai vacillante dogma della “signoria della volontà”.

²⁴ Quando, in assenza di un preventivo potere di rinegoziazione *ex lege*, è il giudice a doversi sostituire alle parti nella determinazione del contenuto contrattuale, seppur per fini riequilibrativi dell’assetto negoziale e nei limiti della clausola generale di buona fede, è innegabile il ruolo di “fonte di fatto” che assume il potere giudiziario.

²⁵ Sull’esigenza di considerare il contratto ed il contratto con il consumatore *due orizzonti diversi e paralleli* si veda P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv.dir.civ.*, 2003, p. 4111 ss. L’autore ammonisce sulla necessità di separare i piani d’indagine che riguardano le due tipologie contrattuali: « la tutela contrattuale del consumatore si pone come schema generale alternativo allo schema del 1321 e ss., con pari dignità, come fattispecie coordinata di impostazione generale nel proprio campo di applicazione. In essa le ragioni di tutela, legislativamente vagliate, impongono considerazioni peculiari, in ragione della stessa efficienza economica delle transazioni. Da un punto di vista teorico è facile vedere nel contratto col consumatore un’ipotesi speciale rispetto alla fattispecie generale del contratto, e costruire, quindi, il classico rapporto di specialità fra la prima e la seconda figura di contratto. Nondimeno tale facile specialità nasconde in realtà una vera e propria diversa valutazione dei rapporti in gioco...che legittima una costruzione di tale figura speciale di contratto, non come semplice specialità dell’accordo di cui al 1321 ss., ma anche come vero e proprio paradigma alternativo, che, pur rimanendo nell’ambito dell’accordo contrattuale, segue logiche sue proprie particolarmente divergenti da quelle seguite nella costruzione odierna del contratto in generale »



In tale contesto, le alterne vicende che da circa un decennio caratterizzano il tema della “manifesta eccessività” della clausola penale di cui all’art. 1384 c.c., costituiscono una cartina di tornasole delle opposte tendenze che animano il dibattito sui limiti agli interventi eteronomi nei confronti degli atti di privata autonomia.

3. *Il potere del giudice di intervento eteronomo sull’equilibrio contrattuale deve essere valutato non più in chiave di eccezionalità, bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l’ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata*²⁶.

Il breve enunciato esprime l’autorevole opinione del Supremo Consesso sul dibattito della riducibilità d’ufficio della penale manifestamente eccessiva, culminato nella sentenza 13 settembre 2005 n. 18128²⁷, con la quale le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto al giudice, definitivamente, la possibilità d’intervenire in via officiosa sulla clausola penale²⁸ che risulti palesemente sproporzionata rispetto alla prestazione della controparte e alle condizioni contrattuali complessivamente considerate.

L’art. 1384 c. c. stabilisce che la penale « può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se il suo ammontare è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento ». Tale facoltà, da esercitare secondo equità, non determina tanto la necessità di una totale coincidenza della penale con l’entità del danno verificatosi, quanto, essenzialmente, una riconduzione della medesima

²⁶ Cass. civ. 24 settembre 1999, n. 10511 in *Arch. civ.*, 2000, fasc. 01, p. 47 ss.

²⁷ Nei fatti, il provvedimento definisce una controversia nata a causa del mancato pagamento di spese condominiali e alla conseguente applicazione al condomino moroso della penale stabilita nel regolamento condominiale. In sede di merito, i giudici rigettano la domanda dell’inadempiente che contesta la nullità delle clausole che prevedono la penale in quanto impositive di interessi giudicati usurari e, tuttavia, non si esprimono sulla possibilità di ridurre l’ammontare della stessa, per difetto di domanda di parte. Soltanto in sede di legittimità, il condomino moroso si duole del mancato esercizio del giudice del potere di ridurre la penale ex art. 1384 c. c. Essendoci sul punto un contrasto giurisprudenziale, la questione viene sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite.

²⁸ Secondo l’art. 1382 c. c. la penale è una disposizione pattizia in base alla quale debitore e creditore convergono che « in caso di inadempimento o ritardo, uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione ». La clausola ha natura accessoria e il suo ammontare è lasciato alla libera determinazione delle parti. Quanto alla sua funzione, non vi è concordia tra gli interpreti. Secondo un primo orientamento, lo scopo principale della penale è di tipo risarcitorio, di liquidazione anticipata e forfettaria del danno. Si tratterebbe di individuare in via preventiva il *quantum debeatur*, da corrispondere in caso di inadempimento (diversa è l’ipotesi della penale per il ritardo nell’esecuzione della prestazione). Altra ricostruzione riconduce alla clausola in parola effetti sanzionatori, annoverandola tra le c.d. “pene private” alludendo alla duplice funzione preventiva e punitiva della stessa. La penale infatti esplica, contestualmente, un’attività sollecitatoria all’adempimento e, in caso sia pattuita per il solo ritardo, palesemente sanzionatoria. In argomento si veda A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano 1991.



all'interesse creditorio all'adempimento. Il potere correttivo del giudice, nel silenzio della legge, lascia impregiudicata la questione relativa alla sua modalità d'esercizio, ovvero alla legittimazione *ex officio* del giudice di sindacarne il contenuto, ai fini della verifica della sua adeguatezza. Su tale questione è intervenuta la sentenza n. 18128/2005, sposando l'indirizzo minoritario²⁹ che ammette l'autonomo intervento giudiziario, sulla base di un'accurata valutazione dei limiti costituzionali all'autonomia privata³⁰.

Ai fini della comprensione del cambiamento d'indirizzo, essenziale si presenta la questione degli interessi a tutela dei quali è disposto il potere di *reductio ad aequitatem* della penale. Se, infatti, la norma mira a salvaguardare la parte debitrice dal rischio che la penale pattuita si trasformi da giusta retribuzione dovuta per l'inadempimento a illegittimo approfittamento da parte del creditore, introduce uno strumento di tutela di specifici interessi del debitore al quale, pertanto, e in via esclusiva, dovrebbe essere rimessa ogni iniziativa nell'esercizio della difesa dei propri diritti. Tuttavia, da un'esegesi del testo normativo, non emerge alcun dato che confermi tale interpretazione. Invero, la circostanza che il giudice *può* e non *deve* ridurre la penale eccessivamente onerosa lascia desumere che non esista alcun diritto del debitore in tal senso, ma, piuttosto, che la norma consideri quale presupposto di legittimità dell'intervento giudiziario l'oggettivo squilibrio delle prestazioni contrattuali. Il potere di riduzione della clausola penale si giustifica, dunque, in relazione al superiore interesse all'equilibrio delle prestazioni negoziali, pur mostrandosi ad esclusivo appannaggio del debitore.

In una prospettiva di adeguamento ai principi costituzionali e a una rinnovata concezione di autonomia contrattuale, il punto da cui muove l'analisi è la corretta

²⁹ A fronte di un consolidato orientamento giurisprudenziale sull'esclusione della possibilità di ridurre la penale *ex officio* (Cass. civ. 21 ottobre 1998, n. 10539; Cass. civ. 15 gennaio 1997, n. 341; Cass. civ. 25 marzo 1995, n. 3548; Cass. civ. 24 settembre 1994, n. 7859), negli ultimi anni sono cominciate ad affiorare opinioni difformi. Le prime decisioni in tal senso, pur non contestando formalmente il principio della eccezione di parte, tendono ad eluderlo nella sostanza, considerando l'istanza di riduzione implicita nella dichiarazione di parte di nulla dovere a titolo di penale (Cass. civ. 26 gennaio 1982, n. 519), ovvero ammettendone la proposizione in grado di appello, qualora la riduzione sia invocata in via d'eccezione (Cass. civ. 20 febbraio 1997, n. 4976). Con la decisione 24 settembre 1999 n. 10511 confermata da Cass. civ. 23 maggio 2003 n. 8188, si afferma l'orientamento contrario, favorevole alla piena rilevabilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva.

³⁰ La sentenza 13 settembre 2005 n. 18128, come spesso accade per i provvedimenti che statuiscono su materie oggetto di conflitti giurisprudenziali, si articola in due distinti momenti: nella *pars destruens*, la Corte confuta le argomentazioni che non ritiene condivisibili per procedere poi nella *pars costruens* della sentenza a esporre le ragioni a sostegno della propria interpretazione. Per un dettagliato commento della sentenza, si veda A. DIMAIO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 1538 ss.; A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 424 ss.; V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 416 ss.; C. CICALA, *La riducibilità d'ufficio della penale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 694 ss.; E. BATTELLI, *La riduzione della penale ex officio*, in *Contratti*, 2007, p. 487 ss.



interpretazione dell'art. 1322 c. c. che nel riconoscere ai privati la libertà di determinazione del contenuto negoziale, gli impone, comunque, il rispetto di limiti legali. Nell'ipotesi della clausola penale, tale limite si traduce, nella valutazione dell'equilibrio contrattuale tra le diverse posizioni soggettive delle parti, superato il quale, si oltrepassa la soglia del giudizio di meritevolezza. Ne consegue che l'interesse tutelato mediante riduzione della prestazione accessoria non è a favore di una sola parte ma dell'ordinamento nel suo complesso, in quanto volto a arginare ingiustificati sconfinamenti dell'autonomia privata. La previsione di una penale eccessivamente onerosa, pur se legittimamente dovuta, può tradursi, infatti, in situazioni di abuso di diritto che è necessario scongiurare attraverso la possibilità per il giudice di sindacarne l'ammontare in via diretta e, senza la mediazione della domanda di parte.

La rilevabilità d'ufficio risponde, dunque, all'interesse giuridico sotteso all'istituto della riduzione che mira a garantire un equilibrio degli assetti in gioco, mitigando gli sconfinamenti dell'autonomia privata oltre i limiti consentiti dalla legge. Nella disciplina della penale il legislatore ha indiscutibilmente ampliato il campo riservato all'autonomia delle parti, riconoscendo alle stesse la facoltà di determinare in via anticipata l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente ovvero di porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento³¹. Tuttavia tale estensione è bilanciata dall'intervento giudiziale che incide sul contenuto della pattuizione sebbene in un momento cronologico diverso dalla costituzione dell'accordo contrattuale; in altri termini, il legislatore, ha spostato il controllo giudiziario sulla conformità del manifestarsi dell'autonomia negoziale dalla fase formativa dell'accordo, a quella attuativa e lo ha fatto in nome di un « superiore interesse generale dell'ordinamento » ravvisabile nella volontà di realizzare un equilibrio tra le contrapposte prestazioni contrattuali.

4. La posizione delle Sezioni Unite n. 18128 del 2005, lungi dal risolversi nella mera composizione di un contrasto interpretativo sulla portata dell'art. 1382 c.c., si colloca all'interno di un processo evolutivo teso a modificare il ruolo dell'autonomia privata nelle relazioni negoziali.

In tale ambito, la pronuncia in esame, sembra porsi su una ideale linea di continuità con quel *trend* legislativo incline a garantire adeguati strumenti di protezione alla c.d. parte debole del rapporto. Sebbene, infatti, il contesto d'indagine esuli dalla disciplina della tutela del consumatore, va dato atto dell'esistenza di scelte precettive, sia a livello nazionale che transfrontaliero, volte all'individuazione di meccanismi riequilibrativi che prescindano da una qualificazione formale dello *status* dei contraenti per approdare a soluzioni "più sostanziali", che tengano cioè conto della posizione

³¹ La Corte mostra di tenere in considerazione sia l'aspetto risarcitorio che sanzionatorio della clausola penale.



delle parti nell' economia del rapporto contrattuale. Si assiste, invero, ad un fenomeno di moralizzazione degli scambi che, al di là dei rapporti di consumo, manifesta la sua capacità a investire ipotesi di negoziazione delle parti in sé considerate, e che appare animato dalla costante finalità di tutelare la dimensione soggettiva dell'attività negoziale e di garantire la consapevole e ponderata composizione degli interessi contrapposti.

Anche le soluzioni normative in tema di relazioni commerciali transnazionali sembrano muoversi in tal senso: i Principi *Unidroit* e Lando prevedono tecniche di invalidazione o di perequazione degli scambi nei casi di contegni prevaricatori o semplicemente utilitaristici a danno di quel contraente che vuoi per debolezza volitiva, vuoi per mera disparità contrattuale, non sia stato in grado di determinare a parità di condizioni il contenuto della privata pattuizione.

La riducibilità d'ufficio della penale rappresenterebbe, dunque, una scelta giudiziale ispirata dall'intenzione, ormai costantemente declamata, di proteggere il contraente economicamente più debole dagli abusi del più forte, attraverso un intervento esterno capace di ristabilire l'equilibrio contrattuale, contaminato dell'eccessivo ammontare della clausola accessoria. Sebbene, infatti, la Corte non indugi sulla specifica necessità di salvaguardia della parte debole del rapporto, considera tale esigenza intimamente connessa e implicitamente soddisfatta dal ripristino dell'equilibrio negoziale³².

In verità, l'angolo di osservazione del provvedimento si sposta dal piano della tutela individuale a quello della realizzazione dell'interesse generale dell'ordinamento alla simmetria degli assetti contrattuali. Sicché, è quest'ultima finalità che sottende il giudizio favorevole alla riduzione d'ufficio, piuttosto che l'aspirazione a istanze protezionistiche.

È l'equilibrio contrattuale *ex se*, omessa ogni indagine sulle cause del suo dispiegarsi, che giustifica l'intervento autoritativo sul regolamento pattizio e la sostituzione d'ufficio del contenuto negoziale. Ma vi è di più: la verifica sulle determinazioni della clausola accessoria e in generale sugli atti di autonomia privata

³² Si tratta di una precisazione che il Supremo Consesso compie in ordine alle diverse posizioni assunte dalla giurisprudenza circa i tempi, i modi e le ragioni della riduzione della penale che: «..denotano quanto meno una debolezza dei fondamenti giuridici sui quali si basa la tesi della non riducibilità d'ufficio della penale, nonché una implicita contraddittorietà, individuabile specie in quelle pronunce le quali affermano che la norma dell'art. 1384 c. c., che attribuisce al giudice il potere di diminuire equamente la penale, non ha la funzione di proteggere il contraente economicamente più debole dallo strapotere del più forte, bensì mira alla tutela e ricostituzione dell'equilibrio contrattuale, evitando che da un inadempimento parziale o, comunque, di importanza non enorme, possano derivare conseguenze troppo gravi per l'inadempiente, ovvero ritengono che la riduzione della penale, per effetto di parziale adempimento dell'obbligazione, a norma dell'art. 1384 c. c., non integra un diritto del debitore ma è rimessa all'equa valutazione del giudice, in relazione all'interesse del creditore al tempestivo ed integrale adempimento ».



non è concepita in termini di straordinarietà, configurandosi, piuttosto, quale aspetto del « normale controllo » che l'ordinamento si riserva sull'attività negoziale.

La portata innovativa delle motivazioni a sostegno della pronuncia e i possibili effetti dirimpenti sulla teoria generale del contratto si manifestano attraverso l'indicata « normalità » del filtro giudiziale sulle scelte contenutistiche degli accordi negoziali, al di fuori dei limiti di valutazione legislativamente prescritti.

In tal senso, l'intervento delle Sezioni Unite del 2005, riconfermato da successive pronunce³³, inaugura una nuova era nei confronti della fenomenologia negoziale, in una prospettiva di totale stravolgimento delle scelte di politica legislativa compiute sin ora, che ancorano il controllo della fattispecie negoziale alla positiva verifica dei requisiti strutturali e alla meritevolezza degli interessi perseguiti, per riservare l'esame dell'equilibrio contenutistico a ipotesi specifiche e circostanziate³⁴.

Se così è, e il testo della sentenza non sembra prestarsi a soluzioni interpretative diverse, è evidente come la *ratio* giustificativa dei poteri officiosi del giudice non coincida, se non mediamente, con la tutela del contraente debole o svantaggiato, ma si risolva nella finalità di conformare le scelte negoziali a un nuovo canone valutativo consistente nella ricerca, in ogni atto di privata autonomia, di un equilibrio tra le posizioni soggettive coinvolte. Simile aspirazione, per quanto condivisibile negli intenti e nell'alta tensione che la caratterizza, trasforma le vicende intersoggettive in provvisori assetti d'interessi, vincolati al penetrante controllo del giudice, capace, laddove ne ravvisi la necessità, di stravolgimenti contenutistici, con buona pace dei limiti di cui all'art.1322 c.c.

Il potenziamento di un siffatto sindacato giudiziale, comune all'esperienza d'oltralpe³⁵, stride con l'impianto assiologico del nascente diritto privato europeo in

³³ Così da ultimo Cass. civ. 28 settembre 2006 n. 21066; Cass. civ. 28 marzo 2008, n. 8071; Cass. civ. 12 gennaio 2009, n. 4815. In particolare, la pronuncia n. 21066 del 2006 merita di essere segnalata non solo perché ribadisce la riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, ma anche perché statuisce la possibilità di un intervento giudiziale sulle private pattuizioni che abbiano espressamente convenuto nel senso dell'irriducibilità della medesima. Anche in tal caso, la giustificazione di un potere giudiziale così incisivo poggia sulla tutela dell'interesse generale dell'ordinamento al corretto esplicarsi dell'autonomia privata ma, più che di "conformazione" dell'attività privata ci si trova, anche in tale ipotesi, dinnanzi a una forte erosione del principio di autonomia negoziale. Per un commento della sentenza cfr. A. BOCCI, *Clausola penale ed inefficacia del patto di irriducibilità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, fasc. 7/8, p. 774; F. AGNINO, *La riducibilità d'ufficio della clausola penale*, in *Corr. Giur.*, 2007, fasc.1, p. 46; R. RASCIO, *Ancora sul potere giudiziale di riduzione della penale*, in *Dir. e giust.*, 2007, fasc. 3, p. 429.

³⁴ Sulla portata "eversiva" della sentenza in esame si veda A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede – Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007, p. 218 ss.

³⁵ La legge n.75 - 597 del luglio del 1975 ha modificato, nell'ordinamento francese, la disciplina della clausola penale, ammettendone la variazione da parte del giudice non solo nelle ipotesi di manifesta eccessività ma anche in quelle di pattuizione irrisoria; tale soluzione appariva ispirata alla logica dell'equo contemperamento degli interessi, mediante una valutazione obiettiva del pregiudizio



cui i poteri rettificativi dell'organo giudiziario, seppur vigenti, operano entro prescritti limiti.

L'iniquità o la sproporzione del regolamento negoziale si presta, dunque, a soluzioni perequative o integrative *ope iudicis* solo qualora la procedura di formazione del contratto sia stata inficiata da anomalie connesse alla posizione di inferiorità di una delle parti.

L'art. 6.111 dei PECL pur riconoscendo al giudice il potere d'intervento in funzione equitativa, quando si siano verificate circostanze incompatibili con l'equilibrio contrattuale, subordina tale iniziativa al preventivo fallimento di una rinegoziazione tra le parti³⁶. Il rispetto dell'autonomia contrattuale a una prudentiale ridefinizione dei rispettivi ambiti, appare, quindi, primario rispetto all'attività sussidiaria e residuale del giudice.

Con particolare riferimento, poi, alla disciplina della clausola penale, i Principi in parola, non prevedono, analogamente al testo dell'art. 1382 c.c., l'intervento d'ufficio del giudice, disponendo, esclusivamente, la possibilità di ridurre l'ammontare di quella clausola che appaia «manifestamente eccessivo rispetto alla perdita conseguente all'inadempimento ed in relazione alle altre circostanze³⁷». Una interpretazione del testo in armonia con il disposto dell'art. 6.111 sul ruolo riservato all'autonomia contrattuale, non può che optare per la imprescindibilità della domanda di parte alla riduzione della penale eccessiva.

Analogamente i Principi *Unidroit* che pure concedono largo spazio ai poteri correttivi del giudice sugli squilibri contrattuali³⁸, richiedono accanto all'elemento oggettivo della sperequazione tra diritti ed obblighi, una componente soggettiva di debolezza di una delle parti, dalla connotazione piuttosto eterogenea, potendo

derivante dall'inadempimento contrattuale. In seguito, l'*avant – project Catala de reform du code civil* ha limitato i poteri d'intervento d'ufficio del giudice ai soli casi di penale *manifestement excessive*, incorrendo nelle medesime censure rivolte alla nuova lettura dell'art. 1382 del codice civile italiano. Sulla legge di riforma del 1975 della clausola penale in Francia v. A. NEGRI, *La legge francese sulla clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 440 ss. Per una panoramica sulla clausola penale nel diritto comparato v. M. SANTARONI, *Spunti comparatistici in tema di clausola penale*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Torino, 1994, p.1057 ss.

³⁶ Art. 6.111: Mutamento delle circostanze: « (1) Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto. (2) Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto. (3) Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in un tempo ragionevole, il giudice può (a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà o (b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze.»

³⁷ Il testo della disposizione è riportato da G. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007, p. 187.

³⁸ Il riferimento è al regime delle *hardship clauses* di cui agli artt. 6.2.1, 6.2.2 e 6.2.3 dei suddetti Principi.



tradursi nell'inesperienza, nella inabilità negli affari o nell'appartenenza ad una particolare categoria (es. consumatore).

Se volgiamo lo sguardo poi alle esperienze di *common law* in cui l'intangibilità del principio della *sanctity of contract* ha ceduto il passo al riconoscimento di interventi eteronomi sul contenuto negoziale³⁹, istituti come la *undue influence* e la *unconscionability*, tendenti all'invalidazione di contratti iniqui, nascono precipuamente al fine reprimere i fenomeni di abuso del potere contrattuale⁴⁰. Così la dicotomia tra *procedural unconscionability* e *substantive unconscionability* in grado di censurare il contenuto delle pattuizioni in luogo di supposte anomalie nella formazione delle stesse, lascia impregiudicata la questione dell'ambito d'efficacia dell'istituto in questione, riservato comunque alla tutela del contraente debole⁴¹.

Il ruolo dell'equità, nella sua triplice funzione integrativa, correttiva e sostitutiva, non sembra, quindi, potersi apprezzare secondo una logica meramente commutativa, ovvero nell'ambito della sola proporzionalità delle prestazioni, ma pur sempre in rapporto al peculiare contesto *soggettivo* in cui la stipulazione s'inquadra⁴².

Di conseguenza la previsione sulla riducibilità d'ufficio della penale non si conforma alle linee di tendenza del processo di armonizzazione del diritto europeo dei contratti, laddove all'accresciuta sensibilità nei confronti di istanze protezionistiche della *weaker party* si sostituisce la ricerca del superiore interesse dell'ordinamento all'equilibrio degli assetti contrattuali. L'assunto trova conferma nell'esame dei diversi approcci rimediali previsti nei confronti della penale manifestamente eccessiva a seconda dell'ambito negoziale in cui sia stata inserita tale pattuizione.

La disciplina generale ex art. 1384 c. c. non trova, infatti, applicazione nel settore dei contratti conclusi tra consumatore e professionista dove il giudizio di manifesta eccessività qualifica la clausola come vessatoria, determinandone ex art. 1469 *quinquies*, attuale art. 36 del Codice di consumo, la nullità.

³⁹ Sul tema G. GILMORE, *The Death of Contract*, Ohio, 1974, *passim*; P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, *passim*.

⁴⁰ In tal senso D. D. BARNHIZER, *Inequality of Bargaining Power*, cit., p. 841 secondo il quale: « Unconscionability doctrine provides a mechanism for remedying unfair contracts created as a result of unequal bargaining power ».

⁴¹ Ancora A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, p.138.

⁴² Diverse sono le condizioni soggettive di vulnerabilità in presenza delle quali è sindacabile l'equilibrio contrattuale: in primo luogo rilevano gli *status*, cioè l'appartenenza a una categoria di soggetti valutati dall'ordinamento ontologicamente deboli; si segnalano poi le relazioni fiduciarie che presuppongono la presenza di un rapporto personale, affettivo o giuridico (es. genitore – figlio, docente – discente, medico – paziente) tale da ingenerare in un soggetto la convinzione della correttezza dei comportamenti della controparte contrattuale; i vizi della volontà così detti incompleti, che pur non essendo invalidanti secondo le norme codicistiche, causano comunque un'alterazione nel processo della formazione della volontà; e infine, l'asimmetria informativa che abbraccia sia le ipotesi di assenza di informazioni che quelle di indicazioni insufficienti, erronee ed inesatte.



La previsione *de qua*, non è volta ad assicurare la sopravvivenza della clausola squilibrata attraverso la *reductio ad aequitatem*, ma introduce un intervento ablativo, finalizzato alla sua espunzione dal contratto. La diversità di disciplina, si giustifica alla luce dell'intento legislativo di condannare il professionista che abbia disposto a carico del consumatore una penale di eccessivo ammontare e tende, attraverso la comminatoria della nullità, a negare i benefici connessi alla sua statuizione⁴³.

Proprio in relazione a tale dato legislativo, sembra potersi cogliere l'intima contraddizione di chi ravvisa nei recenti arresti giurisprudenziali la manifestazione della volontà di uniformarsi alla sempre più avvertita esigenza di difesa del contraente debole⁴⁴. A diversi presupposti di tutela, corrispondono diversi mezzi di salvaguardia che si traducono, rispettivamente, nella nullità di protezione nei contratti con i consumatori e nella riducibilità dell'ammontare di una clausola oltremodo onerosa nell'ambito dei contratti di diritto comune⁴⁵. In un simile contesto, nel quale si presume la parità delle posizioni contrattuali dei soggetti coinvolti, la possibilità di un intervento giudiziale che ripristini l'alterato equilibrio è considerato strumento sufficiente al ristabilimento della *par condicio contrahentium*. Tuttavia non si vede come la rilevanza d'ufficio, a fronte dell'eccezione di parte, debba essere ritenuta preferibile ai fini della realizzazione dell'interesse superiore dell'ordinamento che, della riducibilità della penale, costituisce il fondamento. Non vi è, infatti, alcuna antinomia nel ritenere che il potere di riduzione costituisca una forma di controllo dell'autonomia privata e che debba essere esercitato su espressa domanda di parte, la

⁴³ In particolare la possibilità di determinare in via anticipata e forfettaria l'ammontare del danno in caso di inadempimento e esonerare, pertanto il creditore, dalla prova del danno sofferto.

⁴⁴ Se, infatti, nel caso della penale non può tecnicamente parlarsi di contraente *debole* essendo le parti in una condizione sostanzialmente paritaria, ciò non di meno può individuarsi un contraente *svantaggiato*, il quale cioè si trovi esposto a una penale eccessivamente alta a causa di valutazioni poco opportune o errate. La *ratio* del provvedimento sarebbe quindi da ricercare nell'esigenza di protezione di colui che si trovi comunque in una posizione d'inferiorità, sebbene non qualificata da particolari *status* soggettivi. Occorre, tuttavia, rilevare come sia la stessa Suprema Corte a individuare quale *leit motiv* del provvedimento la rilevanza dell'*oggettivo equilibrio delle prestazioni* quale fondamentale interesse dell'ordinamento. In tal senso cfr. E. BATTELLI, *op. cit.*, p. 496 ss.

⁴⁵ Tale differenza potrebbe, tuttavia, essere mitigata dalla individuazione di una finalizzazione comune dei rimedi in questione; si allude al rispetto del principio di libera concorrenza che ha come scopo precipuo la rimozione delle condizioni che determinano posizioni di squilibrio tra i soggetti operanti sul mercato. In tale prospettiva, tutti gli interventi comunitari tendenti, *prima facie* alla protezione del contraente debole, mirano, contestualmente, alla tutela del generale interesse alla realizzazione di un mercato governato dal principio di libera concorrenza. Pertanto, l'orientamento del Supremo Consesso si collocherebbe sulla scia delle direttive del diritto europeo qualora si consideri la riducibilità d'ufficio della penale alla stregua di uno strumento tendente a conformare le pattuizioni private ai parametri del mercato.



quale, in definitiva, finisce per rappresentare « il giusto punto di equilibrio tra la necessità dell'equo contemperamento d'interessi e il rispetto dell'autonomia privata⁴⁶».

5. Dall'esame delle motivazioni sul *revirement* giurisprudenziale in tema di riducibilità della clausola penale emerge la dichiarata propensione a intervenire in maniera sempre più incisiva sugli assetti contrattuali concordati dalle parti al fine di riadattarne il contenuto in vista di "eque" condizioni di scambio. In questa prospettiva, il ricorso a un generalizzato sindacato giudiziario sulle pattuizioni private appare un valido strumento per vagliare la correttezza delle scelte contrattuali che non sia limitata al piano strutturale dell'atto, ma si estenda a quello funzionale del rapporto. Gli interventi eteronomi giudiziali sugli squilibri contrattuali, svincolati dalla ricorrenza di cause menomative della libertà decisionale, di carenze volitive o di altre condizioni determinanti asimmetrie contrattuali, perdono il loro carattere di eccezionalità per manifestarsi quale semplice aspetto del *normale controllo che l'ordinamento si riserva sugli atti di autonomia privata*⁴⁷.

Tale affermazione, che lascia intendere il pacifico riconoscimento di un principio di giustizia commutativa nella nostra realtà ordinamentale non trova, in realtà, sufficienti riscontri normativi che vadano oltre il ricorso alla clausola generale di buona fede e al rispetto dei doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Il richiamo a tali principi non basta *ex se* a giustificare un diffuso controllo da parte del giudice sugli equilibri contrattuali, quando gli attuali riferimenti normativi ancorano siffatto potere a ipotesi precise e a fattispecie circostanziate.

Pur non trascurando gli ampi margini di discrezionalità valutativa di cui il giudice è investito nella risoluzione delle controversie contrattuali, la sua attività decisionale resta sempre incorniciata da disposizioni precettive e da clausole contrattuali; viceversa, l'ipotesi di un sindacato sull'adeguatezza dell'equilibrio negoziale depura il giudizio da ogni riferimento esterno trasformandolo in un libero convincimento sull'astratta "giustizia" dello scambio. Ci si interroga sull'effettiva utilità di un simile strumento quando l'indagine sulle fattispecie negoziali "sperequate" implica necessariamente l'individuazione delle cause determinanti lo squilibrio e l'approntamento di rimedi tendenti alla neutralizzazione delle stesse; rimedi che, sono finalizzati sostanzialmente alla risoluzione delle anomalie degli stati soggettivi o all'azzeramento delle disparità di condizioni. In tale ottica, risulta allora preferibile continuare a affidarsi alle soluzioni legislative già collaudate o, in alternativa,

⁴⁶ Così C. ABATANGELO, *La richiesta di riduzione della clausola penale: un'ipotesi di c.d. eccezione in senso lato?* in *Riv.dir.civ.*, 2007, p. 57.

⁴⁷ Il riferimento è nuovamente all'*obiter dictum* del provvedimento della Cassazione 24 settembre 1999, n. 10511 in cui in maniera rivoluzionaria la Suprema Corte individua l'esistenza di un generalizzato potere di controllo da parte dei giudici sull'equilibrio contrattuale, finendo per avallare l'idea dell'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di giustizia commutativa.



sperimentarne delle nuove⁴⁸ che, lungi dal rimettere alla piena risoluzione giudiziale l'esito della controversia, procedano attraverso la tipizzazione delle disfunzioni del rapporto o mediante l'individuazione delle condizioni e delle circostanze incisive sul sinallagma contrattuale. E invero, non si discosta dal modello operativo in questione, la scelta delle diverse tecniche rimediali nell'ipotesi di manifesta eccessività della penale nell'ambito, rispettivamente, dei contratti con i consumatori e di quelli di diritto comune. La preventiva definizione dei poteri decisionali degli organi giudicanti e la connessa determinazione degli strumenti d'azione non preclude l'efficienza della verifica ordinamentale sugli atti negoziali ma, anzi, ne specifica forme e mezzi, nel pieno rispetto della peculiarità degli interessi coinvolti e del principio dell'autonomia contrattuale.

⁴⁸ Si pensi al caso della nullità di protezione, di cui all'art. 36 del Codice di consumo, che si colloca a metà strada tra le due classiche forme d'invalidità previste dal codice civile.