

Effettività della tutela ed equilibrio di diritti e obblighi nel contratto

Sara Tommasi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti ed effettività della tutela: dal giudizio di vessatorietà delle clausole alle novità del “*New Deal*” per i consumatori. – 3. Il rilievo dell’equilibrio giuridico oltre la disciplina sulle clausole vessatorie: l’esempio del divieto del patto commissorio e dell’art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. – 4. Equilibrio economico del contratto e autonomia privata: il ruolo della proporzionalità quantitativa. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il costante ed ambizioso programma di riforma e ammodernamento del diritto europeo dei contratti dei consumatori e l’attenzione alle esigenze del contraente debole pongono sempre più in primo piano l’importanza delle problematiche relative all’equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti. Obiettivo della presente indagine è soffermarsi sulla distinzione tra equilibrio economico ed equilibrio normativo al fine di verificarne le implicazioni oltre la normativa a difesa del consumatore e, dunque, anche nell’interpretazione dei tradizionali istituti codicistici¹.

Il merito di rendere imprescindibile una più attenta riflessione sull’equilibrio giuridico si deve sicuramente alle normative di derivazione europea e principalmente a quella sulle clausole vessatorie², ove si palesa, in maniera particolarmente esplicita, che l’adeguatezza del corrispettivo tra beni e servizi non è sufficiente garanzia di tutela della parte debole del rapporto, in quanto può comunque nascondere un

¹ Su come il diritto vivente abbia via via scalfito l’«alterità» del contratto del consumatore rispetto al contratto in generale si rimanda a A. Gentili, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1479 ss.

² Si vedano, in particolare, M.J. Sørensen, *In the Name of Effective Consumer Protection and Public Policy!*, in *European Review of Private Law*, 2016, 791 ss.; B. Keirsbilck, *The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Perenicová and Perenic*, in *Common Market Law Review*, 2013, 247 ss.

significativo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti, ancora più dannoso di quanto possa esserlo una mera sproporzione economica tra le prestazioni³.

Vale la pena verificare se sia potuto accadere che nell'esegesi, anche dei più consueti strumenti civilistici, questi aspetti siano stati, a volte, trascurati. Per esempio, perché il patto marciano è stato considerato lecito e il patto commissorio nullo? Se ci si accontentasse di una motivazione basata sulla proporzionalità economica basterebbe rispondere che nel marciano al debitore viene restituita l'eccedenza tra valore del bene dato in garanzia e debito.

In questa sede si vuole proporre una riflessione che parta dai limiti di una lettura che enfatizzi troppo il ruolo della proporzionalità economica. Segnatamente, si intende indagare sull'opportunità di tenere distinti, per alcuni aspetti, i problemi posti dalla proporzionalità economica da quelli relativi all'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti di un contratto.

Le conseguenze della prospettiva proposta potrebbero essere interessanti sia sul piano dell'effettività della tutela della parte debole del rapporto, sia sul versante di una più precisa configurazione degli spazi e dei limiti dell'autonomia dei privati. Si cercherà di dimostrare, in particolare, che i margini di disponibilità della proporzionalità economica da parte dell'autonomia privata sono più ampi rispetto ai margini di disponibilità dell'equilibrio normativo. La mancanza di tale equilibrio è vista per lo più con sospetto dall'ordinamento che, infatti, interviene, spesso, addirittura con la nullità, proprio come avviene nella disciplina relativa alle clausole vessatorie, che offre gli spunti dai quali partono le osservazioni che seguono.

2. *Equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti ed effettività della tutela: dal giudizio di vessatorietà delle clausole alle novità del "New Deal" per i consumatori*

L'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti è così centrale nella tutela del consumatore da travalicare i limiti della disciplina sulle clausole vessatorie e diventare prezioso strumento per assicurare ai contraenti una tutela effettiva.

³ A. Jannarelli, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, 545, richiama l'attenzione sulla distinzione tra contenuto economico dello scambio e contenuto giuridico delle relazioni contrattuali «dal quale ben possono discendere assetti di interessi tra le parti profondamente diversi tra loro ed il cui effettivo squilibrio rischia di risultare "oculto" in quanto non necessariamente registrato dai segnali forti dello scambio pur sempre rappresentati rispettivamente dal bene trasferito (sua natura e qualità) e dal relativo prezzo». Sul punto Id., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari, (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, 58 ss.

Non si possono in questa sede ripercorrere le problematiche che hanno interessato uno dei primi e più significativi pilastri della normativa europea a difesa del contraente debole, ma possono porsi due punti fermi.

Il primo: nell'interpretazione della Corte di Giustizia, ripetutamente, l'effettività della tutela del consumatore è legata all'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti, equilibrio che deve essere reale e non meramente formale⁴. Il secondo: il legame tra effettività della tutela ed equilibrio tra diritti e obblighi dalle parti trova conferma nel cd. *New Deal for Consumers*, ossia nel pacchetto di nuove norme europee dedicate alla tutela dei consumatori e, per quanto interessa in questa sede, nel percorso che ha portato all'emanazione della Direttiva 2019/2161, *Amendment of Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules*⁵.

Si faranno soltanto alcuni esempi che, però, evidenziano che nell'interpretazione della Corte di Giustizia trapela una particolare attenzione ai diritti, anche processuali, del consumatore e all'equilibrio reale, e non meramente formale, della sua situazione giuridica rispetto a quella del professionista, a tal punto da ritenere effettiva la tutela del consumatore se quell'equilibrio viene ristabilito⁶. Può essere esemplificativa la sentenza della Corte di Giustizia, 14 marzo

⁴ Sul punto cfr. M.B.M. Loos, *The Modernization of European Consumer Law: A Pig in a Poke?*, in *European Review of Private Law*, 2019, 113 ss.; F. Cafaggi, P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *European Review of Private Law*, 2017, 576. Sulla necessità che le norme a tutela dei consumatori siano al passo con i nuovi problemi legati ai costanti mutamenti sociali si rinvia a H.W. Micklitz, G. Saumier, *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, in H.W. Micklitz, G. Saumier (eds.), *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, Cham, 2018, 3 ss. Ivi si afferma che «as society changed, so has consumer law, from the consumption society to the service society and from there to the information society. Today one might go as far as to speak of a second generation of consumer laws which are more and more focusing on services and lately on digitization and even sustainability, overshadowing the classical and more traditional focus on consumer products».

⁵ La direttiva 2019/2161 rappresenta il punto di arrivo di un percorso iniziato con COM(2018) 185 final, ossia con la *Proposal for a directive of the European Parliament and of the council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernization of EU consumer protection rules*. A COM(2018) 185 final, si affiancano COM(2018) 184 final, ossia la *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC*, e COM(2018) 183. Un ruolo centrale nel quadro del *New Deal* per i consumatori, hanno anche le direttive: 2019/770/UE of 20 May 2019 *on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services* e 2019/771/UE of 20 May 2019 *on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC*. Sul punto, tra i più recenti aggiornamenti, si rimanda a J.M.L. Van Duin, C. Leone, *The Real (New) Deal: Levelling the Odds for Consumer-Litigants: On the Need for a Modernization*, in *European Review of Private Law*, 2019, 1227 ss.

⁶ Sul punto cfr. N. Trocker, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 373; F. Casucci, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, 378 ss.

2013, C-415/11, *Mohamed Aziz contro Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*, attenta ad evitare il rischio per il consumatore, nella sua qualità di debitore esecutato, che il controllo della vessatorietà della clausola, non effettuato in sede esecutiva, non lo rimetta nella situazione sussistente prima dell'esecuzione immobiliare sul bene ipotecato, ma, al massimo, gli consenta di avere il risarcimento del danno⁷.

La stretta connessione tra effettività della tutela del consumatore ed equilibrio dei diritti e degli obblighi tra lui e il professionista è evidenziata anche da Corte di Giustizia 20 settembre 2018, *OTP Bank Nyrt. e OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt*, C-51/17. In particolare, si è sottolineato che l'art. 6 paragrafo 1 della direttiva, nel disporre che le clausole abusive non vincolano i consumatori, costituisce una disposizione imperativa tesa a sostituire all'equilibrio formale fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale⁸. Per aversi tale equilibrio, e dunque una tutela effettiva, deve essere consentito al giudice, a protezione del consumatore, di valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13/Ce⁹.

La sentenza è interessante, ai nostri fini, anche perché puntualizza che l'esclusione dall'applicazione del regime della direttiva 93/13 delle clausole che riproducono le disposizioni legislative o regolamentari imperative è giustificata dal fatto che, in linea di principio, è legittimo presumere che il legislatore nazio-

⁷ Su questa sentenza si vedano J.M.F. Seijo, *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Barcellona, 2017, 71 ss.; F. Esteban De La Rosa, *The Treatment of Unfair terms in the process of foreclosure in Spain. Mortgage Enforcement Proceedings in the Aftermath of the ECJ's «Ruling of the Evicted*, in *Zeitschr. Europäisches Privatrecht*, 2015, 366 ss. Sulla necessità che, in ossequio al principio di effettività, la normativa non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile la salvaguardia dei diritti del consumatore si vedano Corte di Giustizia, 10 Settembre 2014, *Monika Kušionová*, C34/13; Corte di Giustizia, 16 Luglio 2015, C-169/14, *Sánchez Morcillo e Abril García*. Sull'effetto dirompente di tale sentenza si rimanda a F. Cafaggi, M. Salvadori, *Dialogo istituzionale e diritto europeo dei consumatori Dialogo istituzionale e diritto europeo dei consumatori: Il trilogio giudiziale ed amministrativo, strumenti ed effetti*, in P. Gallo, G. Magri, M. Salvadori (a cura di), *L'armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle corti*, Milano, 2017, 39 ss. Sul punto cfr. Corte di Giustizia, 18 Febbraio 2016, *Finanmadrid EFC*, C-49/14, par. 46. Per un commento cfr. J.M.L. Van Duin, *Metamorphosis? in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13/EEC*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 190 ss. In direzione analoga CJEU 14 June 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, par. 54, sulla quale si rimanda a M.J. Sørensen, *Sanctions on Unfair Terms in Consumer Contracts. The Danish Example*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2014, 224 ss.

⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 26 Gennaio 2017, *Banco Primus*, C421/14, punto 43; Corte di Giustizia, 14 Giugno 2012, *Banco Español de Crédito*, C618/10; Corte di Giustizia, 21 Gennaio 2015, *Unicaja Banco and Caixabank*, C482/13, C484/13, C485/13.

⁹ Quanto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia su poteri d'ufficio del giudice e tutela del consumatore si rimanda a S. Pagliantini, *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di Giustizia*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra (a cura di) *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 81 ss.; Id., *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 812 ss.

nale abbia stabilito un equilibrio tra l'insieme dei diritti e degli obblighi delle parti di determinati contratti¹⁰.

Esemplificativa può essere, altresì, la sentenza della Corte di Giustizia, 11 settembre 2019, *Lexitor Sp. z o.o contro Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo - Kredytowa im. Franciszka Stefczyka* e altri, C-383/18 che ha avuto un forte impatto sui problemi relativi al diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito nei casi di rimborso anticipato¹¹. La Corte dichiara che l'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito, in caso di rimborso anticipato, include tutti i costi posti a carico del consumatore, quindi anche quelli cd. *up front* e non solo quelli *recurring* che non si esauriscono nello svolgimento di attività preliminari e contestuali alla conclusione del contratto. Come evidenziato anche dal giudice di rinvio, interpretare la norma nel senso che la riduzione del costo totale del credito include anche i costi che non dipendono dalla durata del contratto permette di garantire l'equilibrio tra le parti.

Il diritto del consumatore alla riduzione dei costi, nel ragionamento della Corte, non crea una situazione squilibrata a danno del professionista, data la possibilità per quest'ultimo, in caso di rimborso anticipato del credito, di riutilizzare l'importo rimborsato per concedere un nuovo credito e beneficiare così di una nuova commissione. Inoltre, il fatto di includere nella riduzione del costo totale del credito i costi che non dipendono dalla durata del contratto non è idoneo a penalizzare in maniera sproporzionata il soggetto concedente il credito, in quanto gli interessi di quest'ultimo vengono presi in considerazione, da un lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2008/48, che prevede, a beneficio del mutuante, il diritto ad un indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito, e, dall'altro lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 4, della medesima direttiva, che offre agli Stati membri una possibilità supplementare di provvedere affinché l'indennizzo sia adeguato alle condizioni del credito e del mercato al fine di tutelare gli interessi del mutuante.

Non si tratta di un problema soltanto economico, ma anche di equilibrio tra i diritti e gli obblighi tra le parti. In altri termini, se il professionista ha dei diritti che gli consentono di limitare le conseguenze economiche di un'estinzione anticipata del finanziamento, altrettanto deve avvenire per il consumatore. Se il consumatore non avesse diritto alla riduzione del costo del credito o tale diritto fosse limitato ai costi *recurring* si avrebbe una tutela formale e non reale, anche in con-

¹⁰ In tal senso già Corte di Giustizia, 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*, C92/11, punto 28.

¹¹ Per l'impatto pratico di questa sentenza nel contesto italiano basti rinviare alle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario e, in particolare, al Collegio di Coordinamento nella decisione n. 26525/2019.

siderazione del fatto che una soluzione contraria, come evidenziato dalla Corte di Giustizia, rischierebbe di tradursi in una prassi nella quale i soggetti mutuantî applicherebbero unicamente costi formalmente indipendenti dalla durata del contratto di credito, al fine di evitare che questi siano interessati dalla riduzione del costo totale del credito¹².

L'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, di sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale è stato richiamato dalla Corte di Giustizia anche nella sentenza della Grande Sezione, del 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17¹³, al fine di giustificare il potere del giudice nazionale di sopprimere la clausola abusiva sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, in situazioni in cui l'invalidazione della clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto *in toto*, esponendo così il consumatore a conseguenze particolarmente dannose e tali da penalizzarlo¹⁴. In particolare si è chiarito che «tale sostituzione è pienamente giustificata alla luce della finalità della direttiva 93/13. Infatti, essa è conforme all'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, considerato che tale disposizione tende a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime, e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive»¹⁵.

Conferme del legame tra effettività della tutela ed equilibrio tra diritti e obblighi dalle parti si trovano nel cd. *New Deal for Consumers*¹⁶, anche se il dato pareva più esplicito in COM(2018)185, ossia nella proposta di direttiva, rispetto alla direttiva 2019/2161.

Segnatamente in COM(2018)185 è riscontrabile una maggiore attenzione all'effettività della tutela del consumatore e al ripristino della conformità della situazione nella quale questi si sarebbe trovato in assenza della violazione del professionista. Indicativa in tale direzione era la previsione dell'art. 11 *bis*, ai sensi del quale gli Stati membri avrebbero dovuto provvedere a rendere disponibili rimedi contrattuali ed extracontrattuali per i consumatori lesi da pratiche com-

¹² Corte di Giustizia, 11 settembre 2019, *Lexitor Sp. z o.o contro Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo - Kredytowa im. Franciszka Stefczyka* e altri, C-383/18, punti 17 e 34.

¹³ Su Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, cfr. C. Pavillon, *Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive*, in *European Review of Private Law*, 2019, 1297 ss.

¹⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, punto 56.

¹⁵ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, punto 57. Su queste problematiche si rimanda a B. Sánchez López, *Ejecución dineraria. Liquidez. embargo y realización forzosa*, Madrid, 2019, 85 ss.

¹⁶ Sul punto cfr. D. Adamski, *Lost on the digital platform: Europe's legal travails with the Digital Single Market*, in *Common Market Law Review*, 2018, 719 ss.; V. Febraro, *New deal for consumers. Focus normativo sulla proposta di direttiva Omnibus, ora "Modernization Directive"*, in *Mercato e consumatori*, 2018, 38 ss.

mercili sleali, al fine di eliminarne ogni effetto conformemente alla legislazione nazionale. Traspariva lo sforzo in più rispetto all'art. 3 della direttiva 2005/29/CE che si limitava a prevedere che la stessa non dovesse pregiudicare l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto¹⁷.

L'art. 11 *bis*, infatti, nella formulazione di COM(2018)185 era particolarmente interessante non tanto e non solo per il riconoscimento della possibilità per il consumatore di porre fine unilateralmente al contratto e di ottenere il risarcimento del danno extracontrattuale, ma per la previsione esplicita che tali misure dovessero rappresentare il minimo da assicurare al consumatore il quale, però, ha anche diritto a che venga eliminato ogni effetto della pratica commerciale subita. L'assenza di tale diritto comporterebbe per il consumatore una situazione squilibrata rispetto a quella del professionista che, ingiustificatamente, finirebbe per addossare sul consumatore rischi che dipendono dalla scorrettezza dell'attività del professionista stesso.

In altri termini, garantire una tutela effettiva del consumatore significa riconoscergli una serie di diritti che gli consentano di eliminare ogni effetto della scorrettezza subita e, dunque, di essere rimesso in una situazione conforme a quella nella quale si sarebbe trovato in mancanza della scorrettezza del professionista¹⁸.

Il ripristino della conformità è molto più incisivo della semplice previsione della non vincolatività della disposizione contrattuale posta in essere in violazione delle norme a tutela del consumatore. La non vincolatività può non comportare per il professionista una perdita significativa, soprattutto quando a tale non

¹⁷ Sulla portata dell'art. 3 della direttiva 2005/29/CE cfr. G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 1 ss.; G. De Cristofaro, *Italian Private Law: the Impact of Directive 2005/29/EC* in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, 251 ss.; A. Beckers, *The regulation of market communication and market behaviour: Corporate social responsibility and the Directives on Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms*, in *Common Market Law Review*, 2017, 475 ss. Sulla formulazione dell'art. 11 *bis* in COM (2018) 185, anche alla luce delle scelte fatte dal legislatore europeo con riferimento alla Direttiva 633/2019 *on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain*, si rimanda ad A. Jannarelli, *La tutela dei produttori agricoli nella filiera agro-alimentare alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali business to business*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, 43. L'A. afferma che «il recentissimo testo approvato dal Parlamento europeo ha rivisitato significativamente l'impianto legislativo a suo tempo adottato a tutela dei consumatori. Infatti, attraverso modifiche introdotte nella direttiva sulle pratiche sleali 2005/29, risulta, tra l'altro, inserito l'art. 11 *bis* finalizzato ad armonizzare in maniera specifica proprio il *private enforcement* da parte dei consumatori a quali spetta, in presenza di pratiche scorrette, la possibilità di agire per il risarcimento del danno e per la risoluzione del contratto. Indubbiamente, nelle relazioni *business to business* presenti nell'ambito di una medesima filiera produttiva, quale quella agro-alimentare, il ricorso alla tutela privatistica da parte del singolo produttore agricolo può essere disincentivato dal timore di essere escluso dal novero dei fornitori. Ma è altrettanto indubbio che una tutela forte collettiva in termini di *private enforcement* può sempre operare in chiave di deterrenza e di prevenzione».

¹⁸ L'effettività della tutela è legata all'attenzione all'interesse materiale del consumatore. Su quanto il diritto contrattuale dei consumatori sia fonte di «aperture» vistose agli interessi «materiali» sottostanti alle regole di fattispecie, si rimanda a A. Di Majo, *Giustizia e «materializzazione», nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 797 ss.

vincolatività segua l'applicazione di una disciplina nazionale non particolarmente sfavorevole. Una significativa applicazione pratica si è avuta in materia di credito al consumo. La previsione della non vincolatività degli interessi convenzionali non è apparsa dissuasiva, nella misura in cui il professionista poteva comunque beneficiare di interessi legali di importo considerevole¹⁹.

La formulazione dell'art. 11 *bis* nella versione definitiva della direttiva 2019/2161 appare, invero, meno incisiva. Si legge, infatti, che «i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti. Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale».

Scompare il riferimento esplicito al fatto che il risarcimento del danno debba rappresentare il minimo da assicurare al consumatore e anche la previsione del diritto del consumatore a che venga eliminato ogni effetto della pratica commerciale subita.

La norma potrebbe rappresentare un passo indietro rispetto alla corrispondente previsione di COM(2018)185. Quanto però questo corrisponda effettivamente alla *ratio* della normativa europea è discutibile. Basti pensare al considerando 16) della stessa direttiva 2019/2161, ove rimane il riferimento alla necessità di «garantire la disponibilità di rimedi per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per eliminare tutti gli effetti di tali pratiche» e si specifica che seppure il consumatore dovesse poter ottenere il risarcimento dei danni e, se pertinente, una riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, in modo proporzionato ed efficace, ciò non esclude la necessità «di mantenere o introdurre il diritto ad altri rimedi, come la riparazione o la sostituzione, per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per garantire l'eliminazione totale degli effetti di tali pratiche».

La diversa formulazione dell'art. 11 *bis* probabilmente ha l'obiettivo, non di privare il consumatore di rimedi che gli consentano di eliminare tutti gli effetti delle pratiche scorrette, ma soltanto quello di specificare alcuni rimedi a disposizione del consumatore al quale, come si legge, nel parere del Comitato economi-

¹⁹ Si pensi al noto caso esaminato da Corte di Giustizia, 27 marzo 2014, C-565/12, *Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan*. Per un commento a tale sentenza si rinvia a G. Poissonnier, *Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation*, in *Dalloz*, 2014, 130 ss.; T. Rumi, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela dei consumatori*, in *Contratti*, 2014, 878 ss.; M. Maugeri, *Pre-contractual duties in consumer credit contracts and remedies for their breach*, in *Persona e Mercato*, 2018, 3, 188.

co e sociale europeo sulla proposta di direttiva, devono «essere offerte soluzioni individuali come il rimborso del prezzo, la sostituzione del bene o la risoluzione del contratto di compravendita. I rimedi, inoltre, dovrebbero essere adeguati alla situazione di ciascun consumatore, in modo da consentirgli di optare per soluzioni su misura»²⁰.

D'altronde, prevedere rimedi che non siano tesi a porre il consumatore nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato in assenza del comportamento scorretto del professionista sarebbe in contrasto con la logica che ispira il diritto dell'Unione anche negli altri interventi che completano il pacchetto di regole noto come *New Deal per i Consumatori*. Basti pensare alle direttive: 2019/770/UE of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services e 2019/771/UE of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC²¹ e al diritto del consumatore al ripristino della conformità del bene senza spese a suo carico²².

Il diritto al ripristino della conformità, infatti, è strumento prezioso per garantire al consumatore una tutela effettiva, delineandosi un assetto di interessi nel quale, proprio grazie a tale diritto, è difficile che si configuri un significativo squilibrio dei suoi diritti e obblighi rispetto a quelli del professionista.

3. *Il rilievo dell'equilibrio giuridico oltre la disciplina sulle clausole vessatorie: l'esempio del divieto del patto commissorio e dell'art. 120 quinquiesdecies T.U.B.*

La portata di alcune novità legislative dettate in recepimento di direttive comunitarie può essere valorizzata se ci si emancipa da una interpretazione troppo condizionata dalla prevalente attenzione all'equilibrio economico.

Occorre verificare quanto l'autonomia privata possa incidere sull'equilibrio tra i diritti e gli obblighi del contratto.

Sembrirebbe che il legislatore abbia un atteggiamento molto rigoroso se si osserva che alla sproporzione normativa consegue, il più delle volte, la nullità di quanto convenuto tra le parti. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla disciplina sulle

²⁰ Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'UE relative alla protezione dei consumatori, in GU C 440 del 6.12.2018, 66.

²¹ J.M.L. Van Duin, C. Leone, *The Real (New) Deal: Levelling the Odds for Consumer-Litigants*, cit., 1227 ss.

²² Si veda in particolare l'art. 13 della Direttiva 770/2019 e l'art. 14 della Direttiva 771/2019.

clausole vessatorie, ma anche a tutte le norme che prevedono la nullità delle clausole contrattuali o dei patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti dal codice del consumo²³. Esplicito nel prevedere la nullità del patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è, altresì, l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 e, come è noto, si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi²⁴.

Ma è sul divieto del patto commissorio, anch'esso presidiato dalla nullità, e sulla portata di alcune novità legislative dettate in recepimento di direttive europee che ci si vuole soffermare, al fine di valorizzare le implicazioni di una lettura non condizionata dalla prevalente attenzione all'equilibrio economico e aperta a tenere distinte, per certi versi, le problematiche poste dall'equilibrio economico rispetto all'equilibrio giuridico, anche al fine di una maggiore tutela del soggetto debole del rapporto.

In particolare, in questa sede ci si soffermerà sul disposto dell'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. in base al quale, fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che, in caso di inadempimento del consumatore, la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporti l'estinzione dell'intero debito derivante dal contratto di credito, anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza.

Si è visto in questa norma un nuovo marciano²⁵, data la garanzia del ripristino della proporzione economica dell'operazione, attraverso il versamento al debitore dell'eccedenza del valore dell'immobile rispetto al debito.

²³ Sul punto si rimanda a E. Capobianco, *L'irrinunciabilità dei diritti del consumatore*, in E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori (a cura di), *Scritto in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, 279 ss.

²⁴ Cfr, per tutti, F. Ruscello (a cura di), *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole: atti del Convegno «Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole»*, Roma, 2012.

²⁵ Si rimanda sul punto a G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi (a cura di), *I nuovi marciano*, Torino, 2017. Ritiene che la disposizione in esame realizzi una tipizzazione del patto marciano S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, 568. Quanto alle norme con riferimento alle quali si è affermato che il patto marciano acquisti definitivamente «diritto di cittadinanza» nel sistema giuridico italiano, cfr. S. Ambrosini, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2016, 1075 ss.; C. Botta, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciانا*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 911 ss.; G. Buset, *Mutuo - "ancora su procura a vendere e divieto del patto commissorio"*, *ibidem*, 737 ss. Sull'incidenza della disciplina relativa al patto marciano sulla normativa di diritto comune v. R. Lenzi, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciano di diritto comune*, in *Osservatorio dir. civ. comm.*, 2017, 319 ss.

L'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. rappresenta una preziosa occasione per riflettere sul patto marciano e sul patto commissorio in una prospettiva che non guardi soltanto all'equilibrio economico, ma anche all'equilibrio giuridico dell'operazione economica posta in essere dalle parti. La norma, infatti, sarebbe contraddittoria se ci si limitasse a leggerla in termini di proporzionalità meramente economica, perché dispone espressamente che è fatto salvo il divieto del patto commissorio previsto dall'art. 2744 c.c., però, di fatto non impedisce, in caso di inadempimento, la restituzione o il trasferimento al creditore del bene oggetto di garanzia, anzi, consente di programmare, prima ancora che l'inadempimento si verifichi, la variabile di un trasferimento solutorio.

L'alternativa ermeneutica che si profila è, dunque, la seguente: o l'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. è una norma contraddittoria, in quanto al tempo stesso consente di porre in essere un patto e dispone espressamente che è fatto salvo il divieto del patto stesso, oppure la norma autorizza a ritenere che i problemi del patto commissorio non siano soltanto relativi ai valori economici scambiati²⁶ e che la garanzia di proporzione tra le corrispondenti attribuzioni non esaurisca la tutela che mira a perseguire il «divieto di risultato» sancito dall'art. 2744 c.c.²⁷.

In un ambito così delicato come quello del credito immobiliare ai consumatori²⁸, emerge, infatti, che, in presenza di meccanismi che denotano una «finalità acquisitiva» da parte del creditore garantito²⁹, la salvaguardia del diritto del debitore all'eccedenza del valore dell'immobile non neutralizza la *debitoris suffocatio*³⁰, in quanto il mutuatario non può comunque evitare la perdita della proprietà

²⁶ Per gli orientamenti giurisprudenziali sul punto si rimanda a A.A. Dolmetta, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 811 ss. L'A. ricostruisce il percorso argomentativo di Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, nel confronto anche con Cass., 9 maggio 2013, n. 10986 e Cass., 18 marzo 2015, n. 5440. Sul punto cfr. S. Pagliantini, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2017, 1715 ss.

²⁷ Per un'analisi degli orientamenti giurisprudenziali che enucleano dall'art. 2744 c.c. un «divieto di risultato» v. A. Trotta, *Il patto commissorio autonomo: tradizione e cambiamento*, in *Giur. it.*, 2013, 343 ss.

²⁸ Sulla necessità che l'illiceità del divieto rimanga integra nei casi di contratto asimmetrico cfr. P. Sirena, *La disciplina dei mutui ipotecari e le prospettive di una riforma legislativa*, Milano, 2009, 1 ss.; M. Trimarchi, *Pre-default agreement on appropriation of an encumbered asset: "patto commissorio" and "patto marciano"* in G. Alpa e G. Iudica (a cura di), *Draft Common Frame of Reference (DCFR). What for?*, Milano, 2013, 83 ss. Quanto alla circostanza che non si capirebbe un trattamento *in peius* per i contratti di diritto comune, v. S. Pagliantini, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 181 ss.

²⁹ Cfr. E. Carbone, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1087 ss.

³⁰ In argomento si rinvia a S. Pagliantini, *I misteri*, cit., 183. Cfr. A. Cilento, *Convenzioni commissorie tra integrità del consenso e funzione negoziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 213 ss. G. Baralis, *Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno*, in *Riv. not.*, 2009, 2, 317 ss. Nella stessa direzione, più di recente, G. Brianda, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. impr.*, 2016, 797 ss. Sul rapporto tra patto commissorio e coazione morale del debitore si rimanda a A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 10 ss.; D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1971, 1028 ss. L'A. da ultimo citato già sottolineava che nella nullità del patto commissorio si prescinde da ogni rapporto

del bene³¹. Non si scongiura cioè il pericolo di una vicenda traslativa irreversibile e inevitabile per il debitore, una sorta di espropriazione negoziale. Conseguentemente, l'obiettivo da perseguire non dovrebbe essere solo quello di preoccuparsi che al consumatore sia restituito quanto ecceda dalla soddisfazione del creditore, ma anche di evitare lo squilibrio tra diritti e obblighi di debitore e creditore³².

La novità dell'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. risiede nel fatto che si tratta di una norma che muove nella direzione di una lettura del divieto del patto commissorio sganciata da un ragionamento basato prevalentemente sulla «mancata proporzione» tra valore del bene e quanto realizzato dal creditore. Basti pensare che, stando al comma 3 dell'art. 120 *quinqüesdecies*, il divieto del patto commissorio rimane pure in presenza di una clausola che salvaguardi l'equivalenza tra quanto ancora dovuto al creditore ed il valore dell'immobile dato in garanzia, e persino quando il debito residuo sia superiore a quanto realizzi il creditore per effetto del trasferimento del bene, e cioè anche se l'operazione sia squilibrata economicamente a vantaggio del debitore³³.

Il trasferimento solutorio del bene dato in garanzia, invece, è possibile in presenza di presidi a tutela della debolezza del debitore che non si esauriscano nel neutralizzare la sproporzione tra entità del credito garantito e valore del bene; presidi che l'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. si preoccupa di porre in essere. Si pensi al meccanismo a valenza esdebitatoria previsto, e cioè all'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore anche se il valore del bene immobile trasferito sia inferiore al debito residuo. Il fatto che il creditore possa beneficiare del trasferimento del bene dato in garanzia, deve essere bilanciato dal venir meno per il debitore del rischio che il bene abbia un valore inferiore a quello del debito residuo. In questo modo si spiega perché l'attribuzione al creditore di un valore inferiore al credito non si sostanzia in un ingiustificato arricchimento del debitore³⁴.

di valore tra cosa e prezzo appunto perché si reagisce alla pressione fatta sul debitore in fase di inadempimento. Sul punto cfr. N. Cipriani, *Divieto del patto commissorio e alienazioni a scopo di garanzia nel pensiero di Domenico Rubino*, in P. Perlingieri e S. Polidori (a cura di), «*I Maestri italiani del diritto civile*», Domenico Rubino, Napoli, 2009, 707 ss.

³¹ Sul punto si rinvia a S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, Milano, 1951, 357. Quanto alla lettura di Salvatore Pugliatti dell'art. 2744 c.c. cfr. G. D'Amico, *Il contributo di Pugliatti alla dottrina della fraus legis e all'interpretazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.*, in S. Ciccarello, A. Gorassini e R. Tommasini (a cura di), «*I Maestri italiani del diritto civile*», Salvatore Pugliatti, Napoli, 2016, 239 ss.

³² Quando è soggetto ad un vincolo reale, il debitore si trova nella condizione di minima resistenza e di massima esposizione, una condizione assai più severa del generico stato di bisogno che legittima l'azione generale di rescissione per lesione ai sensi dell'art. 1448 c.c. In questi termini E. Carbone, *Patto commissorio*, cit., 12 ss. Sul punto cfr. G. Stolfi, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, 767 ss.; U. Carnevali, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 505 ss.; G. Rispoli, *Ai confini del divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2013, 2023 ss.; Id., *I nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 2013, 697 ss.

³³ Cfr. S. Tommasi, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018, 169 ss.

³⁴ Sul rapporto tra divieto del patto commissorio e arricchimento senza giusta causa v. F. Murino, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratoria*, Milano, 2010, 38 ss.

Ulteriori meccanismi di riequilibrio sono legati alla previsione in base alla quale, se il contratto di credito contiene la clausola che consente il trasferimento solutorio, il consumatore ha diritto: ad essere assistito a titolo gratuito da un consulente al fine di valutarne la convenienza; a che il finanziatore si adoperi con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo; alla nomina di un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo, ovvero nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente.

Se, dunque, è ammissibile che il divieto del patto commissorio sia «artrante» in alcuni casi, ciò non deve avvenire in ragione della mera proporzione tra valori economici³⁵.

D'altronde, lo squilibrio meramente economico tra le prestazioni non è causa di invalidità del contratto; dunque, se fosse solo tale squilibrio ad essere tutelato dal patto commissorio non sarebbe giustificata la nullità. L'eventuale accettazione dello squilibrio tra entità del credito e valore del bene può essere solo una delle tante manifestazioni della debolezza del debitore, ma non l'unica. In questa prospettiva, la mera proporzione tra le prestazioni non è garanzia di validità del patto.

Quanto appena osservato, da una parte, conferma che rimane il divieto del patto commissorio anche in presenza di una clausola finalizzata soltanto a tutelare lo squilibrio economico³⁶; dall'altra parte, consente di mettere in discussio-

³⁵ Sulla crisi del divieto del patto commissorio a livello europeo è significativa la riforma francese delle *sûretés*. Sul punto cfr. F. Fiorentini, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Berna, 2009, 525 ss.; Id., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 1198 ss.; A. Chianale, *L'ipoteca: principi generali e aspetti applicativi*, Assago, 2017, 31 ss. L'Autore da ultimo cita si sofferma anche sul panorama tedesco, ove il divieto del patto commissorio è sancito dal § 1149 del BGB, anche se la proibizione non possiede alcuna forza espansiva ed è limitata ai casi previsti. Segnatamente, la norma in esame prevede che «*der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken*». Ribadisce l'invalidità dell'accordo commissorio il *Draft of Common Frame of Reference* («*predefault agreement on appropriation of encumbered assets*»), ma eccettua le ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o le parti abbiano concordato un metodo di stima. Il riferimento è al IX. – 7:105 del *DCFR*, in tema di *Predefault agreement on appropriation of encumbered assets*. Ivi si legge che «(1) Any agreement concluded before default providing for the transfer of ownership of the encumbered assets to the secured creditor after default, or having this effect, is void. (2) Paragraph (1) does not apply: (a) if the encumbered asset is a fungible asset that is traded on a recognized market with published prices; or (b) if the parties agree in advance on some other method which allows a ready determination of a reasonable market price. (3) Paragraph (2)(b) does not apply to a consumer security provider. (4) Where appropriation is allowed, the secured creditor is entitled to appropriate encumbered assets only for the value of their recognized or agreed market price at the date of appropriation. The security provider is entitled to any surplus over the obligations covered by the security right. The debtor remains liable for any deficit. (5) This Article does not apply to retention of ownership devices». Quanto alle difficoltà del divieto del patto commissorio a sopravvivere al processo di armonizzazione tra i diversi diritti nazionali europei cfr. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, 2000, 209 ss.; A. Candian, *Appunti dubbiosi sul patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, 176 ss.

³⁶ Cfr. A. Luminoso, *Patto commissorio*, cit., 14.

ne la validità del patto marciano³⁷. Quest'ultimo, infatti, scongiura *ab origine* la sola sproporzione economica tra entità del credito garantito e valore del bene, ma non assicura che ciò sia sufficiente a tutelare la situazione di debolezza del debitore³⁸ e non garantisce il diritto del debitore ad un controllo dei poteri autosatisfattivi del creditore³⁹.

La *suffocatio debitoris*, invece, ben può essere neutralizzata da una valutazione più complessiva che tenga conto anche dello squilibrio giuridico tra le parti. Occorrerebbe, dunque, evitare di soffermarsi su questioni terminologiche. Importante non è tanto discutere di patto commissorio o marciano, ma interrogarsi sul minimo di tutela che deve essere garantita al debitore qualora convenga con il creditore che, in caso di inadempimento, perderà definitivamente la proprietà del bene dato in garanzia. Ebbene, tale tutela, per essere effettiva, non può limitarsi alla restituzione della differenza tra valore del bene ed entità del debito⁴⁰, ma deve estendersi ad un controllo dell'equilibrio giuridico del patto posto in essere tra creditore e debitore per il caso dell'inadempimento, fermo restando che sarà una scelta di politica legislativa decidere come realizzare tale equilibrio nei diversi settori di mercato, non dovendosi affatto escludere che possa essere opportuno differenziare. Le ragioni del mercato possono semmai incidere sul *quomodo* dell'attuazione di tale equilibrio, ma non sull'*an*, che il legislatore non può non garantire.

D'altronde, l'art. 2744 c.c. dispone che è nullo il patto in base al quale, in mancanza del pagamento del credito, si preveda il trasferimento *tout court* del bene dato in garanzia, ma non esclude la validità di un tale trasferimento se affiancato da adeguate tutele per il debitore⁴¹; tutele che non possono essere affidate al solo

³⁷ Prevede la nullità del patto marciano la disposizione del § 1147 del BGB. Sul punto cfr. A. Luminoso, *Il patto commissorio*, cit., 31; D. Giglio, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2016, 197; G. F. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza di disporre in funzione garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 29 ss.; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, Milano, 2010, 315 ss.

³⁸ N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, 35, ritiene di attribuire un ruolo decisivo al patto marciano, inteso come meccanismo idoneo a riequilibrare, in base ai principi fondamentali, le fattispecie nelle quali si presenta un patto commissorio.

³⁹ Cfr. U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., 505.

⁴⁰ N. Cipriani, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, 995 nota che dal giudizio sulla *ratio* del divieto di patto commissorio dipende tradizionalmente anche la valutazione in merito alla liceità del patto marciano. Conseguentemente, «chi rinviene il fondamento del divieto delle stipulazioni commissorie nella inammissibilità degli strumenti di autotutela esecutiva o delle alienazioni in garanzia, tendenzialmente estende il divieto anche al marciano; chi invece ritiene che il problema risieda nella esigenza di evitare la mancanza di controllo del rapporto di congruità tra valore del bene e ammontare del debito esprime un giudizio di liceità».

⁴¹ Sulla validità del patto commissorio a certe condizioni cfr. G. Alpa, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 427 ss. C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 270 ss.; Id., *Diritto Civile. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 288 evidenzia che mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito garantito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto, costituendo oggetto di un diritto del debitore; Id., *Il divieto del patto commissorio*, Napoli, 1957, 218. Per una ricostruzione

equilibrio economico tra valore del bene ed entità del credito come nel patto marciano, ma è necessario garantire l'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti⁴².

4. *Equilibrio economico del contratto e autonomia privata: il ruolo della proporzionalità quantitativa*

Pur non negandosi che lo squilibrio normativo abbia inevitabili ricadute di carattere patrimoniale, e viceversa⁴³, non pare sempre irrilevante tenere distinti l'equilibrio economico del contratto dall'equilibrio normativo e chiedersi se sia opportuno distinguere anche tra proporzionalità quantitativa/economica e normativa, riferendo quest'ultima ai diritti e agli obblighi tra le parti.

È necessaria a questo punto una precisazione terminologica. Quando parliamo di proporzionalità quantitativa condividiamo l'insegnamento in base al quale «la sfera di operatività del principio di proporzionalità nei contratti appare costituita da un collegamento tra elementi di raffronto omogenei, comparabili e quantificabili»⁴⁴.

Si proverà a dimostrare che con riferimento alla proporzionalità economica ci sono maggiori margini di disponibilità da parte dei contraenti rispetto alla possibilità di incidere sull'equilibrio dei diritti e degli obblighi.

Le parti sono libere di accettare prestazioni che abbiano valori economici sproporzionati, purché il legislatore non preveda diversamente, come avviene per esempio in casi di stato di pericolo, di bisogno o incapacità di una delle parti. Per l'ordinamento, cioè, non è la mera sproporzione economica a dover essere strumento di controllo dell'autonomia privata, a meno che questa non si aggiun-

delle diverse tesi sulla *ratio* del divieto del patto commissorio si veda F. Macario, *La responsabilità patrimoniale oltre il dogmatismo. Spunti per una concezione moderna e funzionalistica di principi e regole a tutela del patrimonio e dei diritti del creditore*, in N. Lipari (a cura di), «*I Maestri italiani del diritto civile*», Rosario Nicolò, Napoli, 2011, 307 ss. Più di recente, riflette sul patto commissorio quale penale «*self executing*», D. Russo, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, 125. Propone un'interpretazione dell'art. 2744 c.c. in funzione integrativa del regolamento negoziale V. Viti, *La liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio e della previsione di meccanismi marciari*, in *Corr. giur.*, 2017, 1502 ss. Sulla nullità del patto commissorio in quanto concretizzazione di un ordine pubblico economico di direzione e non di protezione v. S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.; il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi (a cura di), *I nuovi marciari*, cit., 42. Diversa la prospettiva di A. Gentili, *Le invalidità*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 2006, 1547, che fa riferimento ad una nullità ancillare ad un interesse privato.

⁴² Cfr. G. Piepoli, *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 508 ss.

⁴³ Cfr. A. Spangaro, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014, 78 ss. P. Corrias, *Squilibri contrattuali e poteri del giudice*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2018, 460, avverte che «essendo il contratto regolazione di interessi patrimoniali, anche la situazione di disequilibrio che non deriva dalla sproporzione di valore tra le prestazioni assume una valenza economica, dal momento che rende nel complesso più vantaggiosa la posizione di uno dei contraenti rispetto a quella dell'altro».

⁴⁴ P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 341 ss.

ga ad altri elementi di volta in volta individuati dal legislatore sulla base di scelte di politica del diritto adeguate alle peculiarità delle circostanze concrete⁴⁵. Altrimenti opinando si consentirebbe l'ingerenza del sindacato giudiziale anche in prerogative che, per esempio, sul versante della valutazione dei rispettivi vantaggi e sacrifici economici, sono riservate alle parti⁴⁶, libere di stipulare, perfino, contratti a titolo gratuito o di porre in essere atti di liberalità⁴⁷.

Le norme costituzionali che sono espressione del principio di proporzionalità non si riferiscono esclusivamente ad una valutazione quantitativa, ma la bilanciano con una valutazione qualitativa. Si pensi all'art. 36 Cost., il quale «non impone una corrispettività esclusiva, bensì una proporzionalità tra quantità e qualità del lavoro prestato e retribuzione, la quale sia comunque sufficiente a garantire una esistenza libera e dignitosa del lavoratore»⁴⁸. Anche il concorso alla spesa pubblica *ex art.* 53 Cost. non può ridursi ad una valutazione meramente quantitativa basata sul raffronto di meri dati omogenei, comparabili e quantificabili, ma involge certamente valutazioni di carattere solidaristico in base alle quali si riempie di contenuto il concetto di capacità contributiva; non si spiegherebbe altrimenti perché alcuni redditi bassi siano esclusi da obblighi contributivi. Ugualmente può dirsi con riferimento all'art. 38 della Costituzione esplicito, tra l'altro, nel superare, in tema di previdenza, ogni valutazione di carattere mera-

⁴⁵ Sull'adeguamento economico delle prestazioni da parte del giudice si rimanda alle notazioni critiche di A. Gentili, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 52.

⁴⁶ Il problema del controllo del giudice sul contenuto del contratto è al centro di un vivace dibattito in dottrina, sul quale, oltre ai riferimenti *infra*, cfr. G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 48 ss.; P. Perlingieri, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori (a cura di), *Scritto in onore di Vito Rizzo*, cit., 1619 ss.; Id., *Una "preoccupazione attuale". Spigolando tra i saggi di Ludwig Raiser*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 253 ss.; N. Irti, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 555 ss. N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giustizia*, Milano 2017; Id., *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 2016; M. Pennasilico, «Ménage à trois»: la correzione giudiziale dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 189 ss.; G. Vettori, *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015; Id., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. privato*, 2006, 53 ss.; Id., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 21 ss.; V. Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 447 ss.; A. Cataudella, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 756 ss.; Id., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 625 ss.; R. Sacco, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ., Agg.*, Torino, 2014, 534 ss.; A. di Majo, *Giustizia individuale o sociale? Forse una falsa alternativa*, in *Persona e mercato*, 2013, 130 ss.; V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano 2011, 337 ss.; E. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, 451 ss.; F. Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impr./Europa*, 2005, 509 ss.; Id., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, 417 ss.; R. Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 151; U. Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229 ss.

⁴⁷ Cfr. S. Foti, *Squilibrio iniziale tra le prestazioni e nullità del contratto*, in *I Contratti*, 2016, 559 ss.; R. Lanzillo, *Regole del mercato*, cit., 309 ss.; M. Costanza, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, 423 ss.; J.D. Gwartney, *Microeconomics: Private and Public Choice*, New York-S. Francisco-London, 1977, 26 ss.

⁴⁸ In questi termini P. Perlingieri, *Equilibrio normativo*, cit., 348.

mente quantitativo, in nome di mezzi adeguati alle esigenze di vita anche in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria.

Le norme costituzionali richiamate, dunque, non sembrano legittimare l'idea che la proporzionalità in senso soltanto quantitativo possa essere uno strumento autosufficiente di controllo dell'autonomia privata⁴⁹, soprattutto se si condivide che ciò che è proporzionato non sempre è ragionevole⁵⁰.

Da altra parte, l'assenza di proporzionalità economica, per esempio – che è una forma di manifestazione della proporzionalità quantitativa del contratto, anche se quest'ultima non si esaurisce nell'equivalenza economica delle prestazioni⁵¹ – non è detto che contrasti sempre con i valori dell'ordinamento e che, in caso di non contrasto, non possa essere disponibile tra le parti⁵². La sproporzione quantitativa, in altri termini, non altera necessariamente il ruolo del diritto come sistema di valori distinto e sovraordinato ai valori puramente economici; ruolo certamente non discutibile⁵³.

⁴⁹ Complessa è la verifica della possibilità che possa valere «anche la proporzionalità in senso (soltanto quantitativo) quale strumento di controllo dell'autonomia privata». Sul problema si rimanda a P. Perlingieri, *Equilibrio normativo*, cit., 349. L'A. ritiene, p. 342, che «il principio di proporzionalità non soltanto è compatibile, ma è altresì presente nel nostro sistema costituzionale» e che, p. 353 «il principio di proporzionalità, sebbene operativo tra elementi quantificabili, costituisce uno di quei momenti normativi di rilevanza assiologica i quali contribuiscono a recuperare coerenza ed efficienza al sistema giuridico».

⁵⁰ Sulla proporzionalità come concettualmente autonoma, ma non autosufficiente, si rimanda a P. Perlingieri, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., 1633; G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 138, al quale si rinvia anche per il riferimento alla «legge del taglione» come esempio di proporzionalità irragionevole; Id., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, 10 ss; Id., *Sul Criterio di ragionevolezza*, in G. Perlingieri, A. Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, 1 ss. In direzione analoga M. Angelone, *Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie*, *ibidem*, 73 ss.

⁵¹ P. Perlingieri, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., 1632.

⁵² Il problema fondamentale è «quello di stabilire la linea di confine tra uso e abuso della libertà negoziale, utile a comprendere quando il contenuto del contratto è un fatto destinato a rimanere una questione privata e quando invece la disparità tra la posizione dei contraenti diventa un evento giuridicamente rilevante nella misura in cui l'ingiustizia del singolo rapporto costituisca un serio ostacolo alla diffusione dei valori dell'individualità». In questi termini F.P. Patti, *Autonomia privata e intervento del giudice. Orientamenti attuali alla luce del pensiero di Emilio Betti*, in G. Perlingieri, L. Ruggeri (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Napoli, 2019, 997.

⁵³ Cfr. L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1963, 1085 ss.; Id., *Autonomia privata e costituzione*, ora in C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi (a cura di), *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, 103 ss.; Id., *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, ivi, 98 ss.; P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 150 ss. Di recente A.M. Benedetti, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 831, avverte che la «prospettiva giusta – in un contesto nel quale è dato per scontato che l'autonomia contrattuale sia “conformata” costituzionalmente – mi pare quella che riconosce l'esistenza di un nucleo intangibile dell'autonomia privata [...], un nucleo attaccato o soppresso il quale il diritto privato cessa di essere diritto privato per diventare qualcos' altro [...]. Sebbene riletto, adeguato, dai e ai valori costituzionali [ma con bilanciamenti concreti, non astratti e, perciò vuoti] senza quel diritto privato la società finirebbe con l'essere molto meno libera e certamente molto più povera».

Può essere utile, a questo punto, riflettere su alcuni dati normativi. Di immediato rilievo sono le norme sulla rescissione del contratto che riguardano non la sproporzione, in quanto tale, tra le prestazioni, ma quella sproporzione che dipenda da stato di pericolo e possibile danno alla persona *ex art.* 1447 c.c. oppure dallo stato di bisogno del quale una parte abbia approfittato *ex art.* 1448. Addirittura, in quest'ultimo caso, si può agire in rescissione per colpire soltanto la sproporzione delle prestazioni *cd. ultra dimidium*⁵⁴.

Se pensiamo all'art. 763 c.c., ammesso, anche se è opinabile, che la norma riguardi un problema di controllo dell'autonomia privata⁵⁵, la stessa, piuttosto che essere espressione del principio di proporzionalità, consente che non sia rescisa persino una divisione ereditaria sproporzionata, sebbene solo entro il quarto.

Particolarmente significativa è proprio la disciplina delle clausole vessatorie, perché siamo in un contesto che potremmo definire di "iperprotezione" data la disparità di forza negoziale tra le parti⁵⁶. Ebbene, persino in tale contesto il legislatore specifica che le clausole relative alla determinazione dell'oggetto del contratto e all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi non sono soggette, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile, al controllo di vessatorietà⁵⁷.

Anche nel codice penale si rinvergono dei dati normativi che confermano le potenzialità lesive non tanto dell'eventuale carenza della congruità economica dello scambio, ma dei presupposti che influenzano la «consensualità» dello stesso, ovvero delle condizioni in presenza delle quali le decisioni private sono state prese⁵⁸.

Si pensi all'art. 644 del c.p. che recita: «la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che avuto riguardo alle con-

⁵⁴ P. Corrias, *Squilibri contrattuali e poteri del giudice*, cit., 469, afferma che, sebbene sarebbe auspicabile una revisione normativa del modello di cui all'art. 1448 c.c., volta a superare i limiti che esso da sempre ha manifestato, e, soprattutto, ad adeguare lo stesso alle esigenze emerse negli oltre settant'anni successivi alla sua introduzione nel nostro ordinamento, non sembra, tuttavia, condivisibile una svalutazione della portata dell'istituto e delle indicazioni che esso, se correttamente e adeguatamente considerato, è tutt'oggi idoneo a fornire in ordine al problema della proporzionalità. Per un confronto tra le problematiche poste dall'istituto civilistico della rescissione e lo squilibrio determinatosi nella complessa operazione negoziale denominata "4 You", oggetto di numerose e discordanti pronunce giurisprudenziali, si rimanda a A. Tucci, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, spec. 148, nota 20.

⁵⁵ Cfr. R. Lanzillo, *Regole del mercato e congruità dello scambio commerciale*, in *Contr. e impr.*, 1985, 311 ss. Id., *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.

⁵⁶ F. Piraino, *Osservazioni intorno sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 600.

⁵⁷ Con riferimento alle clausole relative alla determinazione dell'oggetto del contratto e all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi come «mancipio esclusivo dell'autonomia privata», si rimanda a F. Piraino, *Osservazioni*, cit., 600.

⁵⁸ Sulla necessità che l'intervento legislativo non comprima l'autonomia privata, ma la espanda, ripristinando le condizioni per il suo razionale esercizio si rimanda a V. Roppo, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 184 ss.

crete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria». Dunque gli interessi anche se inferiori al limite dell'usura e, comunque, sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità non integrano il reato di usura quando chi li ha dati o promessi non si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria⁵⁹.

La norma, letta in questa chiave, non pare attribuire alla proporzionalità quantitativa una valenza tendenzialmente esclusiva ed oggettiva a prescindere dallo stato di bisogno, dallo stato di approfittamento o da altre situazioni, tanto è vero che, alla luce della disposizione in oggetto, sono ammissibili anche interessi sproporzionati, purché inferiori ai limiti dell'usura e non ci si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria⁶⁰.

Inoltre, se la proporzionalità in senso soltanto quantitativo avesse valenza di principio non dovrebbero essere ammessi neppure rimedi sproporzionati che, invece, la stessa legge consente proprio in materia di usura. La sanzione infatti per gli interessi usurari non è la corresponsione degli interessi legali, ma la non debenza degli stessi, secondo un «annullamento della proporzionalità»⁶¹.

Neppure può ritenersi che il principio di proporzionalità, intesa sempre in senso soltanto quantitativo, sia indifferente da una valutazione dalla capacità di agire dei contraenti o da valutazioni relative all'integrità del consenso degli stessi. Invero, la preoccupazione del legislatore sembra essere proprio quella di consentire la disponibilità della proporzionalità economica nei limiti di una situazione non patologica⁶². L'atto che reca un grave pregiudizio all'autore può essere annullato

⁵⁹ Ritiene che l'art. 644 c.p. non possa essere ritenuto espressione di un principio generale di proporzionalità in ambito contrattuale P. Corrias, *Squilibri contrattuali e poteri del giudice*, cit., 468. L'A. afferma che nella norma è la natura degli interessi tutelati e non lo squilibrio in sé e per sé ad essere considerato.

⁶⁰ Cfr. A. Di Amato, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 216 ss; G. Oppo, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 533 ss; G. Meruzzi, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contratto e Impresa*, 1999, p. 475 ss.; E. Quadri, *Profili civilistici dell'usura*, in *Foro it.*, 1999, 337 ss. Con particolare riferimento alle problematiche posta da un finanziamento che, pur non rivelandosi usurario, risulti comunque iniquo in ragione dell'effetto conseguente al pagamento infra annuale degli interessi, e sull'importanza di incentrare tali problematiche sull'equilibrio normativo ed economico del contratto si rinvia a M. Semeraro, *Anatocismo bancario, divieto di anatocismo e relativo ambito di operatività*, in *Riv. dir. bancario*, 2017, spec. 12; Id. *Equilibrio del contratto e del rapporto nel c.d. anatocismo bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 974 ss.

⁶¹ Annullamento della proporzionalità definito paradossale da P. Perlingieri, *Equilibrio normativo*, cit., 349.

⁶² R. Sacco, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, Agg. VII, Milano 2012, 539 afferma che la ricerca di giustizia messa in evidenza dai riferimenti all'art. 428 e agli artt. 1447 e 1448 sono sorte sul terreno specifico della protezione dell'incapace e della protezione di chi sia in stato di pericolo e di bisogno ed operano come rimedi rivolti a favore di persone la cui volontà contrattuale si è formata attraverso un procedimento caratterizzato da una situazione patologica. Non è accettabile un'analogia che proceda cancellando i riferimenti di quegli articoli all'incapacità, allo stato di pericolo e allo stato bisogno. Il legislatore, aggiunge l'A. «se dovesse scegliere potrebbe cancellare il requisito del pregiudizio con un effetto meno devastante sul sistema di quanto non avverrebbe cancellando il requisito dell'incapacità o della fragilità» e ancora, p. 538 «è vero che mille circo-

non per il grave pregiudizio in quanto tale, ma perché compiuto in stato di incapacità di intendere e volere. E persino quando un soggetto è incapace, se si tratta di un contratto, non basta certo il pregiudizio o la sproporzione tra le prestazioni per annullare l'accordo, ma è necessaria, altresì, la mala fede dell'altro contraente.

Anche nell'analisi dei problemi posti dalla clausola penale, va tenuto conto che la relativa disciplina non rappresenta un limite dell'autonomia privata, ma un ampliamento della stessa ad un «campo normalmente riservato alla disciplina positiva»⁶³. In quest'ottica si spiega il potere di controllo del giudice che può riguardare anche l'equilibrio economico, non necessariamente in applicazione di un principio generale di proporzionalità quantitativa, ma perché siamo in una situazione di gestione di un inadempimento. Il dato è coerente con l'impostazione proposta in base alla quale l'equilibrio economico è normalmente disponibile dalle parti, salvo che non ci si trovi in situazioni patologiche⁶⁴.

Occorre, inoltre, non confondere il piano della proporzionalità economica delle prestazioni pattuite da quello della proporzionalità tra interessi tutelati e sanzioni⁶⁵; la sanzione presuppone, infatti, che ci si trovi in una situazione patologica nella quale si giustifica un controllo da parte dell'ordinamento diverso da quello necessario in una situazione non patologica, in cui non può escludersi che

stanze possono rendere la volontà dell'impovertito inidonea a giustificare la perdita (egli è un bimbo, il suo consenso è viziato, e così via), ma allora il discorso transita dalla rilevanza dell'ingiustizia alla rilevanza del vizio della volontà di chi subisce l'ingiustizia».

⁶³ Cass. civ., ss. uu., 13 settembre 2005, n. 18128. Per la ricostruzione del vivace dibattito di dottrina e giurisprudenza sui problemi sorti in tema clausola penale si rimanda a F.P. Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 101 ss.; Id., *The New English Law on Penalty Clauses: An Italian Perspective* in *European Review of Private Law*, 2017, 227 ss.

⁶⁴ Un ulteriore interessante risvolto pratico legato alla distinzione tra proporzionalità quantitativa e normativa è legato al fatto che tale distinzione può proporsi anche al suo contrario e cioè alla sproporzione. La conseguenza può essere, per esempio, una rilettura dell'art. 1467 c.c., laddove l'eccessiva onerosità non è da intendere soltanto come valore economico delle prestazioni, ma anche come regime giuridico delle stesse. In altri termini, un contratto può essere eccessivamente oneroso non solo quando cambia la situazione economica, ma anche quando è alterato in maniera eccessiva, e oltre l'alea normale del contratto, l'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti. Questa lettura, che applica anche all'eccessiva onerosità la differenza tra proporzionalità economica e giuridica, consente di ampliare l'ambito tradizionale di operatività della norma, arricchendone le potenzialità, attribuendogli un ruolo strategico nella gestione ragionevole del rischio delle sopravvenienze contrattuali, anche a prescindere dall'apertura della sua sfera di operatività alle c.d. sopravvenienze atipiche. Sul punto cfr. F. Macario, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano, 2008, 1053 ss.; Id., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss. Di recente, per un riferimento alle diverse tesi sul tema, si vedano E. Tuccari, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; F. Piraino, *Osservazioni intorno sopravvenienze*, cit., 585 ss.

⁶⁵ Sulla proporzionalità come principio che nasce nel diritto tedesco quale parametro di valutazione delle norme statali o sovrastatali in fattispecie relative ai rapporti di tipo verticale, cioè, tra istituzioni e privati, imponendo una relazione di adeguatezza tra gli strumenti adottati ed i fini che la norma intende perseguire, tra gli interessi tutelati e le sanzioni, si veda F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ.* del Consiglio Nazionale del Notariato, Napoli, 2008, 277. Ivi l'A. spiega come poi si sia passati a considerare la proporzionalità quale strumento di valutazione anche della regola privata. Sul principio di proporzionalità nel diritto tedesco si rimanda a F.P. Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., 352.

risponda ad un interesse meritevole delle parti concludere un contratto anche se economicamente squilibrato.

Neppure può invocarsi la proporzionalità delle prestazioni contrattuali come strumento di «giustizia sociale»⁶⁶.

Come è stato ribadito, anche di recente, sebbene non manchino proposte in questo senso, «non può immaginarsi che il contratto (privato) possa divenire strumento di risoluzione di problemi sociali (indigenza, mancanza di lavoro, disagio sociale, etc.) che in ipotesi impediscano o limitino (più o meno gravemente) l'accesso al mercato di determinati beni o servizi da parte di soggetti socialmente svantaggiati. Questi problemi richiedono una risposta di tipo diverso, che non può essere (data dal, o) richiesta al privato ma deve provenire dai pubblici poteri. Semmai – ma sempre nella prospettiva appena indicata (ossia, nella prospettiva di un intervento pubblico) – il contratto potrà essere (al più) lo strumento (indiretto) mediante il quale perseguire obiettivi di carattere “sociale”, con costi però a carico non del (singolo) contraente privato, bensì a carico della fiscalità generale»⁶⁷.

Il principale problema della giustizia sociale è l'accesso a beni e servizi primari a favore di soggetti che versano in condizioni socialmente ed economicamente fragili, ma il giusto in senso commutativo non coincide con il giusto per

⁶⁶ A. Di Majo, *Giustizia individuale o sociale: forse una falsa alternativa?*, in *Persona e mercato*, 2013, 78, nota che «il diritto nazionale, quello comunitario ed europeo non si pongono il compito, sia pure attraverso la tutela del consumatore e/o della impresa “economicamente dipendente”, di perseguire obiettivi di giustizia “sociale” bensì di assicurare il “razionale equilibrio” nello scambio e/o di evitare forme di abuso della libertà contrattuale a danno di imprese c.d. “deboli”». Non può non condividersi quanto affermato da G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., 48 ove si sottolinea che «l'importante è in tutto questo che non si smarrisca del tutto la razionalità del “sistema” (pericolo che non è affatto eccessivo evidenziare), e non prevalgano soluzioni estemporanee e poco meditate, che rischiano oltre tutto, più che di eliminare le “ingiustizie” che si ritengono presenti nel contratto, di aggiungerne (o alimentarne) delle nuove, con un esito palesemente contro-funzionale».

⁶⁷ G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., 5; R. Sacco, voce *Giustizia contrattuale*, 536, afferma che «il diritto se vuol dire di concludere contratti giusti deve spiegare quali contratti siano giusti e, la prima parola, in quest'area spetta alla scelta politica. Il diritto è creato dall'apparato politico». E. Navarretta, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra (a cura di), Torino, 2016, 74 afferma che «se, dunque, risulta illusorio affidare alla giustizia contrattuale l'onere di risolvere il principale problema della giustizia sociale, diverso sarebbe ipotizzare interventi legislativi sul contratto che cercassero di integrare gli strumenti privatistici con interventi pubblicistici al fine di sostenere l'accesso al mercato di categorie socialmente deboli». Si sofferma sulle diverse concezioni di giustizia contrattuale M.J. Hesselink, *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2014, 81 ss; Id., *European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?*, in *European Review of Private Law*, 2007, 323. Ivi l'A. afferma che «both the citizenship and, in particular, the consumer protection approach are rejected as an exclusive approach to contract law because they are reductive. They fail to take into account important aspects of human life which would be included in an approach to contract law from the perspective of justice» e, si aggiunge che «European contract law should become a matter of justice. As a consequence, the European Union will need to provide a legal basis for treating contract law as a matter of civil justice. Moreover, the Union will have to articulate a common European conception of justice in contract law». Sulle problematiche relative alla causa del contratto e alla tendenza ad ascrivere alla stessa istanze di giustizia commutativa si rinvia a A. Garofalo, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 573 ss.

chi è in condizioni di debolezza sociale⁶⁸. Si pensi alla nozione di merito creditizio, che «riveste un ruolo centrale nella recente direttiva mutui e che rende tangibile come l'inevitabile logica selettiva del mercato sia antitetica rispetto alle carenze e ai bisogni dei soggetti socialmente deboli»⁶⁹. Il problema diventa, dunque, assicurare alle parti le stesse *chances*⁷⁰.

Inoltre, con specifico riferimento alla legislazione consumeristica, il paradigma di fondo del sistema giuridico-economico in cui si colloca è quello del mercato concorrenziale funzionante. I rimedi ai difetti di funzionamento del mercato e, dunque, ai rapporti di massa non possono essere affidati a meccanismi microeconomici individuali, ma solo a quelli pubblici o collettivi, a partire dalla disciplina *antitrust*. Del resto, lo stesso sistema codicistico partiva dal presupposto fondato sulla presenza del mercato concorrenziale, per cui le devianze erano rilevanti solo se clamorose o frutto di inganno con riferimento, peraltro, soltanto allo specifico singolo interlocutore coinvolto. In altre parole, uno squilibrio "sistemico" in materia di prezzi o destinato ad incidere negli scambi e sugli scambi dei consu-

⁶⁸ E. Navarretta, *Il contratto "democratico"*, cit., 74. Sulla dicotomia tra giustizia commutativa e distributiva e sull'avvertimento che occorre guardarsi «dalla facile conclusione che non abbiano niente a che vedere l'una con l'altra» si rimanda a R. Sacco, voce *Giustizia contrattuale*, cit., 453.

⁶⁹ E. Navarretta, *Il contratto "democratico"*, cit., 74.

⁷⁰ A. Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, cit., 33. G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 39, afferma che quanto al rapporto tra libertà e giustizia contrattuale occorre rovesciare la formulazione e accontentarsi che la libertà, che è un valore in sé, non porti a ingiustizie. La giustizia del contratto conta non tanto sul controllo del contenuto del negozio, quanto sull'«agibilità delle vie di accesso al mercato. In altre parole: è illusorio pensare ad una funzionalizzazione del contratto operata mediante controlli sul suo contenuto. Ma bisogna garantire all'operatore una via di accesso, priva di ostacoli e trabocchetti al mercato». In questi termini R. Sacco, *Giustizia contrattuale*, cit., 542. L'A. sottolinea, altresì, p. 540, che la Costituzione statuisce che l'iniziativa economica privata è libera e in tale iniziativa rientra ogni contrattazione. L'art. 41 ha statuito anche i limiti di questa libertà, ma può notarsi che ha menzionato a questo proposito l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità e, p. 541 «tra i limiti non figura il contrasto con la giustizia», il silenzio sulla giustizia del contratto, già nel codice civile, può essere considerato come il frutto di un ragionamento basato sull'autoresponsabilità di un soggetto che assume un vincolo sulla base di una analisi del rapporto costi benefici. In altri termini, p. 540, il legislatore teme «che il costo dell'imposizione del requisito della giustizia sia troppo grande, concretandosi nel potere accordato al contraente di trascinare ogni contratto di cui è pentito su e giù per le scale delle cancellerie giudiziarie e delle aule di giustizia, procrastinando il tempo della effettiva esecuzione della prestazione e rendendo imprevedibile per tempi lunghissimi le vicende del rapporto contrattuale.[...]Intendiamoci: quel costo si pagherebbe volentieri se la parola contratto fosse in ogni ipotesi sinonimo di truffa o di indebito arricchimento». Quanto, invece, alla convinzione che la libertà contrattuale non esista e che il compito attuale è di sviluppare criteri e metodi per realizzare un principio di giustizia contrattuale si rimanda a K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1995, 11. Ritiene che il diritto dei contratti non possa evitare l'imposizione di *standard* di giustizia «con uno sguardo rivolto agli effetti distributivi», H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 659. Sul rapporto tra giustizia sociale e diritto si vedano i lavori del Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 99. Sul punto cfr. A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, *ibidem*, 79 ss. S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 601 ss; M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, *ivi*, 2005, 630 ss. Sulla ricchezza di implicazioni del dibattito relativo al rapporto tra «giustizia» e «libertà contrattuale» si veda G. Grisi, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 180 ss.

matori non può essere affidato a meccanismi microeconomici diretti ad operare all'interno della singola isolata relazione⁷¹.

5. Conclusioni

I problemi posti dalla proporzionalità delle prestazioni contrattuali sono complessi e non ammettono soluzioni univoche e generalizzate. In particolare è opportuno tenere distinti, per certi versi, i problemi posti dall'equilibrio economico del contratto da quelli relativi all'equilibrio giuridico, al fine di garantire una tutela effettiva delle parti, nel rispetto della loro autonomia.

Le norme analizzate, nella prospettiva proposta, palesano che il contenuto giuridico dello scambio, ancor più di quello economico, può comportare, per una delle parti, una situazione gravosa e di significativo squilibrio. Addirittura il riequilibrio economico può occultare uno squilibrio giuridico ben più dannoso.

Una lettura che tenga conto delle differenti problematiche poste dall'equilibrio economico rispetto all'equilibrio giuridico del contratto consente, in primo luogo, come si è cercato di dimostrare con riferimento al patto commissorio e al patto marciano, di garantire una tutela effettiva del soggetto debole del rapporto, non adeguatamente protetto dal mero riequilibrio economico delle prestazioni. Per esempio, scongiurare *ab origine* la sola sproporzione economica tra entità del credito garantito e valore del bene, non neutralizza la cd. *suffocatio debitoris*, così come, viceversa, potrebbe avvenire in base ad una valutazione più complessiva che tenga conto anche dello squilibrio giuridico tra le parti.

Lo stretto legame tra effettività della tutela ed equilibrio di diritti e obblighi delle parti trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, attenta a che questo equilibrio sia reale e non solo formale, e nelle novità del cd. *New Deal* dei consumatori che mirano a garantire il diritto al ripristino della conformità della situazione nella quale il consumatore si sarebbe trovato in assenza della scorrettezza del professionista, delineando un assetto di interessi nel quale, proprio grazie a tale diritto, è difficile che si configuri un significativo squilibrio dei diritti e obblighi del consumatore rispetto a quelli del professionista.

In secondo luogo, l'attenzione alla distinzione tra le problematiche poste dall'equilibrio economico rispetto all'equilibrio giuridico del contratto consente sia di evitare l'eccesso di esporre ogni contratto ad azioni inibitorie e correttive

⁷¹ Sull'opportunità di tracciare un'indagine che esorbiti il singolo contratto, anche se con particolare riferimento all'equilibrio tra rischio e premio nelle polizze con clausola *claims made*, si rimanda a A. Antonucci, *L'assicurazione claims made "ripizzata" dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, spec. 145.

ve, sia l'eccesso opposto di consentire la prevalenza sempre di quanto convenuto dai contraenti⁷²; assoggettabili, infatti, ad un controllo più penetrante quando dispongono dell'equilibrio dei reciproci obblighi e diritti, piuttosto che quando incidono, con le loro scelte, soltanto sull'equilibrio economico del contratto.

D'altronde, non può escludersi che risponda ad un interesse meritevole di tutela delle parti concludere un contratto anche se economicamente squilibrato, purché non ci si trovi in situazioni patologiche.

Non si vuole certo affermare che l'accordo tra i contraenti segni sempre un punto di «non ritorno» anche nell'interesse della collettività, come si riteneva nell'ottica del «facile ottimismo del pensiero utilitaristico inglese»⁷³. È anche vero, però, che il contratto può produrre una sproporzione economica che non diviene necessariamente un'eternalità negativa che pregiudica interessi del singolo e valori della collettività⁷⁴.

Dunque, considerare non intangibile il contenuto del contratto non deve significare mortificare l'autonomia privata che merita, invece, una ricostruzione equilibrata che «ne valorizzi la dimensione di libertà, valore anch'esso fondamentale nella costruzione della società moderna»⁷⁵, evitando che l'equilibrio economico sia fine a se stesso ed espressione di un principio generale di proporzionalità economica, anche a prescindere dal corretto esercizio del potere contrattuale⁷⁶.

A porsi è, piuttosto, un problema di congruità tra l'intervento che l'ordinamento attua nei confronti dell'autonomia privata e gli interessi che con quell'in-

⁷² La preoccupazione di evitare sia l'eccesso di esporre ogni contratto ad azioni inibitorie e correttive, sia l'eccesso opposto di consentire la prevalenza della *lex mercatoria* è evidenziata da P. Perlingieri, *Equilibrio normativo*, cit., 352. Paventa il rischio che la proporzionalità sia declassata a *passerpartout* inutile e «che il *novacula Occami* qui davvero torni utile in quanto mette al riparo da un nugolo di contaminazioni altamente vischiose» S. Pagliantini, *Responsabilità patrimoniale e responsabilità: vademecum minimo per l'uso*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 920. G. De Nova, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in *Contratti*, 1998, 546, ritiene che se fosse presente nel sistema il principio di proporzionalità non vi sarebbe contratto al riparo da azione collettiva o inibitoria. Sul punto si rimanda a P. Schlesinger, *L'autonomia privata*, cit., 229.

⁷³ In questi termini A. Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 9. Sull'autonomia dei privati, nella sua pienezza e purezza, come caso di scuola si rimanda a P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto, Diritto civile*, II, Padova, 1970, 544; Id., *Premessa*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli*, Torino, 2006, XIX. L'A. puntualizza che nel sistema economico del più maturo capitalismo il contratto, nel senso della libertà delle scelte e degli strumenti, funziona in un'area assai ristretta, e cioè al vertice, dove si incontrano i depositari del potere economico. Gli innumerevoli contratti che si stipulano a mano a mano che ci si allontana da quella sommità sono accordi liberi soltanto nel senso della mancanza di cause perturbatrici del volere.

⁷⁴ Quanto affermato non significa accedere all'idea che l'atto negoziale consista in un'operazione in ogni caso portatrice di esigenze esclusivamente o prevalentemente individuali. Sul punto cfr. F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, rist. 2019, 164 ss.

⁷⁵ A.M. Benedetti, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere*, cit., 827.

⁷⁶ Sulla necessità di evitare che l'equilibrio economico sia inteso come fine a se stesso concorda anche chi ritiene che non ci siano ragioni per distinguere tra equilibrio economico e normativo. Sul punto cfr. A. Spangaro, *L'equilibrio del contratto*, cit., 79. Sulla insussistenza di ragioni per distinguere tra equilibrio economico e normativo si rinvia a F. Crisculo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., 272.

tervento si intendono tutelare⁷⁷; problema che si atteggia in termini diversi e necessita di soluzioni differenti a seconda del tipo di squilibrio che si determini, dell'entità dello stesso e del contesto nel quale si manifesti⁷⁸. Una soluzione univoca e generalizzata mortifica sia l'autonomia privata, sia il controllo della stessa.

⁷⁷ Sulla proporzionalità come strumento di valutazione della congruità tra l'intervento che l'ordinamento attua nei confronti dell'autonomia privata e gli interessi che con quell'intervento si intende tutelare si rimanda a F. Crisculo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., 278. Quanto al controllo dell'autonomia privata nella giurisprudenza, con particolare riferimento al settore dell'intermediazione finanziaria, si veda A. Tucci, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. impr.*, 2017, 921 ss.; Id., *Condotta dei contraenti e meritevolezza degli interessi nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Corr. Giur.*, 2018, 353 ss.

⁷⁸ Sulla non omogeneità dei problemi posti dall'autonomia privata si rinvia all'insegnamento di S. Pugliatti, voce *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 366 ss. L'A. afferma che i problemi posti dall'autonomia privata non si possono fare gravitare verso un problema centrale perché hanno radici differenti, rispondono a differenti esigenze e sono ispirati alle più varie ideologie e ai più diversi orientamenti metodologici. L'A. ritiene che il problema della rilevanza della volontà del singolo nell'ordinamento giuridico sia un problema generale e cioè quello «della *necessità dell'attività (e della volontà)* nella quale finiscono, nel momento della realizzazione, col puntualizzarsi i valori giuridici nella concretezza dell'atto». P. Rescigno, *Premessa*, cit., XXI, ribadisce l'esigenza di un discorso sull'autonomia privata «articolato e differenziato, che non muova da pregiudiziali condanne e non cerchi rifugio in nozioni di più appariscente concretezza».

Sara Tommasi - Abstract

Effettività della tutela ed equilibrio di diritti e obblighi nel contratto

Il saggio esamina, anche alla luce del costante e ambizioso programma di modernizzazione della tutela del consumatore, l'incidenza dell'equilibrio normativo del contratto sui problemi relativi all'effettività della tutela del soggetto debole del rapporto, ai limiti e agli spazi dell'autonomia privata e al ruolo della proporzionalità.

Effectiveness of protection and balance of rights and obligations between contractual parties

In the light of the ongoing and ambitious EU modernisation programme, this essay explores the importance of the balance between the contractual parties' rights and obligations, in order to assess the effectiveness of protection of the weaker party, the limits of party autonomy and the role of proportionality.