

## CAPITOLO I

# IL PROBLEMA DELLA CONVENIENZA ECONOMICA NEL CONTRATTO

SOMMARIO: - 1.1. La convenienza economica nel contratto e la valutazione di congruità dello scambio. - 1.2. La tutela dell'equità dello scambio nella prospettiva del «diritto contrattuale europeo» e nelle transazioni internazionali. - 1.3. Alterazione della libertà negoziale e rimedio risarcitorio: il cosiddetto danno da indebolimento della posizione negoziale nel contratto privo di convenienza.

### 1.1. *La convenienza economica nel contratto e la valutazione di congruità dello scambio*

Nel campo dell'autonomia privata e della possibilità per anche uno solo dei contraenti di concludere contratti a sé economicamente sconvenienti, l'interrogativo è tradizionalmente risolto nel senso di attribuire ai paciscenti la libertà di effettuare ogni valutazione a riguardo, ritenendosi l'equilibrio economico del contratto affare privato, rimesso, in quanto tale, alla libera determinazione dei consociati<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si segnala, in proposito, la ricostruzione di R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, s.l., ma Padova, 2003, 3 la quale, pur ponendo in luce le contrastanti tendenze del nostro ordinamento, rileva che: «il codice civile in vigore non include l'equilibrio economico fra i valori scambiati nei requisiti di validità o di efficacia del contratto». Cfr., altresì, G. GORLA, *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, 178 secondo il quale il problema della causa adeguata del trasferimento, può ritenersi risolto in senso negativo nella *civil law*: «l'unico problema è quello di accertare che vi sia stata una volontà effettiva di alienare. Ma, accertata questa, l'atto è valido; e, comunque, non si può ripetere ciò che si è dato, adducendo che la ragione del dare era inadeguata, sproporzionata, futile o simili (salvo il caso di illiceità e a parte, la regola "in pari turpitudine" pel caso di immoralità del negozio). Ciò che si è dato è dato».

Senonché, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, si può registrare una rinnovata attenzione in dottrina<sup>2</sup> e in giurisprudenza<sup>3</sup>, all'esame della questione se il contratto debba essere economicamente conveniente per tutte le parti, o per una sola di esse.

Si riaffaccia così un interrogativo, che si pone principalmente sul

---

Per la tradizionale tesi dell'irrelevanza della sproporzione tra le prestazioni, si vedano poi, in particolare, E. REDENTI, *Sulla nozione di «eccessiva onerosità»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 347; S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 439; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, 409; E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, II, 933; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, poi da P. Schlesinger, seconda ed., Milano, 2002, 550.

Cfr., tuttavia, E. DELL'AQUILA, *L'adeguatezza tra i vantaggi nei contratti onerosi*, in *Studi senesi*, 1979, 445 secondo il quale l'inadeguatezza della attribuzione o vantaggio che si riceve, in rapporto alla attribuzione o al vantaggio che si conferisce, può assumere giuridica rilevanza in quanto, per il nostro diritto, un contratto oneroso che non realizzi un equo regolamento degli interessi delle parti ben può essere considerato privo di causa e quindi nullo. Sul punto, rileva però U.A. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, s.l., ma Milano, 2003, 186: «la regola della rescissione per stato di bisogno limita la possibilità del giudice di accertare il rapporto tra le prestazioni al fine di individuare la mancanza di una ragione giustificativa del contratto con riferimento a quelle ipotesi in cui uno scambio, per quanto lesivo, comunque sussiste».

<sup>2</sup> A questo riguardo, si segnalano sin d'ora, oltre agli Autori richiamati nel prosieguo, L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, spec. 17 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, 231; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, spec. 37; R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, tomo I, terza ed., s.d., ma 2004, 617 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, tomo IV, Torino, s.d., ma 2004, spec. 258; M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*», Torino, s.d., ma 1995; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, s.d., ma 2005; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, seconda ed., s.l., ma Milano, s.d., ma 2011, 176 ed inoltre A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000, 22 ss.; M. PERRECA, *La congruità dello scambio contrattuale*, Napoli, 2006. La questione è indagata diffusamente anche in ambito francese. Si segnalano, a questo riguardo, gli atti del Convegno «*Exist-e-il un principe de proportionnalité en droit privé?*» (Parigi, 20 marzo 1998), che possono leggersi in *Petites Affiches*, 1998, n. 117. In tale contesto, l'interrogativo è affrontato, poi, in veste monografica, da S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, 2000.

<sup>3</sup> Si fa riferimento, in particolare, a Cass., Sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. it.*, 2008, 347 ss.; Cass., Sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, 784 ss.; nonché a Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, 3121.

piano della genesi del contratto, anche se è indubbio che la convenienza economica assuma un analogo significativo rilievo nella fase esecutiva<sup>4</sup>.

Tuttavia, è proprio con riferimento alla convenienza *ab origine* che si sono registrati i riferiti nuovi orientamenti<sup>5</sup> dei quali si deve necessariamente tener conto per una ulteriore riflessione.

Non si può infatti negare giuridica rilevanza al difetto di convenienza economica del contratto, quando esso sia il risultato di una alterazione della libertà contrattuale, per effetto di un comportamento illecito di un paciscente. In queste ipotesi, il problema centrale non è di garantire l'equità del contenuto economico dell'accordo, quanto piuttosto l'esigenza di colpire quelle turbative della libertà di decisione «*tali da poter incidere su di una adeguata valutazione della convenienza dell'affare*»<sup>6</sup>.

Nel caso in cui non sia dipesa da una libera e valida scelta di uno dei contraenti, non si pone, peraltro, quale valore assoluto nel nostro sistema, né tantomeno quale requisito di validità dell'atto di autonomia, al punto che non si dubita che il nostro ordinamento conosca e tuteli tipi contrattuali<sup>7</sup> non convenienti fin dall'origine e pur tuttavia ritenuti meritevoli di tutela.

---

<sup>4</sup> In proposito, si vedano almeno F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 16 e M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, spec. 165 ss. Cfr., altresì, G. SCALFI, voce *Alea*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, s.l., ma Torino, s.d., ma 1987, 258, il quale individua, in ogni caso, nell'alea cosiddetta normale un limite all'esercizio dell'azione di risoluzione per eccessiva onerosità: «*l'alea si presenta come una manifestazione "normale" in tutti i contratti ad esecuzione non immediata, essendo possibili oscillazioni di valore delle prestazioni corrispettive cagionate da normali fluttuazioni di mercato o da circostanze relative ad uno dei comportamenti dovuti idonee a creare uno squilibrio di valore tra le prestazioni*». In argomento, si segnala anche F. GAMBINO, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001, 61 ss.

<sup>5</sup> Sia consentito rinviare, a questo proposito, a F. TINTI, *Il contratto privo di convenienza economica*, in *Giust. civ.com.*, sez. *Approfondimenti*, 2015, 1 ss.

<sup>6</sup> Si esprime, in questi termini, autorevolmente P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., 231.

<sup>7</sup> Per un'illuminante analisi delle caratteristiche del tipo, si rinvia, necessariamente, a R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 785 ss., e G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 128. Riflette, in particolare, sul nesso tra tipo ed interesse, quali elementi caratterizzanti l'autonomia privata, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 250.

Si pensi agli atti gratuiti<sup>8</sup> o agli atti liberali<sup>9</sup>, che comportano un

---

<sup>8</sup> Invero, un problema di convenienza economica potrebbe porsi anche in relazione al patto di famiglia, dai più ritenuto quale atto gratuito. A questo riguardo, si veda G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. not.*, 2006, 886 e F. VOLPE, *Patto di famiglia*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, s.l., ma Milano, s.d., ma 2012, 310: «*il patto di famiglia, in quanto atto caratterizzato da una funzione essenzialmente divisoria, postula che vi sia corrispondenza tra le attribuzioni effettuate a favore dei legittimari non assegnatari, a tacitazione delle loro ragioni, e le rispettive quote di legittima. [...] L'azione di rescissione potrebbe svolgere per il patto di famiglia la medesima funzione, realizzabile riguardo alla divisione dei beni ereditari, vale a dire quella di rinuovere uno squilibrio intervenuto tra i condizionali*». Esso potrebbe emergere non già sul piano della formazione delle porzioni, quanto più precisamente, in sede di determinazione del valore del bene da assegnare. È evidente, infatti, che l'eventuale sottostima del valore del bene trasferito avrebbe l'effetto di determinare l'attribuzione al partecipante non assegnatario di una somma inferiore all'effettivo valore della sua quota.

Il problema acquista ancor più grave consistenza con riferimento ai legittimari sopravvenuti al patto, atteso che il valore convenzionalmente attribuito ai beni assegnati con il patto di famiglia, pare vincolante anche nei loro confronti, salvo il riconoscimento degli interessi legali, ai sensi dell'art. 768-*sexies*, comma 1. In proposito, si veda G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, s.l., ma Padova, 2006, 128: «*in caso di adesione al patto da parte dei legittimari sopravvenuti, a costoro compete il diritto di chiedere "ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell'art. 768 quater, aumentata degli interessi legali"*. [...] Posto quindi, che, come doveroso, sia stato indicato nell'originario patto di famiglia il valore dell'azienda o delle partecipazioni societarie, il quantum dovuto ai legittimari sopravvenuti sarà determinato sulla base di quel valore». Quanto alla natura gratuita del patto di famiglia, si veda, per tutti, G. BONILINI, *Il patto di famiglia*, in *La successione legittima*, in *Tratt. dir. succ. e donazioni*, vol. III, s.l., ma Milano, s.d., ma 2009, 638: «*è stato posto in luce, come la norma, affidata all'art. 768-bis cod. civ., postuli un trasferimento gratuito dell'azienda, o delle partecipazioni sociali, il che si rivela coerente, peraltro, con l'esenzione da collazione e da riduzione, che presuppongono la gratuità del trasferimento*».

Cfr., tuttavia, C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Not.*, 2006, 304 e A. PALAZZO, *Patto di famiglia*, in A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Tratt. dei contr.*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. X, s.l., ma Torino, s.d., ma 2008, 302, secondo i quali, in considerazione dell'obbligo imposto all'assegnatario di liquidare gli altri partecipanti al patto, esso sarebbe riconducibile alla donazione modale. In questa prospettiva, l'atto potrebbe dunque rivelare, seguendo la miglior dottrina, una natura onerosa. A riguardo, vedi, *infra*, Cap. I, par. 1.1, nota 34.

<sup>9</sup> La distinzione tra atti gratuiti e atti di liberalità è oggetto di diverse opinioni in dottrina. Una prima teoria individua l'elemento differenziale nell'intento soggettivo di arrecare un vantaggio ad altri per spirito di liberalità, che mancherebbe nell'atto gratuito, volto invece a compensare beni o servizi ricevuti, pur in assenza di un obbligo giuridico in tal senso. In questo senso, si veda A. ASCOLI, *Tratt. delle donazioni*, seconda ed., Milano, 1935, 102. Ritiene, per tale ragione, che le liberalità d'uso non costituiscano atti di liberalità, ma semplicemente atti gratuiti R. CASULLI, voce *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, s.d., ma 1964, 985: «*nell'ipotesi prevista dall'art. 770 com-*

sacrificio patrimoniale ingiustificato da un punto di vista economico, eppure legittimato da un altro ordine di valori socialmente condivisi ed accettati, quale lo spirito di liberalità<sup>10</sup>.

---

*ma 2 c.c. non siamo in presenza di una liberalità, ma di un atto a titolo gratuito perché manca la spontaneità dell'erogazione». Cfr., anche, A. MORA, *Le liberalità d'uso*, in *Le donazioni*, in *Tratt. dir. succ. e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. VI, s.l., ma Milano, s.d., ma 2009, 234.*

Secondo un diverso orientamento la differenza tra gratuità e liberalità potrebbe invece cogliersi dal punto di vista oggettivo. In particolare, a caratterizzare gli atti di liberalità, sarebbe l'arricchimento; quest'ultimo, presupponendo una diminuzione patrimoniale, attuale o potenziale, in capo al disponente, si distinguerebbe infatti dal mero vantaggio cui accede il destinatario dell'atto gratuito. La tesi è argomentata, tra gli altri, da A. TORRENTE, *La donazione*, seconda ed. aggiornata, a cura di U. CARNEVALI e A. MORA, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, 5. Da ultimo, è stato autorevolmente sostenuto che la distinzione sarebbe priva di utilità, derivando da concezioni economiche oramai superate. Così G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, 91. Per un'accurata disamina delle varie opinioni rinvenibili in dottrina, si veda M. SESTA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, vol. I, s.l., ma Milano, s.d., ma 2011, 1907 il quale si sofferma altresì sulla ulteriore distinzione tra liberalità e donazione. A quest'ultimo riguardo, si veda, in particolare, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, seconda ed., s.l., ma Torino, s.d., ma 1997, 486, secondo il quale la sistematica adottata dal codice mostra «di non volere identificare la liberalità col contratto di donazione, ma di considerare la prima come uno scopo che i privati possono conseguire in vari modi, tra cui appunto anche il contratto di donazione».

Riflette invece, approfonditamente, sul rapporto tra liberalità e prestazione di cortesia, A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, 207 ss. In argomento, cfr., altresì, necessariamente, A. PALAZZO, *Attività etiche della persona e rapporti civili*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI (a cura di), *Etica del diritto private*, vol. I, s.l., ma Padova, 2002, 311 ss.

<sup>10</sup> Si impone, a questo riguardo, il riferimento alla riflessione di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, cit., 96, secondo il quale il puro spirito di liberalità non varrebbe tuttavia quale *cause suffisante* dell'attribuzione patrimoniale. Secondo l'illustre Autore, in particolare, in assenza di un nesso sinallagmatico tra le prestazioni, sarebbe invece la forma solenne a tenere il luogo della causa, giustificando il trasferimento della ricchezza. Cfr., altresì, ID., *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, cit., 179: «*perfino se la causa o scopo è il puro spirito di liberalità, l'atto di alienazione è valido o il bene è, comunque, irripetibile, purché, s'intende, la volontà effettiva d'alienare risulti nei modi suaccennati*». Al pensiero di Gorla si avvicina R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 792. Cfr., anche, R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, vol. VI, tomo II, s.l., ma Torino, s.d., ma 1975, 588: «*quando difetta la causa, la forma salva il negozio. Il che va inteso in questo senso: quando difetta la causa, e le parti ciononostante vogliono il negozio, la forma salva il contratto*».

Cfr., necessariamente, di recente G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e «riqualificazione della causa»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 491 ss. Sul rapporto tra il titolo oneroso o gratuito dell'atto di disposizione e la sua qualificazione causale si veda, altresì, P. MOROZZO

Il problema della convenienza si pone invece all'evidenza con riferimento ai contratti sinallagmatici, oltre che commutativi<sup>11</sup>, poiché

---

DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, 21.

<sup>11</sup> Evidenza, tuttavia, come la corrispettività possa connotare anche i contratti aleatori, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 423 secondo il quale: «il fatto che la prestazione sia esposta a rischio non toglie che essa sia termine di scambio con la controprestazione (ad es. la copertura assicurativa contro i premi pagati dall'assicuratore)». In tali casi, il rischio del difetto di convenienza dell'affare, resta però assorbito nell'alea, tanto che risulta inibito il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, nonché quello della rescissione per lesione. A questo riguardo, si veda almeno, tra la vastissima letteratura in argomento, G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, 38. Ciò non toglie che l'equilibrio economico del contratto possa comunque assumere rilevanza in sede di interpretazione. In questo senso, con specifico riferimento al contratto di assicurazione, può leggersi Cass., 30 aprile 2010, n. 10596, in *Not.*, 2010, 366: «l'interpretazione di un contratto di assicurazione contro i danni va effettuata, in ragione della natura sinallagmatica del vincolo, alla luce del principio di necessaria corrispondenza tra ammontare del premio dovuto dall'assicurato e contenuto dell'obbligazione dell'assicuratore, per cui, ai fini dell'individuazione del tipo e del limite massimo del rischio assicurato, rileva la determinazione del premio di polizza». Rileva, in proposito, S. LANDINI, *Equilibrio economico del contratto e interpretazione*, in *Danno e resp.*, 2011, 515 ss., come il valore delle prestazioni sia criterio idoneo ad adiuvarne l'interprete nella individuazione della regola contrattuale, quale dato extratestuale rivelatore della comune intenzione delle parti, al momento della stipulazione. A questo riguardo cfr., diffusamente, *infra*, Cap. VI, par. 6.2.4.

Ritiene, tuttavia, che il contratto aleatorio si caratterizzi per una specifica incertezza sulla convenienza, potendo solo l'evento incerto determinare l'equilibrio contrattuale, A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1962, 239. Si pensi alle ipotesi di rendita vitalizia costituita a titolo oneroso, a fronte del trasferimento istantaneo di un bene o della cessione di un capitale. Nota infatti, in proposito, M. SCHININÀ, *La rendita*, in *I contratti*, in *Obbligazioni*, in *Dir. civ.*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, tomo III, s.l., ma Milano, s.d., ma 2009, 1027: «il collegamento tra la durata della rendita e la vita del beneficiario o di un terzo incide sull'entità delle prestazioni di rendita. Nel contratto a titolo oneroso [...] ciascun contraente è posto in una situazione di incertezza economica in ordine al vantaggio o alla perdita derivante dall'operazione negoziale. Tale situazione di incertezza porta a ritenere l'alea elemento essenziale del contratto oneroso di rendita vitalizia». Ad analoghe conclusioni perviene, con riferimento al vitalizio atipico, G. BONILINI, *Vitalizio e risoluzione per inadempimento dell'obbligo di prestare assistenza morale*, in *Contr.*, 1996, 468: «tratto fisionomico, infine, del vitalizio assistenziale, che condivide con la rendita vitalizia, è il suo essere negozio aleatorio, con il corollario della sua nullità, ove l'alea risulti assente». Nello stesso senso, cfr., anche, ID., *Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare*, in *Contr.*, 1999, 131. Ritengono, ciò nonostante, valide le convenzioni costitutive di rendita nelle quali il difetto dell'alea risulti comunque compatibile con la struttura onerosa del contratto A. LENER, voce *Vitalizio*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XX, s.l., ma Torino, s.d., ma 1975, 1025 e M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, s.l., ma Milano, 2003, 355.

Permane naturalmente, per i contratti atipici, il limite della meritevolezza della funzione. Tale questione si è posta, all'evidenza, con riferimento ai contratti derivati cosid-

il trasferimento della ricchezza si giustifica con lo scambio, tanto che ciascuna parte non è tenuta alla propria prestazione, se non sia dovuta la prestazione dell'altra<sup>12</sup>. La mera corrispettività non esaurisce tuttavia il concetto di onerosità, costituendone semplicemente un modo d'essere. Mentre la corrispettività<sup>13</sup> presuppone uno scambio

---

detti di *swap*. In relazione ad essi, lo squilibrio genetico tra i rischi assunti, può infatti risultare tale, in danno ad una parte, da incidere sul profilo causale. A questo riguardo, si veda L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, s.l., ma Padova, 2000, 231 ss. In argomento, cfr., altresì, V. SANGIOVANNI, *Contratto di swap, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela*, in *Contr.*, 2012, 137. Particolare interesse rivestono, in argomento, anche talune decisioni di merito: Trib. Modena, ord., 23 dicembre 2011, in *Contr.*, 2012, 130; Trib. Udine, 13 aprile 2010, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 504; Trib. Bari, ord., 15 ottobre 2010, in *Contr.*, 2011, 244; Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, n. 489, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 353. Si sofferma, in particolare, sulle modalità di incremento dell'alea unilaterale a carico del cliente, A. PISAPIA, *Rinegoziazione del contratto e nullità per mancanza di causa*, in *Contr.*, 2011, 265. Sulla questione cfr. G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 17 ed inoltre M. LEMBO, *La rinegoziazione dei contratti derivati: problematiche giuridiche*, in *Nuovo dir.*, 2007, 517; ID., *La rinegoziazione dei contratti derivati: brevi note sulle problematiche civilistiche e fallimentari*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2005, 358; D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 631; ID., *Intermediario contro investitore: i derivati over the counter*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 790.

Sull'opportunità di valutare la convenienza economica dello strumento finanziario sulla base delle cognizioni acquisibili dalle parti al momento della stipulazione, si vedano, in particolare, L. ZAMAGNI, M. ACCIARI, *Convenienza economica e mark to market dei contratti derivati degli Enti locali: note critiche alla sentenza n. 47421 del 21/12/2011 della seconda Sezione penale della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. bancario*, 2012, 10: «all'atto della rilevazione (ed in primis, all'atto dell'accensione del derivato), il mark to market esprime il valore del contratto nel momento esatto di rilevazione e dunque, perdendosi ogni apprezzamento futuro del medesimo, il suo valore concreto (a cui il contratto potrà essere stipulato, trasferito o ceduto)».

<sup>12</sup> Sul nesso di interdipendenza e causalità che si stabilisce tra le reciproche obbligazioni, nel contratto con prestazioni corrispettive, si veda F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1973, 749. In giurisprudenza, il rilievo del rapporto sinallagmatico è talvolta esteso anche all'ambito dei contratti collegati. Così, Cass., 19 dicembre 2003, n. 19556, in *Contr.*, 2004, 903 e Cass., 14 gennaio 1998, n. 271, in *Mass. Giur. it.*, 1998. Quanto all'oggetto della prestazione, esso viene identificato nel comportamento del debitore da M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, nuova rist., Milano, 1968, 243: «il comportamento del debitore, che costituisce il contenuto della prestazione, è tale da soddisfare perfettamente l'interesse del creditore, ed in quanto esso rappresenta proprio l'oggetto del diritto del creditore, il bene che la legge destina per quel soddisfacimento». Cfr., altresì, nello stesso senso, ID., *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, terza ed., Milano, 1975, 221; V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, 16 ss.; nonché, da ultimo, M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004, 23.

<sup>13</sup> Per una ricostruzione del concetto di corrispettività che prescinde dalla fonte con-

tra prestazioni, rispetto al quale le parti si trovano in una posizione di obbligo, l'onerosità indica una prestazione che prescinde da una reciprocità di impegni giuridicamente vincolanti<sup>14</sup>.

---

trattuale, ovvero legale dell'obbligazione, si veda E. DEL PRATO, *Corrispettività senza contratto e rimedio risolutorio*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 408 che ravvisa un simile nesso nelle ipotesi di prelazione legale, in caso di esercizio del diritto di retratto da parte del prelazionario-retraente: «siccome la privazione del diritto del retrattato si giustifica con il pagamento del prezzo da parte del retraente, l'inadempimento di quest'obbligo, quantunque non contrattuale, viola quel nesso di corrispettività».

Con la conseguenza che la previsione di un corrispettivo notevolmente sbilanciato in rapporto al valore di mercato del bene incide all'evidenza anche sui diritti del prelazionario-retraente, potendo tale anomalia assumere rilevanza anche ai fini della prova della simulazione. A questo riguardo, può leggersi, App. Napoli, 7 luglio 2010, in *Banca dati Leggi d'Italia* che evidenzia come la simulazione del prezzo di vendita possa essere fornita dal terzo prelazionario, estraneo in quanto tale al rapporto contrattuale, con qualsiasi mezzo a ciò idoneo. Cfr., con specifico riferimento alla prelazione agraria, Trib. Trani, 5 marzo 2007, n. 135, in *Giurisprudenzabarese.it* e Cass., 4 giugno 2013, n. 14046, in *Mass. Giust. civ.*, 2013: «in tema di prelazione agraria, l'avente diritto alla prelazione ex art. 8 della legge 26 maggio 1965 n. 590 "può" (e non deve) esercitare il diritto di riscatto, entro i termini di cui al comma quinto della norma citata, anche nell'ipotesi di indicazione, sia nella proposta di alienazione che nell'atto notarile di compravendita, di un prezzo simulato superiore a quello effettivamente pagato dall'acquirente, atteso che il diritto di prelazione garantisce al soggetto pretermesso l'acquisto "a parità di condizioni", fermo restando, pertanto, che egli può - in alternativa - stipulare il contratto alle condizioni imposte dalla controparte, ed agire poi nei suoi confronti per il risarcimento del danno». Per la diversa ipotesi in cui il prezzo simulato, sia inferiore a quello effettivamente corrisposto, si veda invece Cass., 6 maggio 2003, n. 6882, in *Mass. Giur. it.*, 2003: «il diritto di riscatto che spetta al conduttore dell'immobile oggetto di compravendita, ex art. 39, comma primo, della legge n. 392 del 1978, va esercitato con riferimento al prezzo formalmente dichiarato nel contratto definitivo di alienazione, rimanendo del tutto irrilevante che tale prezzo risulti anche notevolmente inferiore rispetto a quello effettivamente convenuto dalle parti. Una tale disciplina persegue infatti perspicacemente lo scopo di sanzionare le prassi contrattuali volte, attraverso la simulazione del prezzo, ad eludere il pagamento degli oneri fiscali effettivamente dovuti».

In dottrina, sul diritto di retratto associato alle prelazioni legali, cfr., per tutti, G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984. Il nesso è posto in luce anche da A. MORA, *Le fonti*, in G. BONILINI, A. GIOVATI, A. GUIOTTO, A. MORA, *La prelazione volontaria*, s.l., ma Milano, s.d., ma 1993, 58. Sull'istituto prelatizio di fonte legale, cfr., in particolare P. VITUCCI, *La prelazione e le prelazioni*, in *Riv. not.*, 1981, I, 803 ss.; E. PEREGO, *La disciplina della prelazione convenzionale e le prelazioni legali*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, 157 ss.; G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984; AA.VV., *Prelazione e retratto. Seminario*, diretto da G. Benedetti e L.V. Moscarini, Milano, 1988; nonché, più di recente, per tutti, M. TAMPONI, *Prelazioni legali a confronto*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 851 ss. Per un'ampia e approfondita riflessione sulle vicende del diritto di prelazione, cfr., altresì, da ultimo, L. GHIDONI, *Le vicende del diritto di prelazione*, s.l., ma Padova, s.d., ma 2015, spec. 43 ss.

<sup>14</sup> Decisivi, in questa prospettiva, paiono gli esiti della riflessione di G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, 79 ss. Nota altresì, a questo riguar-



Nell'ambito di questa qualificazione rientra il contratto di divisione<sup>15</sup>, relativamente al quale la proporzionalità tra quanto è dovuto, in virtù della quota, e quanto è assegnato con la divisione, assume rilievo causale. Al punto, che la particolarità della rescissione per lesione<sup>16</sup> del contratto di divisione - che prescinde dai requisiti dello stato di bisogno e dell'approfittamento e rileva a fronte di una lesione *ultra quartum* - deriva proprio dal fatto che in essa trova tutela la oggettiva proporzionalità dell'attribuzione rispetto alla quota.

Sicché, la lesione, in misura superiore al quarto, del presupposto oggettivo dell'attribuzione proporzionale alle quote che si realizza con la divisione, viene ad incidere sulla causa stessa del contratto che, oltre allo scioglimento della comunione, ha come propria prerogativa la corrispondenza proporzionale tra quanto è dovuto, in virtù della quota, e quanto è assegnato con la divisione<sup>17</sup>.

Del pari, la qualificazione onerosa connota il contratto associativo che, nella sua tipica essenza, non può essere considerato contratto a prestazioni corrispettive, non essendo invero un contratto a prestazioni, bensì di organizzazione<sup>18</sup>. Sennonché, anche esclusa ogni assimilazione dei rapporti tra i conferimenti o del rapporto conferimento-partecipazione con il rapporto tra prestazioni nello scambio, in tutti i fenomeni associativi, il risultato, quale che sia, è perseguito con il sacrificio da parte di ogni partecipante della utilizzazione individuale a favore della utilizzazione collettiva del bene, rinvenendosi

---

do, A. CATAUDELLA, *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, in *Studi senesi*, 1968, 144, che: «la contrapposizione tra atti a titolo oneroso e gratuito interessa un ambito alquanto più vasto di quello cui attiene la contrapposizione tra contratti con prestazioni corrispettive e contratti con prestazioni non corrispettive. Quest'ultima, infatti, ha riguardo esclusivo ai contratti, mentre il problema dell'onerosità o gratuità interessa certamente anche i negozi unilaterali e gli stessi atti giuridici: emerge, ad es., nella promessa al pubblico, nella negotiorum gestio, nella mediazione». Cfr., anche, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 6.

<sup>15</sup> In tal senso, può leggersi, per tutti, A. MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 238.

<sup>16</sup> Per la disciplina generale del rimedio rescissorio, cfr., *infra*, Cap. IV, par. 4.5. *Ivi* anche i relativi riferimenti bibliografici.

<sup>17</sup> In questi termini, si pone la fondamentale analisi di A. MORA, *op. ult. cit.*, 377. Cfr., altresì, per un'ampia riflessione sul tema, M. SESTA, *Comunione di diritti. Scioglimento. Lesione*, Napoli, 1988, 4 ss.

<sup>18</sup> Così P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 330.

in ciò una peculiare forma di onerosità, «*non certo identica a quella dello scambio, ma sempre onerosità*»<sup>19</sup>.

Il contratto di transazione si pone, rispetto al problema appena delineato della convenienza, in maniera peculiare. Le reciproche concessioni che ne formano l'oggetto debbono infatti essere commisurate alle pretese e contestazioni delle parti e non agli effettivi diritti spettanti alle medesime; con la conseguenza che, pur a fronte della natura onerosa del contratto, non si ritiene necessaria l'esistenza di un equilibrio economico tra le rispettive concessioni, purché esse non siano prive di consistenza patrimoniale<sup>20</sup>.

Peraltro, il tema della convenienza non si esaurisce all'ambito del contratto, interessando ogni atto, ancorché unilaterale, che riveli, oggettivamente, efficacia transitiva di valori patrimoniali<sup>21</sup>. È il caso della pro-

---

<sup>19</sup> In questi termini, ancora, P. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 336.

<sup>20</sup> Lo rileva D. COLANGELI, *La transazione*, s.l., ma Milano, s.d., ma 2012, 38 che osserva: «*pertanto, si esclude poi la necessità di un'equivalenza tra i reciproci sacrifici delle parti, cosicché è idonea a integrare il requisito delle reciproche concessioni qualsiasi soluzione mediana tra le rispettive pretese, prescindendo da ogni esigenza di proporzionalità*». Si veda, a questo proposito Cass., 28 maggio 1980, n. 3498, in *Mass. Giur. it.*, 1980: «*al fine di accertare l'esistenza e la misura delle reciproche concessioni nel contratto di transazione occorre procedere al confronto tra i rapporti e le situazioni che hanno dato luogo al contratto fra le parti e la disciplina ulteriore che tali rapporti o situazioni ricevono in conseguenza dell'esercizio del potere modificativo espresso nella transazione dai contraenti, prescindendosi da ogni equivalenza tra le medesime*». Nello stesso senso, cfr. anche Cass., 15 maggio 2003, n. 7548, in *Mass. Giur. it.*, 2003; Cass., 14 giugno 2006, n. 13717, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; Cass., 5 ottobre 2010, n. 20674, in *Contr.*, 2010, 1136.

Permane tuttavia il limite della concessione irrisoria, priva di consistenza patrimoniale, dovendosi ritenere in questo caso il contratto privo di un suo elemento essenziale. Per la tesi secondo cui l'accordo compositivo raggiunto dalle parti in assenza di reciproche concessioni è nullo come transazione potendo al più, laddove ne ricorrano le condizioni, essere ricondotto a un tipo contrattuale diverso ed anche innominato, cfr. E. DEL PRATO, *Superamento della lite e transazione*, in *Riv. arbitr.*, 2002, 367. La dottrina concorda, poi, nel ritenere che, ai fini della verifica del requisito della reciprocità, la misura del sacrificio di ciascuna parte debba essere parametrata alle posizioni assunte in lite; con la conseguenza che l'eventuale infondatezza della pretesa e della contestazione non inficia l'accordo transattivo raggiunto. Così, ID., voce *Transazione*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, s.l., ma Milano, s.d., ma 1992, 823. Cfr. anche F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, 14.

Sul diverso problema dell'ammissibilità di una transazione volta a rimediare ad uno squilibrio originario, rilevante ai fini della rescissione, ovvero dell'invalidità del contratto presupposto, cfr., *infra*, Cap. IV, par. 4.3.1, nota 343.

<sup>21</sup> In una diversa prospettiva, il tema della convenienza può ulteriormente assumere rilevanza anche in ambito successorio. Si pensi alla cautela sociniana che, nell'assicurare

messa al pubblico<sup>22</sup>, o ancora, della promessa condizionata ad una prestazione<sup>23</sup>; nonché, più in generale, delle promesse interessate o onerose<sup>24</sup>

all'erede necessario la legittima in piena proprietà, parrebbe porsi altresì a presidio dell'equilibrio economico dell'attribuzione riservata al legittimario. A riguardo, si veda, L. MENGONI, *Successione necessaria*, in *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. XLIII, tomo II, quarta ed., Milano, 2000, 348. Cfr., altresì, A. TULLIO, *La successione necessaria*, s.l., ma Torino, s.d., ma 2012, 427; nonché ID., *La cautela sociniana*, in *La successione legittima*, in *Tratt. dir. succ. e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. III, s.l., ma Milano, s.d., ma 2009, 486, nota 19: «dato che il legittimario ha diritto alla legittima in piena proprietà, è evidente che il testatore, il quale sottragga al legittimario l'usufrutto della quota di riserva, dispone, a favore di un estraneo, di un reddito riservato al legittimario e, dunque, non appartenente alla quota disponibile».

<sup>22</sup> Evidenzia come la promessa al pubblico possa dar luogo sia a negozi gratuiti, sia a negozi onerosi G. SBISA, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, 234. Cfr., anche, a questo riguardo, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 4, secondo il quale la promessa al pubblico «può configurarsi come negozio a titolo oneroso qualora l'emittente prometta un'attribuzione patrimoniale a colui il quale compia, pur senza essere a ciò obbligato dalla promessa emessa, una determinata azione volta a vantaggio del promittente». In tal caso, infatti, la promessa è emessa al fine di scambiare un valore economico con una diversa utilità. Nello stesso senso, ID., *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, s.l., ma Torino, s.d., ma 2004, 4. *Contra*, tuttavia, A. TORRENTE, *La donazione*, cit., 208.

<sup>23</sup> Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 7. Evidenzia come, tali promesse, siano per lo più destinate a porre in essere uno scambio, G.F. BASINI, *Le promesse premiali*, Milano, 2000, 94: «chi promette, ha lo scopo d'incentivare il comportamento dedotto in condizione; chi tiene quel comportamento si propone, in linea di massima, di conseguire la ricompensa: la funzione complessiva dell'operazione, allora, appare quella di "scambiare" ricompensa e comportamento». Cfr., altresì, nello stesso senso, ma con riferimento alla promessa al pubblico, C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, seconda ed., Milano, 2000, 252. La nascita della riflessione sulle promesse condizionate ad una prestazione, si deve, in Italia, ai fondamentali studi di Gino Gorla: cfr., in particolare, G. GORLA, *Promesse "condizionate" ad una prestazione*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, s.d., ma 1981, 231 ss., già in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 431 ss.; ID., *Il cosiddetto "unilateral contract" o contratto con executed consideration nella common law anglo-americana*, *ibidem*, 1954, I, 271 ss.; ID., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, cit., 393 ss.

<sup>24</sup> Si veda, a questo riguardo, A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, 15, secondo il quale le promesse onerose e/o interessate avrebbero oggi un ambito di incidenza che travalica quello, tradizionalmente conosciuto, della promessa al pubblico, interessando «ipotesi in cui i soggetti, che figurano come promittenti, si rivolgono a persone determinate per "promettere" loro prestazioni, consistenti in un dare (pagamento di somma a titolo di prestito ecc.) o in un fare (trasporto, custodia, garanzia), al fine di ottenere un qualche vantaggio o tornaconto economici e comunque in modo tale da suscitare l'affidamento nella persona del promissario oppure - e questa è l'altra alternativa - sono rivolte ad incertam personam per sollecitare iniziative nel campo economico e/o per verificare requisiti o idoneità personali al fine dell'instaurazione di rapporti contrattuali».

e, secondo taluni, delle cosiddette liberalità non negoziali<sup>25</sup>.

Nella medesima prospettiva, una siffatta convenienza potrebbe ulteriormente rilevare anche in relazione alle liberalità indirette, nelle quali la liberalità non costituisce lo scopo unico dell'atto, ma una sua conseguenza o circostanza concomitante<sup>26</sup>, come nel contratto a favore del terzo che realizza sicuramente uno spostamento patrimoniale di cui è beneficiario un soggetto diverso dallo stipulante<sup>27</sup>. L'attribuzione a favore del terzo deve essere assistita da un'adeguata veste causale, al punto che, secondo alcuni<sup>28</sup>, se manca o risulta illecito l'interesse dello stipulante, si determinerebbe la caducazione dell'intero contratto. Ogniqualvolta si verifichi un effetto traslativo di valori patrimoniali, il titolo oneroso o gratuito dell'atto di disposizione si

---

<sup>25</sup> Ritengono, in particolare, che il problema della qualificazione dell'atto in termini di onerosità o gratuità, possa porsi anche in relazione ad atti non negoziali, ovvero a meri fatti giuridici, A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, 99 e V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 198.

<sup>26</sup> Così, da ultimo, A. ALBANESE, *L'oggetto della collazione*, in *Comunione e divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. succ. e donazioni*, vol. IV, s.l., ma Milano, s.d., ma 2009, 500. Cfr., anche, A. PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, in *Le donazioni*, in *Tratt. dir. succ. e donazioni*, vol. VI, s.l., ma Milano, s.d., ma 2009, 79 il quale, pur dando conto del fatto che non è dato riscontrare un concetto unitario di donazione indiretta, idoneo a ricomprendere l'intera gamma della cause di attribuzione dei diritti a titolo liberale, ritiene che, con buona dose di approssimazione, si possa dire che «è indiretta quella liberalità attuata non con il contratto tipico di donazione, ma mediante uno strumento "negoziale" avente scopo tipico diverso dalla c.d. causa donandi e tuttavia in grado di produrre, unitamente all'effetto diretto che gli è proprio, l'effetto indiretto di un arricchimento senza corrispettivo, voluto per spirito liberale da una parte (beneficiante) a favore dell'altra (che ne beneficia)».

<sup>27</sup> Non esclude che anche i rapporti tra stipulante e promittente possano colorarsi di liberalità «se ed in quanto il promittente assuma obbligazioni in modo disinteressato verso lo stipulante», V. CAREDDA, *Donazioni indirette*, in A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Tratt. dei contr.*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. X, s.l., ma Torino, s.d., ma 2008, 268.

<sup>28</sup> Così, già nel vigore del codice civile del 1865, G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, terza ed., Padova, 1933, 15 e 180. Nello steso senso, con riferimento al codice vigente, F. GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965, 92. Secondo un diverso orientamento, invece, l'interesse sotteso al rapporto tra stipulante e terzo, non inciderebbe sulla causa del rapporto che lega lo stipulante al promittente. Così A. PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, cit., 130 e F. ANGELONI, *Contratto a favore di terzi*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 2004, 42. Cfr., altresì, M. TAMPONI, *Contratto a favore di terzo*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, tomo VI, Torino, s.d., ma 2000, 404.

pone infatti sempre in relazione con la sua qualificazione causale, chiamata a giustificare il trasferimento della ricchezza tra privati<sup>29</sup>, laddove si muova dalla prospettiva della causa quale funzione economico-individuale del contratto<sup>30</sup>.

Si consideri la donazione remuneratoria. Sovente ha luogo per compensare servizi in relazione ai quali spetterebbe azione per la retribuzione. Si registra così una innegabile commistione tra l'intento di retribuire e quello di remunerare, che si riflette anche sul profilo causale<sup>31</sup>. Analogamente accade nel *negotium mixtum cum donazione*, o ancora nella donazione modale<sup>32</sup>, in quanto si caratterizzano

---

<sup>29</sup> In questo senso, si veda almeno P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 21.

<sup>30</sup> Il nucleo della teoria della causa quale funzione economico-individuale è sapientemente colto da E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 212: «il centro gravitazionale della causa si sposta dal controllo sulle esigenze sociali, cristallizzate nel tipo normativo, alla ricostruzione ermeneutica degli interessi perseguiti dai privati tramite l'operazione contrattuale: la causa non ha più un ruolo di collegamento con elementi esterni all'atto, ma semmai di sintesi e di coesione degli elementi interni al medesimo». Sulla teoria della causa concreta, si veda, per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 344.

Si interroga su una possibile «valenza relazionale» della causa concepita come funzione individuale del negozio, idonea a dare rilevanza alle specifiche qualità soggettive delle parti e alle relative disparità di potere economico, L. PICARDI, *La causa e il tipo*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, a cura di N. Lipari, vol. III, *L'attività e il contratto*, seconda ed., s.l., ma Padova, s.d., ma 2003, 302. Evidenzia, tuttavia, l'erosione dell'area di incidenza della causa nell'ambito della cosiddetta contrattazione «disuguale», con particolare riferimento al diritto europeo dei contratti, C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. Roppo, vol. II, G. VETTORI (a cura di), *Regolamento*, Milano, 2006, 99. Così già C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XXV.

<sup>31</sup> La tematica è indagata diffusamente da P. GALLO, *La donazione remuneratoria*, in *Le donazioni*, in *Tratt. dir. succ. e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. VI, s.l., ma Milano, s.d., ma 2009, 414 che richiama la soluzione offerta, in proposito, da Pothier: «la questione non può considerarsi sicuramente nuova: secondo Pothier occorre distinguere: a) se si tratta di un servizio non valutabile in termini economici, ed il donatario non ha azione, si tratta di una donazione pura e semplice; b) se viceversa il servizio è valutabile in termini economici ed il beneficiario ha azione, si tratta di datio in solutum se vi è equivalenza; c) se non vi è equivalenza, si tratta di un negozio misto, datio in solutum fino a concorrenza, e donazione per la parte eccedente». La dottrina si è ulteriormente chiesta se debba esservi proporzionalità tra il servizio ricevuto e l'attribuzione patrimoniale. La tesi affermativa è sostenuta da A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942, 132 e 133. Cfr., anche, ID., *In tema di contratto misto*, in *Foro it.*, 1970, I, 1786 ss. *Contra* tuttavia P. GALLO, *op. cit.*, 413.

<sup>32</sup> Si veda, a questo riguardo, G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti, il problema della donazione mista*, s.l., ma Napoli, s.d., ma 1984, 82. Cfr., altresì, A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 3.

per un incerto confine tra onerosità e gratuità. In particolare la donazione modale, infatti, «è un negozio gratuito cui accede un elemento di onerosità», mentre, per converso, il *negotium mixtum cum donatione* «è un negozio oneroso cui accede invece un elemento gratuito»<sup>33</sup>. Quando viene meno il carattere accessorio dell'onere, ovvero della liberalità, il *modus* può infatti giungere ad eguagliare o addirittura superare il valore della cosa donata, pur non essendo in tal caso il donatario tenuto ad eseguirlo ai sensi dell'art. 793 cod. civ., e può altresì costituirne il solo motivo determinante, rivelando così la natura onerosa della donazione modale<sup>34</sup>. Così come, nell'ambito di un contratto oneroso, può essere pattuito un corrispettivo irrisorio, inidoneo a giustificare sul piano causale l'attribuzione patrimoniale<sup>35</sup>, sino al limite di un trasferimento privo di causa in concreto.

Ne discende la mobilità del confine tra pura gratuità e pura onerosità, senza trascurare i riflessi di tale operazione ermeneutica sul piano della disciplina applicabile al rapporto<sup>36</sup>. La dottrina ha ipotiz-

---

<sup>33</sup> Il riferimento è a U. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, 142.

<sup>34</sup> In tal senso, si vedano C. GRASSETTI, *Donazione modale e fiduciaria*, Milano, 1941, 17 ss., e U. CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 196. Analoghe considerazioni possono essere fatte con riferimento al comodato modale. Cfr., a questo proposito, A. MORA, *Il comodato modale*, Milano, 2001, spec. 97.

<sup>35</sup> Il significato dell'espressione «attribuzione patrimoniale», si deve a R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, s.l., ma Milano, s.d., ma 1959, 283 secondo il quale con la formula suindicata si vuole indicare comprensivamente un determinato tipo di risultato di un'attività giuridica e precisamente quel risultato che consiste nel prodursi, a favore di un soggetto, di un vantaggio, di un arricchimento, di un incremento della sua sfera patrimoniale. Cfr. anche F.M. D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, s.l., ma Padova, s.d., ma 2010, 13.

<sup>36</sup> A questo riguardo, si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 32, il quale si chiede se «una volta tracciato tale confine, questo separi realmente e linearmente due sistemi regolamentari o se, invece, non sussista quel gioco "ai confini" che distingue spesso la disciplina degli atti appartenenti al centro da quella degli atti appartenenti alla periferia di un medesimo concetto». Si è discusso, in particolare, sull'applicabilità dell'art. 809 cod. civ. al *negotium mixtum cum donatione*, o ancora sulla riferibilità del divieto di cui all'art. 778 cod. civ. al mandato avente ad oggetto la determinazione del destinatario dell'attribuzione, dietro corresponsione di un prezzo marcatamente inferiore al valore economico. La prima questione è indagata, diffusamente, da G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, s.l., ma Padova, 1995, 128. Per ciò che attiene al mandato a compiere un *negotium mixtum cum donatione*, si veda invece l'accurata ricostruzione di A. NATALE, *Il donante*, in *Le donazioni*, in *Tratt. dir. succ. e donazioni*, diretto da G. Bonili-

zato il ricorso a criteri quantitativi<sup>37</sup>. Ciò non ha consentito, tuttavia, di stabilire quale sia la misura esatta destinata dalle parti alla gratuità dell'attribuzione, e quale invece corrisponda ad uno scambio di valori, trattandosi di un apprezzamento demandato esclusivamente ai contraenti e dunque inidoneo ad essere sostituito mediante il ricorso a criteri oggettivi<sup>38</sup>.

Anche nell'ambito degli atti onerosi, la valutazione in ordine alla congruità dello scambio e dunque alla relativa convenienza economica, è infatti rimessa alla volontà dei paciscenti<sup>39</sup>, non rinvenendosi

---

ni, vol. VI, s.l., ma Milano, s.d., ma 2009, 299. *Ivi* si possono rinvenire anche i relativi riferimenti dottrinali.

<sup>37</sup> Si veda, a questo riguardo, L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, 325 che, ai fini della determinazione dei confini entro i quali si può parlare di negozio misto con donazione, argomenta in termini di prevalenza: «poiché si è detto che la caratteristica del negozio in questione sta nell'esser determinato da una causa principale onerosa alla quale accede una causa secondaria gratuita, ciò va bene in tutti i casi in cui la parte onerosa della prestazione è nettamente prevalente, ma evidentemente non può dirsi lo stesso se il corrispettivo è così inferiore al valore della prestazione che la maggior parte di questa rimane non compensata».

<sup>38</sup> Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 32, nota 69.

<sup>39</sup> Ciò non esclude, tuttavia, che lo squilibrio sinallagmatico acquisti rilievo ai fini dell'azione revocatoria, presupponendo quest'ultima il cosiddetto *eventus damni*, ovvero la lesione, effettiva ed attuale, dell'interesse del creditore alla conservazione della garanzia patrimoniale. Sui presupposti dell'azione cfr., per tutti, U. NATOLI, voce *Revocatoria*, in *Enc. dir.*, vol. IV, s.l., ma Milano, s.d., ma 1959; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995; nonché, ID., *Azione revocatoria ordinaria*, in *Nuova giur. civ.*, 1998, II, 423 ss. La questione è affrontata, espressamente, da Trib. Milano, 15 marzo 2011, in *Banca dati DeJure*: «in tema di revocatoria ex art. 2901 c.c. è sufficiente ad integrare l'eventus damni la vendita di un immobile avvenuta ad un prezzo inferiore rispetto al valore effettivo di mercato laddove nel patrimonio del debitore non risultino altri beni capienti ed ugualmente aggredibili dai creditori». Cfr., anche, Cass., ord., 7 maggio 2015, n. 9170, in *Banca dati Leggi d'Italia*: «in tema di revocatoria ordinaria, non è necessaria una totale compromissione del patrimonio del debitore, ma è sufficiente che la soddisfazione dei crediti sia resa più incerta o difficile, come nel caso di modifica qualitativa e non quantitativa del patrimonio del debitore che metta a rischio la fruttuosità dell'azione esecutiva».

La sperequazione del corrispettivo, rispetto al valore di mercato del bene, rileva altresì ai fini della prova della cosiddetta *scientia damni*. Lo chiarisce Cass., 15 dicembre 1999, n. 14069 in *Mass. Giur. it.*, 1999 che non ritiene peraltro decisiva l'indicazione del prezzo contenuta nell'atto pubblico, potendo il prezzo reale essere desunto da altre circostanze, quali l'indicazione nel preliminare di un diverso e maggiore prezzo di vendita e la congruenza di quest'ultimo con l'importo di assegni emessi dall'acquirente a favore dell'alienante.

nel nostro sistema un generale principio di equilibrio tra prestazioni, del quale le parti possono liberamente disporre<sup>40</sup>. Tale valutazione è

---

Il difetto di convenienza del contratto assume, poi, significativo rilievo con riguardo alla revocatoria fallimentare. La questione si è posta, in particolare, nel vigore della vecchia formulazione dell'art. 67, comma 1, l. fall. che disponeva la revoca degli atti a titolo oneroso «in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano notevolmente ciò che a lui è stato dato o promesso», riferendosi invece ora la norma alla sola lesione *ultra quartum*. Si veda, a questo riguardo, Cass., 6 luglio 2015, n. 13881, in *CED Cass.*, 2015: «in tema di revocatoria fallimentare, la valutazione sulla “notevole sproporzione” tra le prestazioni eseguite e le obbligazioni assunte dal fallito e ciò che a lui è stato dato o promesso, necessaria per la dichiarazione di inefficacia del negozio ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 1), legge fall. (nella versione anteriore alla modifica di cui al d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, applicabile “ratione temporis”), deve essere effettuata “ex ante”, ossia al momento della conclusione del contratto, dovendosi prescindere da una misura fissa o parametro da cui desumere il depauperamento patrimoniale del debitore (analoga alla lesione “ultra dimidium” propria della rescissione), poiché è sufficiente, per la sua configurabilità, che tale depauperamento sia consistente». Cfr., anche, a tal proposito, Trib. Roma, 16 giugno 2004, in *Dir. fall.*, 2005, 713: «nel giudizio sulla “notevole sproporzione” - che, ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 1, legge fallim., deve sussistere tra le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito e ciò che a lui è stato dato o promesso per farsi luogo alla dichiarazione di inefficacia del negozio - la differenza percentuale tra il prezzo di vendita e il valore di mercato non costituisce l'unico criterio mediante il quale valutare il grado di squilibrio esistente tra le reciproche prestazioni effettuate dalle parti. Occorre, invece, fare riferimento ad altri elementi rilevanti nell'ordinaria prassi commerciale, quali, esemplificando, la variabilità del prezzo del bene, la maggiore o minore richiesta di mercato, l'esistenza di adeguate informazioni, l'assistenza di soggetti specializzati nel procacciare clienti, la differenza di prezzo in assoluto, i rapporti tra le parti contraenti». Nel senso che l'onere della prova della sperequazione tra il valore del bene ed il corrispettivo pattuito spetti alla curatela, può leggersi Cass., 5 dicembre 2001, n. 15412, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1030: «in tema di revocatoria fallimentare, è onere della curatela provare la notevole sproporzione tra prezzo contrattato e valore di mercato del bene alienato nel periodo sospetto dal fallito a titolo oneroso. Ne consegue che nel caso di compravendita di un bene gravato da ipoteca, non menzionata nel contratto, l'acquirente dell'immobile non è tenuto, qualora permanga la iscrizione ipotecaria, a dare la prova, al fine di consentire la valutazione dell'incidenza dell'ipoteca stessa sul prezzo di mercato dell'immobile, di aver raggiunto un accordo con il creditore ipotecario, ovvero di essersi accollato il pagamento delle obbligazioni garantite da dette iscrizioni ipotecarie, o che l'ipoteca iscritta garantisce obbligazioni ancora in essere ed esigibili, potendo l'acquirente del bene ipotecato essere richiesto del pagamento del credito ipotecario o essere assoggettato ad espropriazione in virtù della sola iscrizione, costitutiva di detto diritto di prelazione».

<sup>40</sup> Sul tema dell'equilibrio del contratto, nelle sue possibili accezioni, si vedano anzitutto V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, terza ed., Torino, s.d., ma 2011, 37; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, 433; A. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, in *Dir. e form.*, 2002, 1127; F.



pertanto rimessa all'autonomia dei contraenti, secondo il principio dell'art. 1322 cod. civ., mentre lo squilibrio tra prestazioni assume rilevanza solo in quanto sia sintomo di una diversa e ulteriore anomalia<sup>41</sup>: la lesione *ultra dimidium* del contratto concluso con approfittamento dell'altrui stato di bisogno, o l'eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>42</sup>.

---

VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 303.

In particolare la dottrina tende a distinguere l'equilibrio economico del contratto, relativo al valore delle prestazioni oggetto di scambio, da quello normativo, quale assetto «allocativo di diritti, obblighi, oneri, responsabilità e rischi» che trovano la propria fonte nel contratto. Così A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 165. Con specifico riferimento allo squilibrio normativo significativo, ai fini della valutazione di vessatorietà di una clausola, si veda, poi, A. TULLIO, *Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997, 40. Cfr., tuttavia, nel senso di una progressiva erosione della portata distinzione, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., 40 e G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, s.l., ma Padova, 2002, 14. In una diversa accezione l'equilibrio può invece riguardare i soggetti del rapporto contrattuale, alludendosi alla possibile disparità di forza contrattuale tra le parti. Rileva, in proposito, «l'insufficienza della disciplina dettata dal codice a comporre equamente le disuguaglianze che nascono dalla sostanziale disparità di posizioni in cui possono trovarsi i contraenti», M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 100. Nello stesso senso, si veda anche C. DALIA, *L'equilibrio normativo nel contratto tra codice civile e leggi speciali*, s.l., ma Napoli, s.d., ma 2008, 55. Ravvisa, poi, nell'insoddisfazione per questi squilibri, una delle principali cause di trasformazione del contratto nel diritto contemporaneo P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, ventesima ed., s.l., ma Milano, s.d., ma 2014, 248.

<sup>41</sup> Così F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, 421. Cfr., anche, A. MORA, *L'impugnazione della divisione*, in G. BONILINI (a cura di), *Comunione e divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. succ. e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. IV, s.l., ma Milano, s.d., ma 2009, 336: «giustamente, si è osservato che, nei contratti di scambio, non è tutelata l'oggettiva equivalenza delle prestazioni; lo squilibrio tra le prestazioni diviene rilevante dal momento e nella misura in cui non sia stato liberamente voluto dalla parte danneggiata». In giurisprudenza, nello stesso senso, cfr., da ultimo, Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Quotidiano giur.*, 2015: «[...] lo squilibrio economico originario non priva di causa il contratto, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. Si ritiene dunque che, salvo particolari esigenze di tutela, "le parti sono i migliori giudici dei loro interessi"».

<sup>42</sup> In tema di squilibrio sopravvenuto rispetto alla conclusione del contratto cfr., *supra*, Cap. I, par. 1.1, nota 4. Particolare interesse riveste l'eccessiva onerosità del contratto con obbligazioni di una sola parte, la quale può chiedere, ai sensi dell'art. 1468 cod. civ., una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità. La *ratio* della disposizione ed il suo ambito di applicazione sono variamente individuati in dottrina. Secondo taluni Autori, la norma accorderebbe rilievo alle mere oscillazioni di valore dell'unica prestazione, pre-

Recenti interventi legislativi di matrice comunitaria, sembrano tuttavia muovere nella direzione di una crescente valorizzazione e conseguente tutela dell'equilibrio economico delle prestazioni scambiate<sup>43</sup>.

scindendo invece da ogni alterazione del nesso di corrispettività; con la conseguenza che il rimedio risulterebbe applicabile a qualsivoglia contratto unilaterale. In questo senso, si veda, per tutti, R. SACCO, *Il contratto*, cit., 984. Ritiene invece riferibile la disposizione ai soli contratti unilaterali onerosi, A. BOSELLI, voce *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, s.l., ma Torino, s.d., ma 1957, 334 che individua la *ratio* della norma nell'esigenza di evitare una notevole alterazione dell'originario equilibrio sinallagmatico tra prestazioni. All'opposto, considera l'art. 1468 cod. civ. applicabile ai soli contratti unilaterali gratuiti, rinvenendone il fondamento nella necessità di evitare a chi si è obbligato ad una prestazione, senza riceverne un'altra in corrispettivo, di subire il sopravvenuto aggravio di quanto dovuto, tra gli altri, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1980, 662.

Nel contesto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, si colloca, altresì, in materia di appalto, il rimedio della revisione del prezzo previsto dall'art. 1664 cod. civ. per il caso in cui, a seguito di circostanze imprevedibili, si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione del corrispettivo superiori al decimo del prezzo complessivo pattuito. A questo riguardo, si vedano D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto: artt. 1655-1677*, quarta ed., in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 2007, 320. Cfr., anche, M. MONTANARI, *La revisione dei prezzi nell'appalto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 592, secondo il quale va escluso che la sopravvenienza contrattuale possa dar luogo alla risoluzione dell'appalto per sopravvenuta eccessiva onerosità, determinando soltanto un equo riequilibrio del corrispettivo dovuto. Cfr., altresì, L. GUERRINI, *Ius variandi e recesso discrezionale nel contratto di appalto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 69 ss.

Un problema di mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico nella distensione cronologica, può peraltro porsi in via generale, con riferimento all'obbligazione pecuniaria, in ragione dell'andamento della moneta avente corso legale nello Stato. Per evitare turbative del rapporto di scambio originariamente pattuito, le parti possono così prevedere un adeguamento del corrispettivo rispetto a determinati indici, ritenuti più stabili, inserendo, a questo scopo, nel regolamento negoziale apposite clausole. È noto l'esempio della cosiddetta clausola-oro. A riguardo, cfr., almeno, P. TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987, 28 ss. Riflettono sul diverso atteggiarsi di una simile clausola in due diversi sottotipi, G. GUIDA, T. DELLA MASSARA, M. DE POLI, M. DALLA PAOLA, L. MATERIA, *Le obbligazioni pecuniarie*, in S. PATTI, L. VACCA (a cura di), *Le figure speciali*, in *Tratt. obblig.*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, s.l., ma Padova, 2010, 279 «*si consideri la clausola detta anche "oro corso" oppure "effettivo" [...]: in tal modo, il rinvio è da riferirsi a una valuta aurea avente corso legale. In questo caso l'indicizzazione che si realizza è sempre di natura monetaria. [...] D'altro canto occorre guardare alla clausola "oro-valore", con cui le parti intendono che la prestazione sia fissata in una quantità di moneta ragguagliata al valore di mercato dell'oro*». Per un'accurata disamina dei termini della distinzione, si veda, in particolare A. CHECCHINI, *Clausola oro*, in N. IRTI, G. GIACOBBE (a cura di), *Diritto monetario*, in *Diz. dir. priv.*, diretto da N. Irti, vol. V, s.l., ma Milano, s.d., ma 1987, 79 ss.

<sup>43</sup> Per un'approfondita ricostruzione di tale evoluzione, si veda M.C. CATAUDELLA, *La retribuzione nel tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze del merca-*

Invero, pur in assenza di una generale manifestazione di tale principio, esso era già latente in talune disposizioni del nostro codice civile. Alla garanzia dell'equità delle pattuizioni è parsa infatti doversi ricondurre la regola sulla riducibilità della penale manifestamente eccessiva (art. 1384 cod. civ.)<sup>44</sup>, in quanto risultato di un approfittamento della debolezza economica della parte gravata<sup>45</sup>.

Analoghe ragioni ispirano altresì la disciplina delle condizioni generali di contratto, dettata dall'art. 1341, comma 2, cod. civ.<sup>46</sup>, limi-

---

to, Torino, s.d., ma 2013, 9. R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 3 evidenzia come tale tendenza non sia solo italiana. Basti pensare alla nota sentenza BVerfG, 19 ottobre 1993, 1 BVR 567 e 1044/1989 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 197 che rimette al giudice un controllo sul contenuto del contratto, nei rapporti caratterizzati da una strutturale disparità tra le parti. Nota, in proposito, condivisibilmente, M. SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, s.l., ma Napoli, s.d., ma 2013, 116: «*L'innovazione prodotta dall'avvento delle normative di prevalente matrice comunitaria a tutela del contraente debole manifesta una tensione verso profili di equità nello scambio che non era precedentemente sconosciuta al nostro ordinamento*».

<sup>44</sup> Si veda, a questo riguardo, G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr.*, 2000, 122: «*secondo la maggior parte degli interpreti, il fondamento della norma racchiusa nell'art. 1384 Codice civile va rintracciato nell'esigenza di una proporzione, "come criterio oggettivo di giustizia", che non può non limitare l'autonomia dei privati, pur comprensiva del potere di adottare "sanzioni"*». Per un'accurata disamina degli orientamenti della giurisprudenza, in ordine alla funzione dell'istituto, può leggersi M. IZETTA, *L'equità nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 13. Più in generale, sulla penale, si veda, per tutti, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991. Esclude invece che un generico concetto di equità possa costituire il fondamento e la misura della responsabilità civile, P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 28.

<sup>45</sup> Così P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, s.l., ma Milano, s.d., ma 2010, 214. Cfr., anche, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 343 secondo il quale: «*nel sistema dell'ordinamento vigente la proporzionalità diventa principio, componente dell'ordine pubblico costituzionale, in quanto compatibile, anzi attuativo di principi costituzionali. Sembra, quindi, maturo il tempo per poter riconoscere, nell'art. 1384 c.c., un principio di carattere generale: la clausola penale può essere diminuita equamente dal giudice se il suo ammontare è manifestamente eccessivo, con riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento*».

<sup>46</sup> In argomento, si vedano, per tutti, G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 11 ss., e G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 480 ss. Cfr., anche, M.C. CHERUBINI, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, Torino, s.d., ma 2005, 9 ss. Per il residuo spazio di applicazione della norma, dopo l'entrata in vigore della disciplina dei contratti del consumatore, può leggersi F. GALGANO, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, in *Le obbligazioni e i contratti*, in *Diritto Civile e commerciale*, vol. II, tomo I, quarta ed., s.l., ma Padova, 2004, 609. Con riferimento, invece, alla nuova disciplina, si veda, *infra*, Cap. I, par. 1.1, nota 77.

tandosi, tuttavia, tale norma a richiedere la specifica approvazione per iscritto di talune clausole, ritenute vessatorie.

Non manca, poi, chi rinvia anche alla base del divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 cod. civ., ragioni di tutela dell'equilibrio tra prestazioni. L'ordinamento, vietando tale patto, vorrebbe infatti impedire che le parti predispongano un meccanismo di pagamento alternativo all'adempimento, tale da comportare l'appropriazione, da parte del creditore, di un bene del debitore, indipendentemente dal rapporto di valore tra il bene e l'obbligazione<sup>47</sup>.

La ragione del divieto risiederebbe pertanto nell'esigenza di impedire la coartazione della volontà del debitore, il quale potrebbe vedersi costretto a garantire il proprio adempimento, concedendo in garanzia un bene di valore superiore a quello del credito garantito<sup>48</sup>.

A presidio dell'equilibrio sinallagmatico, pare altresì posto l'art. 1349 cod. civ., per il caso in cui le parti demandino ad un terzo la determinazione dell'oggetto del contratto. Così, il legislatore non dimentica di precisare come il terzo arbitratore, a meno che le parti si siano affidate al suo mero arbitrio, debba procedere con equo apprezzamento alla determinazione della prestazione; adottando, per tal via, un criterio ispirato all'equità contrattuale e al contemperamento degli interessi in gioco<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> In questo senso, si pone l'indagine di N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, spec. 141.

<sup>48</sup> Per questa opinione si veda D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXIII, Milano, 1971, 1027 ss. Cfr., altresì, F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1960, 115 ss., e V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 32 ss. Nota come una simile lettura possa trovare radice nella celebre Costituzione di Costantino del 324 d.C., S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006, 79. Cfr. C. Th., 3,2,1: «*quoniam inter alias captiones precipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum paeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt*».

Per la diversa tesi che individua la *ratio* del divieto nella tutela della *par condicio creditorum*, si veda invece, per tutti, F. CARNELUTTI, *Mutuo pignorizio e vendita con patto di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 159 ss.

<sup>49</sup> Per il rilievo che l'equo apprezzamento dell'arbitratore si risolve nell'impiego di criteri obiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto si iscrive, si veda Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006, I, 482. A tal fine, occorrerà tenere conto di tutti gli elementi, conosciuti o conoscibili, del concreto rapporto contrattuale, secondo un criterio di normalità economica. Si veda, a questo riguardo, S. RODOTÀ,