

CLAUSOLE GENERALI  
E ABUSO DELLA LIBERTÀ  
CONTRATTUALE:  
ESPERIENZE DEL PRIMO  
NOVECENTO

GIOVANNI **CHIODI**



Clausole generali e abuso della libertà contrattuale:  
esperienze del primo Novecento

General Clauses and the Abuse of Contractual Freedom:  
Experiences from the Early 20<sup>th</sup> Century

GIOVANNI CHIODI

Professore Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Milano.  
E-mail: [giovanni.chiodi@unimib.it](mailto:giovanni.chiodi@unimib.it)

ABSTRACT

Tra XIX e XX secolo il controllo giudiziale della libertà di contratto venne fondato su un uso innovativo dell'equità e di clausole generali, come il buon costume e la buona fede. Il saggio si propone di evidenziare i tratti originali dell'esperienza italiana, analizzando alcuni casi relativi all'abuso dello stato di bisogno nei contratti di mutuo (usura), all'eccessiva onerosità sopravvenuta e alle clausole vessatorie dei contratti di adesione. In quella fase storica le clausole generali previste dal codice sono state uno strumento importante mediante il quale i giudici italiani hanno temperato il principio della forza obbligatoria del contratto e promosso un ripensamento della concezione liberale del contratto. Pur senza mettere in discussione i fondamenti del diritto dei contratti, tale approccio ha contribuito a renderlo più equo e prossimo a obiettivi di giustizia sociale.

Between the nineteenth and twentieth centuries, judicial control of freedom of contract was based on an innovative use of equity and general clauses, such as good morals and good faith. The essay aims to highlight the original features of Italian experience, analysing some cases related to the exploitation of financial need in money loans (usury), hardship and unfairness of standard terms. In that historical period, general clauses were an important legal tool by which Italian judges softened the rule of the binding force of contract and promoted a rethinking of liberal contract law. Even though its foundations were not questioned, nevertheless it was thus more fair and next to a goal of social justice.

KEYWORDS

clausole generali, libertà contrattuale, controllo giudiziale, giustizia sociale

general clauses, contractual freedom, judicial control, social justice

# Clausole generali e abuso della libertà contrattuale: esperienze del primo Novecento

GIOVANNI CHIODI

1. *Introduzione* – 2. *In attesa del legislatore: il buon costume come rimedio contro l'abuso dello stato di bisogno* – 3. *La crisi del contratto: equità, buona fede ed eccessiva onerosità sopravvenuta* – 4. *Per concludere: quali rimedi contro le clausole vessatorie dei contratti di adesione?*

## 1. *Introduzione*

Nel 1933, in una riflessione tradotta anche in lingua italiana, uno dei più influenti civilisti francesi, Louis Josserand, volgendosi a considerare la parabola del dirigismo contrattuale della sua epoca, osservava che

«non è più il tempo nel quale si poteva lasciare che i contraenti si affrontassero liberamente; oggi le loro armi non sono più uguali, la concentrazione dei capitali ha fatto sorgere delle imprese di tale potenza che l'individuo, allo stato isolato, sarebbe condannato fatalmente ad essere schiacciato qualora tentasse di misurarsi con esse [...] È necessario [continuava] che siano repressi gli abusi contrattuali e sia assicurato con ogni possibile mezzo l'equilibrio contrattuale, non solo in teoria e sulla carta ma praticamente e nella vita. Poco importa che si ricorra, per questo, a quello e quell'altro procedimento tecnico, ordine pubblico, buoni costumi, lesione, nullità relativa o nullità d'ordine pubblico; l'essenziale è di raggiungere lo scopo; e nella parte in cui sforza di raggiungerlo, il direttivismo fa opera di giustizia e di equità»<sup>1</sup>.

Colpisce, in questo ed altri discorsi programmatici di vasto respiro del *doyen* di Lione, l'accento posto sulle sfide che i giuristi si trovavano ad affrontare in un periodo di costante “socializzazione” del diritto dei contratti.

Tra Ottocento e Novecento, in effetti, erano maturate tecniche di controllo della libertà contrattuale che prevedevano un uso nuovo e un tempo poco prevedibile – in ambito dottrinale e giudiziario – dell'equità e di clausole generali come il buon costume e la buona fede. Queste pagine si propongono di evidenziare alcuni itinerari di quella stagione di riscoperta delle clausole generali, illustrando alcuni casi giurisprudenziali che permettono di verificare la tenuta delle categorie

<sup>1</sup> JOSSERAND 1934, 15 s. Il testo originale è JOSSERAND 1933, 89-92, e fa parte di un gruppo di scritti importanti dedicati al tema. Per un recente stimolante approccio a questa produzione si può leggere CHAZAL 2014.

tradizionali nel *law in action*<sup>2</sup>. Sono materiali interessanti, che è opportuno far riemergere. Essi appartengono alla categoria dei casi difficili, perché la loro soluzione metteva in discussione l'ordine liberale dei contratti.

*2. In attesa del legislatore: il buon costume come rimedio contro l'abuso dello stato di bisogno.*

Il buon costume è una clausola generale che i giudici del primo Novecento applicano per risolvere il problema dell'abuso dello stato di bisogno o dello stato di pericolo determinante uno squilibrio economico delle prestazioni, specialmente nei contratti di mutuo e di lavoro. Nel prestito di denaro si ritiene contrario al buon costume l'abuso dello stato di bisogno che determina la fissazione di interessi usurari, con la conseguente nullità della relativa clausola. Un risultato del genere era per il tempo audace, poiché il codice civile consentiva di fissare liberamente (“a volontà dei contraenti”) gli interessi convenzionali, purché in forma scritta, altrimenti non erano dovuti neanche gli interessi legali (art. 1831-3). Il rischio dell'usura sembrava sufficientemente arginato da questa previsione, come se l'esposizione pubblica dell'usuraio dovesse frenare o inibire le sue pretese, cosa che nella pratica non avvenne, anche per via di espedienti come l'incorporazione degli interessi usurari nel capitale o nelle clausole penali. Con queste premesse, la liberalizzazione degli interessi era stata accolta con toni positivi, a tratti trionfalistici, dai primi commentatori del codice.

Ciò che interessa di questa vicenda è il fatto che alcuni giudici (ispirati anche da alcuni giuristi), quando dalla fine dell'Ottocento la disuguaglianza di potere contrattuale diventa un problema, abbiano sostenuto la possibilità di usare, e abbiano effettivamente usato, la clausola generale del buon costume per reprimere l'abuso di uno stato contingente di debolezza della controparte contrattuale.

La configurazione del negozio usurario come “immorale” non era nuova: come tale esso era stato considerato dal § 138 del BGB. Ma in Italia non esisteva una disposizione analoga. Tutti i tentativi di emanare una legge speciale tra 1894 e 1910 in vario modo ispirata a questo precedente erano falliti. Si tratta perciò di un risultato a cui i giudici pervengono in via di interpretazione del codice. Più precisamente, è il caso forse più controverso di interpretazione “storico-evolutiva” del codice civile, poiché il richiamo al sentimento comune e alla coscienza della comunità, elementi essenziali della nozione di buon costume, serviva a relativizzare gli effetti di una disposizione legislativa espressa, che la maggioranza dei civilisti continuava a ritenere assoluta.

<sup>2</sup> Tutti i casi italiani citati nel presente contributo si possono consultare anche nel volume CHIODI 2009. Nelle note si farà riferimento alle riviste in cui essi sono stati originariamente pubblicati.

Le altre strade percorribili erano quelle, diverse nei presupposti, dell'azione di lesione e dell'impugnazione per vizi del consenso. Nel diritto italiano, tuttavia, come in quello francese, l'azione di lesione, basata sulla mera sproporzione economica delle prestazioni, era limitata nella sua applicazione ai contratti di vendita immobiliare mentre, per quanto concerne i vizi del consenso, il codice civile ne prevedeva solo tre (errore, costrizione determinata da minaccia, dolo), al quale il codice per la marina mercantile aveva aggiunto l'abuso dello stato di pericolo in mare. Anche in questa circostanza, perciò, in mancanza di un intervento del legislatore, si poteva solo proporre un'interpretazione estensiva delle disposizioni sulla violenza e sul salvataggio in mare, ispirata ai canoni dell'interpretazione "storico-evolutiva", che aveva incontrato il favore della civilistica italiana egemonica. Anche questa soluzione, alternativa all'azione di nullità per violazione del buon costume, fu applicata da una parte della dottrina e della giurisprudenza agli inizi del Novecento.

L'acme del fenomeno è raggiunto da tre sentenze del Tribunale di Napoli del 1907, 1908, 1910, e si chiude con una sentenza della Corte d'appello di Napoli del 1917. È in questo periodo che si consuma il tentativo più sofisticato e insistente di avviare un orientamento critico nei confronti dell'interpretazione tradizionale del principio di libertà degli interessi.

Queste decisioni hanno un nucleo argomentativo comune. Esse affermano che la libertà degli interessi stabilita dal codice civile non è da intendersi come assoluta, ma è soggetta ai limiti imposti dall'economia e dalla morale. In altri termini: la liberalizzazione degli interessi trova il suo fondamento, ma anche il suo limite, nella concreta utilità economica e nella moralità dello scambio. Quando il limite è superato, lo scambio cessa di creare un'utilità economica ed è per di più immorale. Il giudice allora deve intervenire e lo può fare mettendo in atto un'interpretazione dinamica e "sociale" delle leggi, e non rigida e rigorosamente "logica", conformandone il senso ai mutamenti della società e della coscienza pubblica, verificati e accertati dal magistrato.

Se la base comune è rappresentata dall'adesione a un metodo ermeneutico più dinamico, capace di riflettere le esigenze sociali e di non considerare la legge come un comando immutabile dalla superficie piatta e liscia, si registra invece una divergenza sui rimedi tecnici da utilizzare per tutelare il contraente debole che sia stato sfruttato dall'usuraio. A questo riguardo, i giudici napoletani non respingono l'intervento del legislatore, non invocano il diritto comune dei contratti come arma di difesa contro l'invadenza dello Stato. In attesa di una riforma legislativa, essi affermano però che il diritto comune offre già gli strumenti per intervenire, anche se poi non individuano concordemente nel codice civile il rimedio adatto.

Per alcuni di loro il patto usurario è immorale e quindi nullo per illiceità della causa, contraria alla legge e al buon costume: è la prospettiva difesa dal giudice

Antonio Jodice nel 1907<sup>3</sup> e confermata nel 1910 dal giudice Bonomo<sup>4</sup>.

Per altri il patto usurario è invece il risultato di una volontà non libera, di una coazione esercitata non tanto attraverso la minaccia quanto mediante l'abuso di una situazione di debolezza (stato di bisogno), e quindi esso è annullabile per vizio del consenso: è l'impostazione fatta valere nel 1908 da Vincenzo Galante<sup>5</sup>.

Nel piccolo microcosmo napoletano si incrociano in realtà idee e percorsi già sperimentati a livello europeo in altri contesti. Basti pensare alla lucida lettera di Saleilles indirizzata alla *Société d'études législatives* nel 1906, mentre era in corso la discussione sulla riforma del contratto di lavoro, che descrive nel modo più preciso e tecnicamente impeccabile i diversi effetti giuridici che potevano derivare dall'adozione dall'una o dall'altra prospettiva<sup>6</sup>.

La Corte d'appello di Napoli nel 1917 giudicherà legittime entrambe le soluzioni, con una sentenza che mescola citazioni nascoste di Nicola Coviello e Francesco Degni, e si dichiara favorevole a limitare in via giurisprudenziale l'individualismo

<sup>3</sup> Trib. Napoli (VII Sez.), 21 giugno 1907, Pres. Del Monaco ff. – Est. Jodice A., con nota di DEGNI 1908: «La illiceità della causa, adunque, in ordine al patto 3° della su ricordata scrittura, si presume non solo per essere contraria alla legge, che, con la libertà del credito, non volle proteggere l'usura, ed invece si ispira alla maggiore benignità ed equità nel tutelare la posizione giuridica del debitore, ma anche al buon costume in cui si riflette il senso morale della coscienza nazionale sempre più ripugnante per quell'improba e losca industria. I precedenti legislativi, massime l'elaborazione legislativa tuttora persistente al riguardo dell'usura, stanno a far fede che oramai sien penetrati codesti fattori essenziali alla funzione sociale dell'interpretazione delle leggi nella coscienza giuridica nazionale in una materia così importante e delicata. La mancanza attuale d'una legge che reprima l'usura, determinata dalla difficoltà dei mezzi di accertarla e dal pericolo di intralciare la circolazione del credito, non equivale a permissione o tolleranza».

<sup>4</sup> Trib. Napoli, 9 settembre 1910, Pres. Urciuoli – Est. Bonomo, con nota di DEGNI 1911: «Il principio economico che è uno dei cardini fondamentali del contratto esige che le reciproche obbligazioni dei contraenti rappresentino uno scambio reale di utilità ed a tale principio contrasta il patto usurario che quindi non può godere della protezione della legge. E se il legislatore nell'art. 1831 detto codice regola la materia degl'interessi non ha certo inteso comprendere in questi l'usura scandalosa e lo strozzinaggio che secondo la pubblica opinione offendono la morale e sono contrarie al buon costume. È risaputo che tutto ciò che è immorale è antiggiuridico; e nella interpretazione della legge devesi necessariamente tener conto del costume che ne costituisca il presupposto e della sua evoluzione in rapporto alle mutate condizioni dei tempi. Or, la cresciuta importanza del lavoro nell'ordine economico e l'immenso sviluppo del credito che negli ultimi tempi hanno fatto scendere il valore del denaro e il tasso degl'interessi rendono sempre più odioso il concetto dell'usura e ripugna alla coscienza pubblica il patto relativo».

<sup>5</sup> Trib. Napoli, 31 dicembre 1908, Pres. Faggella P. – Est. Galante, in «Monitore dei tribunali», LI, 1910, 14-16, con nota di BOERI 1909: «Del resto nella legge il freno c'è. La libertà di pattuire gli interessi ed il tasso anche elevato di questi sono tutt'altra cosa che l'usura, nell'odioso senso odierno della parola. Né la ripugnanza a dare libero ingresso a questa nel costume e nei codici è solo d'oggi. L'art. 1831 c.c. ha voluto porre un limite; ma non è solo, né il più efficace. La addotta ragione della illiceità peraltro non può coesistere col principio della libertà sanzionato espressamente: ammesso questo è esclusa l'altra, cioè la causa illecita. Ma la libertà implica spontaneità di consenso, ossia consenso non viziato: e l'usura è libera in quanto sia liberamente consentita. Si rientra dunque nel campo delle regole generali sul consenso». La tesi è difesa dall'estensore anche in GALANTE 1910. L'adesione più importante, in dottrina, è quella di BENZA 1897; FADDA, BENZA 1926. La stroncatura più rilevante porta la firma di COVIELLO 1915.

<sup>6</sup> SALEILLES 1906. Di queste pagine ha offerto di recente un'interessante lettura SABBIONETI 2011, 566-591.

del diritto dei contratti con spirito di socialità<sup>7</sup>. «Sans détruire le droit individuel», come avrebbe commentato Saleilles<sup>8</sup>, la giurisprudenza si auto-rappresenta come organo in ascolto dell'evoluzione sociale.

Entrambe le strade si rivelano però controverse, discutibili agli occhi della civilistica più ortodossa e perciò irte di ostacoli: tant'è vero che, dopo le critiche provenienti da più parti, soprattutto sulle pagine di un periodico di recente istituzione come la *Rivista di diritto civile*<sup>9</sup>, la parola finale sullo spinoso argomento sarà pronunciata con stile secco e risoluto dalla Cassazione del Regno in due severe sentenze del 1924 e del 1926 (quest'ultima a Sezioni Unite), che riportano la situazione al punto di partenza<sup>10</sup>. Solo l'intervento del legislatore poteva correggere l'ingiustizia contrattuale<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> App. Napoli, 15 giugno 1917, Pres. Laponi – Est. De Pisis, Murolo (avv. Gubitosi) c. Sanniti (avv. Cima, Fadda), con nota di DEGNI 1917 e nota di GIURA 1917: «Il concetto di libertà non è assoluto, ma relativo e mutevole. Se è vero che nel nostro diritto privato prevale il principio individualista non si può negare che gli eccessi e le intemperanze di tal principio trovano temperamento nel principio di socialità [...] col quale deve armonizzarsi [...] in guisa che si considera eccedente la sfera della libertà tutto ciò che, pur avendo l'apparenza di essere il risultato di due volontà ugualmente libere, in realtà rappresenta il predominio dell'una sull'altra più debole, e si riconosce che sono contrari al diritto quei patti che, consentiti in condizioni di gravi disuguaglianze economiche, si risolverebbero anche in una disuguaglianza giuridica contraddicente agli stessi presupposti del principio individualista».

<sup>8</sup> SALEILLES 1904, 114.

<sup>9</sup> Le critiche più autorevoli provengono da ROTONDI 1911, 237-263 e da ASCOLI 1930 (92: «non si comprende davvero come un principio di diritto sicuro, come è quello che nel nostro codice civile è ammessa la stipulazione di qualunque interesse, purché fatta per iscritto, possa essere intaccato pel fluttuare della coscienza, della moralità») e da ASCOLI 1932, 401-404.

<sup>10</sup> Cass. Regno, 24 giugno 1924, Pres. Gallotti – Est. Pandolfo, Murolo c. Sanniti, con nota di DEGNI 1927: «Se la pressione del bisogno potesse invalidare il consenso, quasi tutte le obbligazioni si potrebbero annullare, perché chi si obbliga suole essere spinto da un bisogno più o meno pressante. [...] Non si vide inoltre che, se nell'art. 1831 cod. civ. la misura dell'interesse convenzionale è stabilita a volontà delle parti contraenti, l'interesse usurario non può essere ritenuto contrario al buon costume, perché è permesso dalla legge». Cass. Regno S.U. 3 luglio 1926, Pres. D'Amelio P.P. – Est. Palmera, Murolo (avv. Severo) c. Sanniti (avv. Gigliotti), con nota di DEGNI 1927, 766 s.: «Sotto niun aspetto è possibile ammettere che la sproporzione tra la prestazione e la controprestazione che caratterizza il patto usurario si risolva in un difetto di causa. È l'assunto di per sé stesso che contraddice alla legge in quanto questa se, per ragioni d'ordine generale, permette la libera pattuizione degli interessi, necessariamente preclude l'indagine sulla proporzione che si lamenta violata con quel patto». Cf. anche Cass. Regno, 5 febbraio 1934, Pres. Piola Caselli P. – Est. COCO, Speciale (avv. Degni) c. Figliomeni (avv. Morabito, Tedeschi), «Monitore dei tribunali», LXXV, 1934, 365-366; «Il foro italiano», 1934, I, 471-476: «Che nel diritto tradizionale patrio, quale è consacrato nei citati articoli del codice civile, non sia a parlare di illiceità della convenzione, e quindi (ciò che specialmente interessa nella presente fattispecie) del pagamento d'interessi superiori al tasso legale, è da ritenersi pacifico, dato il principio della libera contrattazione degli interessi, che è alla base del patrio diritto tradizionale, quale ci deriva dalla unificazione legislativa della nazione del 1864. Occorrerebbe, perciò, che le nuove correnti legislative, sopravvenute in questi ultimi anni, avessero abrogato o, quanto meno, derogato all'anzidetto principio, in guisa d'aver sancito il concetto della illiceità, che si afferma nel ricorso».

<sup>11</sup> La tesi dell'immoralità del patto, nel frattempo, era stata difesa con ulteriori argomenti da Ludovico Barassi. La sua posizione è interna al diritto privato liberale, che ai suoi occhi si presenta munito di sufficienti risorse per tutelare l'abuso della libertà contrattuale senza precipitare nella galassia del diritto

La vicenda appena sintetizzata appare significativa per l'uso delle clausole generali in funzione di rottura di un ordine, nella fattispecie l'ordine liberale del codice civile. Seguendo la sequenza acutamente proposta da Stefano Rodotà, si potrebbe pertanto osservare, prendendo in prestito le sue parole, che le clausole generali, in questo esempio, sono «non più soltanto finestre aperte sulla società, tramiti di valore che non possono essere direttamente affermati nelle norme» (l'uso tradizionalmente ammesso del buon costume), ma «strumenti di riduzione del conflitto tra norme che invecchiano ed una realtà in continuo cambiamento»<sup>12</sup>, «espedienti per evitare l'irrigidirsi di un complesso legislativo di fronte ad una realtà mutata»<sup>13</sup>. Una funzione certo diversa da quella assunta in altri fasi storiche, ma non meno rilevante e altrettanto dirompente, all'epoca, come dimostrano le reazioni all'episodio napoletano ora rievocato.

### 3. *La crisi del contratto: equità, buona fede ed eccessiva onerosità sopravvenuta*

Un altro rilevante problema di abuso della libertà contrattuale per il quale si prospettò l'impiego in forma inedita di clausole generali è quello dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Ad entrare in gioco, in questo caso, non fu tanto il buon costume, quanto la buona fede oggettiva; e siccome la buona fede, nelle riflessioni dottrinali coeve, non era nettamente distinta dall'equità, per comprendere nei suoi giusti termini la questione dovremo parlare anche dell'impiego di quest'ultimo strumento.

L'equità, nel codice civile sia francese (art. 1134) sia italiano (art. 1124), era considerata un criterio di integrazione del contratto, al di là del voluto e delle previsioni espresse delle parti. Poteva essere quindi fonte di obblighi e diritti ulteriori (modifiche della prestazione, obblighi accessori), non previsti espressamente dalle parti nel contratto. Questa funzione era già stata riconosciuta dai primi commentatori francesi. Problematico da accettare, invece, e anzi respinto per le ragioni che vedremo, era il ricorso all'equità in funzione correttiva, per sottrarsi all'adempimento di obbligazioni liberamente accettate.

La buona fede, il cui rapporto con l'equità in dottrina era molto sfumato, dato che gli interpreti non definirono con precisione il confine tra le due nozioni, era menzionata dal codice francese (art. 1134-3) e da quello italiano (art. 1124) come criterio rilevante nella fase di esecuzione del contratto. La sua funzione principale,

privato sociale o delle leggi speciali. La sua adesione, quindi, deve essere letta con cautela: non si tratta affatto di un'apertura al solidarismo contrattuale, ma di una risposta liberale all'interventismo sociale e statale. Tra i vari scritti del civilista milanese il più importante è contenuto in BARASSI 1901, 360-419, riprodotto anche in BARASSI 1917. Lo spirito con cui Barassi detta questa pagine è colto con acutezza da CAZZETTA 1999, ora in CAZZETTA 2018, 203-205.

<sup>12</sup> RODOTÀ 1987, 718.

<sup>13</sup> Così già nella prolusione maceratese del 1966: RODOTÀ 1966, 46.



per gli interpreti, era comunque quella di rafforzare la forza obbligatoria del contratto (*pacta sunt servanda*). Nel tempo tuttavia se ne fece uso anche come criterio di valutazione del comportamento delle parti nell'adempimento del contratto, per impedire abusi o scorrettezze dei contraenti. Anche la buona fede, al pari dell'equità, poteva inoltre valere come parametro in base al quale colmare in via interpretativa punti non regolati del contratto.

Proprio l'impostazione dottrinale francese aveva inaugurato un paradigma fortunato: la buona fede serviva per garantire il rispetto della comune volontà delle parti, mentre l'equità era un criterio di integrazione del contratto, accanto alla legge e agli usi. In ogni caso essa non aveva rilevanza allo scopo di modificare le obbligazioni stabilite o di ridurre il corrispettivo economico di una prestazione, poiché sarebbe stato in contrasto con il principio della forza di legge del contratto. La "chiarezza" del testo contrattuale inibiva l'intervento del giudice, obbligato ad arrestarsi sulla soglia dell'autonomia privata, rispettando l'accordo liberamente voluto dalle parti, cioè non affetto dai tre vizi del consenso previsti (errore, violenza morale, dolo), e il cui contenuto fosse lecito, cioè non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume.

Vediamo i passaggi logici di questa interpretazione del codice. I contratti non si basano solo sulla volontà delle parti, ma anche sull'equità, la legge, gli usi. Il richiamo all'equità, quindi, da una parte serve a rafforzare il principio secondo cui il giudice deve sempre ricercare la comune intenzione delle parti<sup>14</sup>, e dall'altra autorizza l'integrazione del contratto, in caso di lacuna. Il diritto francese, infatti, generalizza un principio che, nel diritto romano, valeva solo per i contratti di buona fede: tutti i contratti diventano di buona fede e vi sono obbligazioni che discendono direttamente dall'equità<sup>15</sup>.

Questo discorso può essere esposto anche in forma soggettiva. Le obbligazioni che hanno la loro fonte immediata nell'equità vengono fatte derivare, indirettamente, dalla volontà (tacita) delle parti<sup>16</sup>. In virtù di questo teorema, il ruolo dell'equità, una delle istanze oggettive del Codice, viene tuttavia a essere ridimensionato. Perché, così ragionando, l'equità può assumere rilevanza solo in caso di lacuna e non quando le parti hanno espressamente (e chiaramente) regolato il punto in questione. L'equità non può modificare la volontà delle parti, se questa è

<sup>14</sup> Questo artificio è evidente in MARCADÉ 1856, art. 1134, n. 466, 396; LAURENT 1875, n. 182, 244.

<sup>15</sup> TOULLIER 1814, n. 195; n. 336 (come nei contratti romani di buona fede, si può chiedere ora per tutti i contratti non solo ciò che è espressamente convenuto, ma anche ciò che non si trova espresso, se l'equità e la buona fede lo esigono); DEMOLOMBE 1869, n. 33, 34 s.: «*La bonne foi! l'équité! voilà, en effet, les guides les meilleurs de l'interprétation, ceux qui la dirigeront toujours, le plus sûrement, dans le choix à faire entre nos différentes règles, pour atteindre le but marqué à ses efforts: l'honnête et loyale exécution du contrat!*».

<sup>16</sup> MARCADÉ 1856, art. 1135, n. 467, 396.

“chiara”, insegna Toullier in un celebre passo<sup>17</sup>. L’equità di conseguenza può essere fonte di ulteriori obbligazioni, ma non può essere richiamata per ridurre o modificare le obbligazioni stabilite e volute dalle parti. La massima consacra una delle più importanti convinzioni borghesi: il contratto, purché liberamente voluto e lecito, deve essere eseguito, anche se iniquo<sup>18</sup>. La teoria trova ampia conferma anche nei civilisti francesi del primo Novecento. Eugène Gaudemet, ad esempio, dichiara lapidariamente: «le contrat s’impose au juge. Il ne peut le modifier; il peut seulement l’interpréter»<sup>19</sup>.

I civilisti italiani, impegnati nella nazionalizzazione del codice, mostrano di ragionare nello stesso modo. La chiave di volta del sistema è l’art. 1123, che contiene un assioma non soltanto legale, ma anche di ragione<sup>20</sup>, opponibile al legislatore e ai giudici. Ricci scrive che «obbligando i contratti al pari della legge, non possono combattersi, come non può combattersi la legge, con ragioni desunte dall’equità». Si propone dunque una lettura riduttiva del codice: il ricorso all’equità è autorizzato dall’art. 1124 non per modificare ma per integrare ciò che le parti hanno stabilito: si presume infatti che i contraenti abbiano voluto riferirsi all’equità<sup>21</sup>. L’equità può avere quindi solo funzione integrativa, come fonte di ulteriori obblighi contrattuali<sup>22</sup>. Non si può invece violare un contratto con il pretesto che

<sup>17</sup> TOULLIER 1814, n. 338, 413: «L’équité est donc toujours le supplément des contrats. Mais il faut se souvenir de cette règle première, qu’on ne doit pas violer les conventions en cherchant une équité purement imaginaire. Il en est des conventions comme des lois, quand elles sont claires il ne faut pas en éluder la lettre, sous prétexte d’en revenir à l’équité et à la bonne foi».

<sup>18</sup> LAROMBIERE 1885, 384: «Quelles que soient les sollicitations de l’équité, où il y a un text précis, il n’y a pas moyen d’aller contre ni de passer outre»; LAURENT 1875, nn.178-179, 238-241; BAUDRY-LACANTINERIE, BARDE 1897, n. 333, 311 ss.

<sup>19</sup> GAUDEMET et al. 1937, 201. A questo proposito, i riferimenti sono molteplici. Mi permetto di rinviare a CHIODI (mns.), di imminente pubblicazione negli Atti del Convegno *L’interpretazione tra legge e contratto*. Per ulteriori importanti riflessioni sull’interpretazione dell’art. 1134 del *Code civil*: JAMIN, 1998, 46-57; HALPÉRIN 1999, 323-347; JAMIN 2002, n. 11, 901-907; DEROUSSIN 2007, 431-438.

<sup>20</sup> GIORGI 1885, 157: «Il principio sommo di ragione posto a governo della materia contrattuale è la piena libertà dei contraenti così nel determinare il valore delle cose commutabili, come in tutto ciò che attiene al loro interesse privato»; RICCI 1880, n. 46, 66.

<sup>21</sup> RICCI 1880, n. 47, 67: «presumendosi che ciascuno dei contraenti abbia voluto che l’equità regnasse sovrana nella formata convenzione».

<sup>22</sup> BORSARI 1877, sub artt. 1123-1124, § 3007, 41: «Intanto alla inviolabilità del contratto si associa in principio generale l’obbligo della esecuzione onesta, e si direbbe da galantuomo [...]. Il nostro art. 1124 non solo ci ha ammoniti – siate esecutori fedeli delle vostre convenzioni – ma ha ben anco aggiunto, che la nostra fedeltà non deve essere il puro omaggio alla lettera, come d’uomini materiali che vorrebbero vedere ogni cosa scritta (il che presso a poco era il significato dello *strictum jus*), ma prestare anche quanto si deve onestamente aver voluto nella fraterna comunanza di persone che negoziano insieme; la equità che non si dice, ma si sottintende, e quello che la legge o la usanza annettono come accessori alle convenzioni»; GIORGI 1885, n. 192, 194: «Non meno della legge civile, anche la morale deve regolare l’interpretazione del contratto, perché il rispetto ai doveri morali è parte necessaria, quantunque tacita, delle convenzioni. Ogni contratto deve presumersi conformato a questi doveri, i quali, mentre ne regolano necessariamente la efficacia, esigono quell’uso retto dell’intelligenza e della volontà, che costituisce

sia iniquo. L'equità non può avere funzione correttiva di quanto voluto dalle parti<sup>23</sup>. Presso i paleo-civilisti trova pertanto ampio credito un modello contrattuale di tipo schiettamente individualistico. Anche i pandettisti italiani non si scosteranno da questa prospettiva: valgono per tutti le chiarissime pagine in cui Nicola Coviello ammonisce che il giudice non può «rifare il contratto secondo il suo ideale di giustizia e di equità, contro ciò che le parti hanno realmente voluto» ne costituiscono la più lampante dimostrazione<sup>24</sup>.

La giurisprudenza è sulla stessa linea. Si possono prendere ad esempio alcune decisioni che rifiutano di modificare clausole penali sproporzionate ed escludono che di fronte a clausole contrattuali “chiare” sia possibile invocare istanze come l'equità, il buon costume o l'ordine pubblico<sup>25</sup>.

Si registrano invece significative aperture quanto all'uso della buona fede oggettiva allo scopo di valutare il comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto: nel 1921, infatti, la Cassazione di Roma ritiene che il creditore non possa invocare la clausola risolutiva espressa per un ritardo di pochi giorni<sup>26</sup>.

la buona fede dei contraenti. E fu evidentemente in questo concetto, che il nostro legislatore detta l'articolo 1124».

<sup>23</sup> Il più restrittivo è RICCI 1880, n. 47, 67: «per istabilire quale sia il vincolo derivante dalla contrattazione e quale la giuridica efficacia del medesimo, non deve aversi riguardo all'equità, bensì alla legge del contratto; laddove, per determinare il modo pratico con cui eseguire il contratto, è da procedere con criterio informato ad equità». Cf. anche n. 190, 246 (clausola penale).

<sup>24</sup> COVIELLO 1915, § 129, 412.

<sup>25</sup> App. Firenze, 10 ottobre 1876, Pres. ed Est. Del Punta ff. Pelat-Derieux (avv. De Witt, Proc. Pierazzoli) c. Deputazione Provinciale di Grosseto (avv. Galeotti, Brunetti, Arrighetti), in «Annali della giurisprudenza italiana», X, 1876, 488-495; App. Napoli, 19 dicembre 1877, Pres. Mirabelli P.P. – Est. De Tilla, Malena c. Remia, in «Annali della giurisprudenza italiana» XII, 1878, 480-481; «Il foro italiano», 1878, I, 301 ss.: «Ammettere che il giudice possa variare le condizioni del contratto è surrogare la sua volontà al consenso dei contraenti in violazione del principio annunciato nell'art. 1123, pel quale i contratti legalmente formati han forza di legge tra coloro che li han fatti, e non possono essere rivocati che per mutuo consenso e per cause autorizzate dalla legge. Somiglianti disposizioni poggiano sul principio della libertà lasciata ai contraenti di regolare le loro obbligazioni nel modo che meglio si avvisano, senza dar facoltà al giudice di modificarle a sua volta sotto l'aspetto di equità...Ciò posto, mal si è avvisato il tribunale a dirla contro la morale e il buon costume, e per somigliante aspetto ridurla, invocando l'art. 1122. In esso è detto che la causa è illecita quando è contraria alla legge ed al buon costume o all'ordine pubblico; ma la legge per le osservazioni innanzi dette permette di stabilire una penale pel ritardo a titolo di danni senza limitazioni di sorta, e fino a vietare al giudice di ridurla, pur parendo soverchia; e tutto ciò che la legge consente non può dirsi contro il buon costume e l'ordine pubblico: laonde non può plaudirsi ai principii dal tribunale invocati per usare una facoltà che non gli è punto consentita».

<sup>26</sup> Cass. Roma, 14 aprile 1921, Pres. Appiani P. – Est. D'Ancona, Paglia (avv. Sraffa, Orlando) c. Casalini (avv. Bensa, Valeriani), in «Monitore dei tribunali», LXIII, 1922, 81-82; «Il foro italiano», 1921, I, 531-534: «Ma questo rigido concetto dell'automatico inesorabile funzionamento del patto commissorio in un contratto di locazione, pari allo scatto della molla di un orologio al preciso minuto stabilito per il pagamento, è esagerazione e deformazione del principio che la condizione risolutiva espressa opera la risoluzione *ipso iure* al solo verificarsi dell'evento previsto, indipendentemente dal concorso del dolo o della colpa del debitore. [...] E tutte queste indagini tanto più s'impongono in una specie nella quale l'equità e la buona fede, compagne inseparabili d'ogni civile negozio, assistono gli affittuari [...]». Contra Cass. Napoli, 1° marzo 1921, Pres. ed Est. De Gregorio ff. di P. Romano (avv. Marino) c. Cosmo, in «Monitore dei

La contraria opinione, secondo cui il giudice, per considerazioni equitative, può derogare al principio della forza obbligatoria del contratto fino al limite dell'impossibilità oggettiva e assoluta della prestazione, matura in relazione ai contratti di *durata*. Per questa categoria di accordi la rigidità del dogma dell'intangibilità del contratto viene messa in discussione quando i rapporti contrattuali sono sconvolti da eventi sopravvenuti di carattere naturale o umano, come mutamenti di governo, guerre o crisi economiche. I riflessi catastrofici della prima guerra mondiale, ad esempio, rendono sempre più frequente e diffusa la domanda di risoluzione e/o di revisione<sup>27</sup> dei contratti di durata: del prezzo di vendita di beni e merci, del canone di locazione immobiliare (appartamenti, alberghi, teatri), del corrispettivo di appalti.

In dottrina e in giurisprudenza si reagisce in vario modo al fenomeno della sopravvenienza o dell'*imprévision*. A parte le posizioni negative, che riaffermano con decisione il dogma della forza obbligatoria del contratto e il ruolo esclusivamente suppletivo e non correttivo dell'equità anche nei contratti ad esecuzione successiva e continuata<sup>28</sup>, dalla fine dell'Ottocento in poi, durante la *belle époque* giolittiana, per fondare la risoluzione o la revisione del contratto si fa ricorso all'equità oppure alle presunzioni di volontà (supponendo esistente nel contratto la condizione risolutiva per mutamento imprevedibile e inevitabile delle circostanze, clausola *rebus sic stantibus*), a volte coniugando entrambe le argomentazioni.

tribunali», LXII, 1921, 397-399; «Il foro italiano», 1921, I, 296-299: «L'art. 1124 c.c., soggiunse esso collegio prescrive che i contratti debbono essere eseguiti di buona fede ed obbligano, non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze, che secondo l'equità, l'uso e la legge ne derivano. In omaggio alla buona fede contrattuale, secondo esso tribunale, dovevasi escludere che le parti avessero davvero inteso di stipulare la clausola risolutiva per ritardo di pochissimi giorni, il quale nessun danno aveva apportato al locatore».

<sup>27</sup> Si deve infatti notare che l'eccessiva sproporzione economica (onerosità) sopravvenuta della prestazione contrattuale poteva dare luogo non solo alla risoluzione, ma anche alla revisione del contratto.

<sup>28</sup> Un precedente importante è Cass. Torino 24 febbraio 1888, Pres. Eula P.P. — Est. Giusto, Banca di Torino (avv. Caccia, Mongini) c. Ditta Truninger & C. (avv. Spanna, Pietro Turati), in «Monitore dei tribunali», XXIX, 1888, 261-263: «il potere del giudice non è sconfinato; ei deve scrupolosamente osservare il disposto dell'art. 1123; la volontà delle parti, in ciò che è espressa, è sacra anche per lui; egli non può mutare le clausole precise di un contratto sotto pretesto che la sua decisione possa sembrare più equa; non può ad un'obbligazione chiaramente definita un'altra sostituirne; non può di un'obbligazione incondizionata farne una condizionale perché, avuto riguardo alle circostanze varie di tempo e di accidentalità non prevedute, possa parergli che l'equità così suggerisca. Imperocché l'equità, di cui nell'art. 1124, quando per tal modo venisse intesa, si risolverebbe nella negazione dell'equità stessa, convertendosi in un privilegio a beneficio esclusivo di una delle parti con tutto il danno esclusivamente per l'altra. [...] In sostanza l'equità è dalla legge indicata quale norma per regolare le modalità dell'esecuzione delle convenzioni, non per determinare la sussistenza giuridica delle stesse, le quali, quando sieno legalmente formate dalla volontà delle parti, unica norma prendono dalla legge del contratto, che anche pel giudice è intangibile». Cf. anche App. Venezia, 10 aprile 1895, Pres. Valsecchi — Est. Setti, Comune di Treviso c. Società Lionese per l'illuminazione a gas — Rosada, «Giurisprudenza italiana», XLVIII, 1895, I, 305-331: «Ciò che dicesi "onesta e leale esecuzione di un contratto" è prima di tutto rispettarne i patti scritti, la buona fede e l'equità non servendo che a supplire il contratto nei casi ove l'intenzione comune è offuscata od è monca, non dove la si evince chiara dal letterale disposto».

Quando si usa l'argomento equitativo, con rinvio all'art. 1124 del codice civile<sup>29</sup>, il giudice viene rappresentato, dagli stessi magistrati che fanno uso di tale tecnica, come un ministro di equità. E l'equità, come si legge nel più importante *leading case* di fine Ottocento, la sentenza della Cassazione torinese del 1898 che segue di dieci anni una pronuncia che aveva sbarrato la strada a ogni valutazione equitativa in questo campo,

«esige che l'intervenuto accordo contrattuale possa essere modificato, quando l'esecuzione, pel mutare degli eventi, ne diventi impossibile, o soverchiamente pregiudicevole; e vieta che l'una delle parti possa profittare di certa contingenza non prevedibile, la quale sia sopravvenuta, per imporre all'altra un modo di esecuzione che questa non avrebbe accettato»<sup>30</sup>.

Questa visione, tuttavia, convive e anzi spesso si unisce all'altra, più tradizionale, che vede nel giudice il tutore del consenso, cioè della comune intenzione delle parti, chiaramente manifestata nel testo contrattuale<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Si noti che alcune sentenze più risalenti motivano la risoluzione del contratto con espresso richiamo non all'art. 1124, ma al diritto romano. Cf. ad es. App. Parma, 8 maggio 1885, Pres. ed Est. Massari P.P., Comune di Genova (proc. avv. Lusignani) c. Palchisti del Teatro Carlo Felice (proc. avv. Borra), in «La giurisprudenza», XXI, 1885, 577-584, con nota di SALUCCI 1885.

<sup>30</sup> Cass. Torino, 19 novembre 1898, Pres. Cuneo ff. – Est. Serra, Testore c. Comune di Casale Monferrato, «Giurisprudenza italiana», LI, 1899, I, 22-23. Cf. già App. Venezia, 10 aprile 1895, Pres. Valsecchi – Est. Setti, Comune di Treviso c. Società Lionese per l'illuminazione a gas – Rosada, in «Giurisprudenza italiana», XLVIII, 1895, I, 305-331: «Nella regola che i contratti oltre al dover essere eseguiti di buona fede, obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità ne derivano – è evidentemente contenuta quest'altra, che nei contratti a lunga scadenza e permanenti nel tempo la mutazione che avviene di necessità nelle condizioni di fatto può, per ragioni di equità, essere tenuta a calcolo dal giudicante. L'antica dottrina italiana (Bartolo, Fierli, Mantica, Poggi, ecc.) distingueva i contratti che *nullam habent dependentiam de futuro*, e perciò si consumano unico momento, da quelli che *tempus habent successivum*, e questi ultimi si intendevano stipulati *rebus eodem statu manentibus*. L'equità dunque – se non il diritto – può volere che si tenga conto delle modificazioni che il tempo nei suoi moti evolutivi apporta ai contratti, e questi, proiettati nel tempo, insegnano cosa debbasi intendere per buona fede e per “esecuzione onesta e leale”».

<sup>31</sup> Cf. infatti Cass. Torino, 19 novembre 1898, cit., 22 s.: «Ma allora ben si vede che è pur sempre questione d'apprezzamento della volontà dei contraenti, dato in via di ipotesi, che si abbia da tener conto di ragioni qualsiasi d'equità; e la corte del merito ben si è apposta coll'ammettere la mentovata perizia, affine di essere in grado d'interpretarla»; Cass. Torino, 16 agosto 1900, Pres. Pagano P.P. – Est. Prato, Comune di Modena (avv. Bellucci, Bruno, Triani, Ferrarini) c. Abbati e altri palchettisti del teatro comunale (avv. Albinelli, Panini, Benucci, Levi), in «Il foro italiano», XXVI, 1901, I, 736-742, con nota di BARSANTI 1901: «Né può dirsi che tale articolo sia stato falsamente applicato, perché, per quanto da alcuno si sostenga che la disposizione in esso contenuta riguardi solo il caso di temperare, moderare, ridurre il modo divenuto troppo rigoroso di dare esecuzione al contratto e lasci intatta l'obbligazione, certo è che la legge ha pure parlato delle conseguenze che derivano dal contratto, ed a queste conseguenze, qualunque esse siano, diviene applicabile la regola dell'equità. [...] Del resto, ogni censura cade quando si ponga mente a che la Corte modenese, dopo avere con esattezza giuridica osservato che “nei contratti a lunga pendenza e che hanno *dependentiam de futuro* è sempre sottintesa la clausola *rebus sic stantibus*, perché evidentemente il motivo determinante il vincolo giuridico fu la permanenza di quelle condizioni di fatto sotto l'impero delle quali e per le quali poté aver luogo l'accordo e il consenso

Come esempio di questo orientamento volto a convertire un problema di giustizia contrattuale in ricerca della comune intenzione delle parti, evitando di fare ricorso a clausole generali o ad altre istanze oggettive, si può considerare, in dottrina, la posizione di Biagio Brugi. Il grande civilista-romanista afferma infatti che l'intangibilità del contratto ha i suoi limiti: solo «un esagerato rispetto al vincolo contrattuale» può impedire di riconoscere la clausola *rebus sic stantibus* anche nel sistema vigente. Brugi non rinuncia però alle finzioni di volontà. Egli ammette che si potrebbe anche ragionare, come la giurisprudenza, in base all'art. 1124. Tutto ciò sembra preludere a una giustificazione oggettiva dello scioglimento del contratto. Ma nel ragionamento rispunta l'elemento soggettivo:

«Infatti se ogni contratto deve essere eseguito di buona fede (art. 1124 cod. civ.) in guisa che obbliga anche a ciò che l'equità, l'uso, la legge impone, se ne può trarre la conseguenza che non è equo far che una parte profitti di mutate circostanze per imporre all'altra un modo di esecuzione del suo obbligo che non avrebbe accettato se avesse potuto prevederlo»<sup>32</sup>.

Il perno del discorso rimane quindi il consenso.

L'equità, in questa sua applicazione, tempera sia il dogma dell'intangibilità del contratto sia il dogma della responsabilità del debitore fino al limite dell'impossibilità oggettiva assoluta della prestazione<sup>33</sup>. Da questo punto di vista, quindi,

reciproco delle parti contraenti”, si fece ad indagare, in omaggio alle combinate disposizioni degli art. 1123 e 1131, quale fosse l'intenzione delle parti allorché si formarono gli accordi fra il proprietario del teatro ed i proprietari dei palchi. [...] Più che un principio di equità temperativa, fu quello di equità interpretativa di un contratto avente tratto successivo, che determinò la decisione della Corte modenese, la quale per mutamento impreveduto di ciò che formava oggetto essenziale del contratto giudicò essere venuto meno, colla causa dell'obbligazione, il consenso dei contraenti, e mancare di conseguenza quel vincolo giuridico che ha forza di legge fra le parti».

<sup>32</sup> BRUGI 1907, 479.

<sup>33</sup> In giurisprudenza una rivalutazione in tal senso dell'art. 1124 si legge nell'elaborata sentenza Trib. Milano, 27 maggio 1916, Pres. Ghizzoni - Est. Pestalozza, Société commerciale d'affrètements et de commission (avv. Donati) c. Società miniere di Montecatini (avv. Belotti), in «Il foro italiano», XLI, 1916, I, 1127-1152, con nota di PESTALOZZA 1916, 833-836: «Giunti a questo punto, però, bisogna ancora ricordare che non solo la dichiarata volontà delle parti e le disposizioni della legge entrano a far parte del contenuto contrattuale: vi concorrono pure le conseguenze volute dall'equità. Ed è specialmente in questo campo, dal sopravvenire di avvenimenti impensati (il vero campo caratteristico della clausola *rebus sic stantibus*, la quale s'informa così a concetti più ampi della presupposizione), che può trovare applicazione il principio di equità. Se invero l'equità potrà raramente avere occasione d'interessarsi a motivi effettivamente sentiti dalle parti, e che queste non abbiano creduto di far entrare nella volontà dichiarata, più frequente sorgerà invece il bisogno di temperare le conseguenze rigide di legge quando la sopravvenienza sorga in un campo che non fu neppure avvistato dalle parti, e sia così completamente estranea al lavoro psicologico che ha formato la loro volontà. In questi casi le parti si sono affidate al precetto generale di legge regolante il fortuito, senza pensare che pel sopravvenire di eventi impreveduti quel precetto avrebbe potuto trasformarsi in una iniquità per una di esse. È giusto, quindi, ed è portato dal principio della buona fede imperante sull'esecuzione di tutti i contratti, che l'iniquità venga in tali casi

l'esperienza giurisprudenziale italiana del primo Novecento, anche se la situazione si mantiene fluida e non mancano numerose sentenze di segno assolutamente contrario<sup>34</sup>, risulta più aperta rispetto agli orientamenti francesi dello stesso periodo<sup>35</sup>.

In entrambe le situazioni indicate, i giudici impiegano, nel campo del diritto comune dei contratti, strumenti previsti dal codice, ma fino a quel momento non applicati allo scopo di sindacare l'equilibrio delle prestazioni e la libertà contrattuale, mostrando di relativizzare il principio fondamentale dell'economia liberista<sup>36</sup>.

impedita, o coll'apportare opportuni temperamenti al vincolo, o, in casi estremi, col decretare lo scioglimento del vincolo stesso divenuto iniquo».

<sup>34</sup> App. Milano, 22 gennaio 1925, Pres. Raimondi P.P. – Est. Ticchioni, Società anon. ital. di assicurazione contro gli infortuni c. Massa, in «Monitore dei tribunali», LXVI, 1925, 420 s.: «Ma si deve obiettare che l'irrevocabilità dei contratti costituisce uno dei canoni fondamentali in materia di obbligazione, inviolabile se non per mutuo consenso, o per impossibilità vera e propria di esecuzione (art. 1226 c. c.). Inoltre manca un criterio sicuro, uniforme ed obbiettivo per determinare i casi nei quali si debba e quelli in cui non si possa far ricorso all'applicazione della clausola; e si verrebbe a dare efficacia giuridica ai motivi interni che spinsero la volontà alla formazione del negozio giuridico, in virtù di elementi non risultanti nel contratto e non rientranti nel contenuto della stipulazione»; App. Milano, 19 novembre 1925, Pres. Raimondi P.P. – Est. Gaetani, Donzelli (avv. Pedroni) c. Società Saville di Sheffield (avv. Baisini), in «Monitore dei tribunali», LXVII, 1926, 304 s.: «Si tentò di estendere per ragioni di equità il significato così manifestamente restrittivo della legge ricorrendo ad altri articoli quali il 1124 ed il 1224 c. c. che sembrano attenuare la rigidezza romana delle disposizioni sopra menzionate. Ma mentre il 1124 ha niente a che fare con la fattispecie, in cui si tratta di compra vendita ed al compratore non si richiede nessuna diligenza ma solo l'adempimento all'obbligo di pagare il prezzo, nell'art. 1224 invece basta dire che se i contratti devono essere eseguiti di buona fede, la logica conseguenza che si deve trarre da questi principi è quella di condannare la Ditta da Donzelli a compiere il proprio obbligo contrattuale». Questa tendenza viene successivamente consacrata da Cass. Regno, 30 aprile 1926, Pres. Tempestini P. – Est. Butera, Alessandri (avv. Baudana-Vaccolini) c. Bernardini (avv. Pasanesi), in «Monitore dei tribunali», LXVII, 1926, 533 s. Contra App. Milano, 14 giugno 1932, Pres. Fabani P. – Est. Azzolina, Galdi (avv. Galdi) c. Soc. Petroli d'Italia (avv. Bisetti, Cadeo), in «Monitore dei tribunali», LXXIV, 1933, 70 s., che richiama a favore anche la Carta del lavoro fascista.

<sup>35</sup> Di questa differenza rispetto all'esperienza transalpina mostrano di essere consapevoli anche molti giudici. Cf. ad es. App. Milano, 20 febbraio 1917, Pres. ed Est. Raimondi P., Soc. an. Miniere di Montecatini (avv. Belotti, Rolandi-Ricci, Vaturi) c. Société Commerciale d'affrètements et de commissions (avv. Bensa, Sraffa), Ditta Calame e Matthy (avv. Donati, Medina) e Fabbrica lombarda prodotti chimici (avv. Pennati), in «Monitore dei tribunali», LVIII, 1917, 355-358; «Il foro italiano», 1917, I, 350-358: «Se in Francia per amore della tradizione o forse anche per una nobile ostentazione di legittimo orgoglio, il legislatore non credette dover derogare al principio classico della forza maggiore, né la giurisprudenza di sforzarsi a temperarne il rigore, neppure di fronte alla gravissima crisi che quel mirabile popolo per altrui colpa attraversa e che con tanto spirito di sacrificio sopporta, in Italia invece il legislatore volle venire in aiuto al debitore posto, in causa della guerra e durante la guerra, in condizione troppo difficile ed iniqua, poiché credette necessario, nell'interesse dello Stato, impedire che dalla guerra derivi una soverchia depressione in talune delle energie economiche della nazione, in un momento in cui occorre che tutte efficacemente cooperino a far superare all'economia nazionale le enormi difficoltà dell'ora che volge; ed in questa sua opera egli deve essere anche dai giudici assecondato».

<sup>36</sup> Il punto di contatto tra le due tipologie di casi difficili descritti in queste pagine è costituito da una sentenza la cui motivazione è stesa dal giudice Antonio Jodice, che indirizza un fervido elogio alla legislazione di guerra che, com'è noto, diede per la prima volta rilevanza all'eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto positivo italiano. Cf. App. Napoli, 2 luglio 1917, Pres. Lappone P. – Est. Jodice, Monsurrò c. Ditta Guetta, in «Monitore dei tribunali», LVIII, 1917, 835-837; «Il foro italiano», 1917, I, 874-879: «Quel decreto deve interpretarsi, nei limiti delle esigenze e dell'utilità sociale da cui ebbe

Attuano cioè forme di controllo dell'equilibrio economico del contratto all'interno della concezione liberale del mercato e non fuori da essa, restando pur sempre all'interno della logica individualista, "correggendo delicatamente" il contratto<sup>37</sup>. Questo fenomeno non costituisce dunque un superamento, ma solo una revisione del principio liberista puro e semplice. Anche nei giuristi che riflettono su questi fenomeni, l'intento è comunque di restare ancorati a un'economia basata sul libero scambio e di porre in essere soltanto correttivi etici, idonei a reprimere comportamenti individuali contrari a equità o a buona fede. L'oscillazione tra argomentazioni soggettive e oggettive si spiega con le opzioni interpretative dei singoli interpreti. I giuristi si sforzano di trovare una nuova armonia tra codice e società, facendo uso degli strumenti del diritto comune dei contratti, opportunamente rivitalizzati.

#### 4. *Per concludere: quali rimedi contro le clausole vessatorie dei contratti di adesione?*

Un campo ancor più aperto di confronto-scontro si apriva sul terreno del controllo dei contratti di adesione, altra categoria che si era affiancata all'astratto contratto individuale, nei confronti della quale si rivelavano insufficienti le tecniche di controllo previste dai codici civili ottocenteschi, utilizzate, come abbiamo visto, per la soluzione dei due precedenti problemi.

Si trattava qui di adattare il diritto comune dei contratti, fondato su un'astratta simmetria di potere contrattuale, oppure di progettare forme nuove di tutela dei consumatori nell'ambito del diritto commerciale e di protezione dei prestatori d'opera del nascente diritto del lavoro. I consumatori erano i nuovi soggetti deboli da difendere, come gli operai nel campo delle relazioni industriali.

Tra le tecniche di tutela ipotizzabili, anche in questo campo vi era quella dell'aumento dei poteri discrezionali del giudice. Se sopra si è visto l'uso che i giudici, supportati o meno dalla dottrina, fecero dell'equità e del buon costume,

origine, come mezzo efficace di difesa del diritto codificato delle obbligazioni imperniato sui principi della libertà contrattuale e dell'eguaglianza delle parti contraenti contro ogni attentato di sfruttamento di una di esse in danno dell'altra. Il consenso è la base di ogni contratto, la cui esecuzione deve necessariamente contenersi nei limiti di quello che le parti intesero e vollero nel vincolarsi; in esso è riposta la forza obbligatoria del contratto in quanto sia regolato dalle norme del giusto e dell'equo, cui non deroga mai la legge positiva, che anzi vi fa esplicitamente ricorso nell'art. 1124 c.c. In modo speciale, nei contratti a titolo oneroso, che mirano ad uno scambio di prestazioni fra i contraenti, si afferma la legge di eguaglianza fra il dare e l'avere come il presupposto fondamentale dell'obbligazione reciproca e la conseguenza necessaria di quella giustizia commutativa, che è ad essi naturalmente inerente, e a cui i contraenti non possono derogare senza mutare la natura del contratto, cangiandolo da oneroso in parzialmente gratuito; ed ove venga derogato ad essa eguaglianza, per ragione di qualche accidente, indipendentemente dagli atti dei contraenti, deve ricorrere l'equità a rimetterla in essere a ripristinare il perduto equilibrio, facendo rientrare il contratto medesimo nella sfera del giusto e dell'onesto civile».

<sup>37</sup> Come afferma CARONI 2015, 153-163.



strumenti usati per adeguare il diritto dei contratti alla nuova realtà economica, nel caso dei contratti di adesione il discorso si fa più complicato.

La giurisprudenza italiana, contro la dottrina, adotta forme di tutela, e questo è già un punto da sottolineare, ricorrendo esclusivamente alle norme sui vizi del consenso. Non si riesce, in queste vicende, a immaginare un giudice che possa intervenire annullando le clausole vessatorie facendo ricorso all'equità o ad altri criteri come la buona fede oggettiva, ma si ammette che il magistrato annulli determinate clausole per il dolo dell'impresa o dichiari in casi estremi la nullità del contratto per errore ostativo. Il giudice così facendo, più che trasformarsi in ministro di equità, esercita fino in fondo i suoi poteri di tutore della libera volontà delle parti, contro il parere della dottrina maggioritaria, proteggendo in particolare la buona fede dell'aderente, intesa come affidamento.

Una tutela più intensa, basata non tanto sugli strumenti dell'equità e del buon costume, quanto sulla buona fede oggettiva, è preconizzata solo, con decisione, da una parte della dottrina francese, dalla civilistica germanica e in Italia da Lorenzo Mossa, estroso precursore di idee realizzate poi in un periodo più tardo. È lui che invoca il principio di buona fede oggettiva, sostenendo che si possa anche arrivare, con questo richiamo, ad annullare singole clausole vessatorie<sup>38</sup>. È una proposta *de iure condendo* quasi profetica. Ma allora essa fu considerata eretica, anti-sistemica, espressione di giusliberismo, pericolosa e non preferibile rispetto ad altre tecniche di controllo, come quella basata sull'aumento di norme imperative nei codici (soprattutto il codice di commercio) o sulle norme corporative. Il pioniere della tutela giudiziale basata non sulle ragioni della volontà, ma su quelle della lealtà e della correttezza tra impresa e consumatore, rimarrà inascoltato.

<sup>38</sup> Ho ricostruito la vicenda in CHIODI, 2016, 249-293.

*Riferimenti bibliografici*

- ASCOLI A. 1930. *Note di giurisprudenza*, 1, App. Milano 28 novembre 1930, 89-94.
- ASCOLI A. 1932. *Note di giurisprudenza*, 16, App. Milano 26 aprile 1932, 401-404.
- BARASSI L. 1901. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, 2 ed., Milano, Società editrice libraria, 1917.
- BARASSI L. 1917. *Giusto salario e salari anormali. Contributo al concetto di equivalenza nei contratti onerosi di scambio*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», XV, I, 1917, 1 ss.
- BARSANTI E. 1901. Nota a: *Cass. Torino, 16 agosto 1900, Pres. Pagano P.P. – Est. Prato, Comune di Modena c. Abbati e altri palchettisti del teatro comunale*, in «Il foro italiano», XXVI, I, 1901, 736 ss.
- BAUDRY-LACANTINERIE G., BARDE L. 1897. *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, I, Paris, 1897.
- BENSA P.E. 1897. *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano, Introduzione e parte generale*, Torino, Utet, 1897.
- BOERI G.B. 1909. Nota a: *Trib. Napoli, 31 dicembre 1908, Pres. Faggella P. – Est. Galante*, in «Rivista critica di diritto e giurisprudenza», VII, II, 1909, 55 ss.
- BORSARI L. 1877. *Commentario del codice civile italiano*, III, Torino, Utet, 1877.
- BRUGI B. 1907. *Istituzioni di diritto civile italiano con speciale riguardo a tutto il diritto privato*, 3 ed., Milano, Società editrice libraria, 1914.
- CARONI P. 2015. *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche, Schweizerisches Privatrecht (I/1)*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.
- CAZZETTA G. 1999. *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e Repubblica*, in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, 179 ss.
- CAZZETTA G. 2018. *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2018.
- CHAZAL J.-P. 2014. *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain*. Disponibile in: [https://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr.ecole-de-droit/files/chazal\\_protection\\_josserand.pdf](https://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr.ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf) (consultato il 18/11/2018).
- CHIODI G. 2009. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2009.
- CHIODI G. 2016. *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in «Quaderni fiorentini», 45, 2016, 249 ss.

- CHIODI G. (mns.) *Interpretazione dei contratti e poteri del giudice. Riletture del codice civile in Francia e in Italia tra Otto e Novecento*, in corso di pubblicazione.
- COVIELLO N. 1915. *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 2 ed., Milano, Società editrice libraria, 1915.
- DEGNI F. 1908. *I limiti della libertà contrattuale e l'usura nel diritto privato*. Nota a: *Trib. Napoli (VII Sez.)*, 21 giugno 1907, Pres. Del Monaco – Est. Jodice, in «*Rivista critica di diritto e giurisprudenza*», VI, II, 1908, 1 ss.
- DEGNI F. 1911. *Ancora sulla repressione dell'usura*. Nota a: *Trib. Napoli*, 9 settembre 1910, Pres. Urciuoli – Est. Bonomo, in «*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*», IX, II, 1911, 79 ss.
- DEGNI F. 1917. *Ancora sulla repressione dell'usura nel sistema del diritto civile vigente*; Nota a: *App. Napoli*, 15 giugno 1917, Pres. Lapponi – Est. De Pisis, Murolo c. Sanniti, in «*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*», XVI, II, 1917, II, 634 ss.
- DEGNI F. 1927. *Ancora della repressione dell'usura nel diritto privato*. Nota a *Cass. Regno*, 24 giugno 1924, Pres. Gallotti – Est. Pandolfo, Murolo c. Sanniti e a: *Cass. Regno S.U.*, 3 luglio 1926, Pres. D'Amelio P. – Est. Palmera, Murolo c. Sanniti, in «*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*», XXV, II, 1926, 342 ss.
- DEMOLOMBE C. 1869. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, II, Paris, 1869
- DEROUSSIN D. 2007. *Histoire du droit des obligations*, 2 ed., Economica, Paris, 2012.
- FADDA C., BENZA P. E. 1926. *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, in WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, IV, Torino, Utet, 1926, 449 ss..
- GALANTE V. 1910. *Le nuove correnti della giurisprudenza per la repressione dell'usura*, in «*Rivista critica di diritto e giurisprudenza*», VIII, 1910.
- GAUDEMET E, DESBOIS H., GAUDEMET J. 1937. *Théorie générale des obligations*, Paris, Dalloz, 2004.
- GIORGI G. 1885. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, 4 ed., Firenze 1895.
- GIURA D. 1917. Nota a: *App. Napoli*, 15 giugno 1917, Pres. Lapponi – Est. De Pisis, Murolo c. Sanniti in «*Il foro italiano*», I, 1917, 923 ss.,
- HALPÉRIN J.L. 1999. *Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du XIXe siècle*, in KERVÉGAN J.F., MONHAUPT H. (eds.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Frankfurt am Main, 1999, 323 ss.

- JAMIN C. 1998. *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, in «Droit & patrimoine», 58,1998, 46 ss.
- JAMIN C. 2002. *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, in «Dalloz, Chroniques», 2002, 11, 901 ss.
- JOSSERAND L. 1933. *Le contrat dirigé*, in «Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence», 1933, 89 ss.
- JOSSERAND L. 1934. *Considerazioni sul contratto "regolato"*, in «Archivio giuridico "Filippo Serafini"», XXVIII 1934, 3 ss.
- LAROMBIERE L. 1885. *Théorie et pratique des obligations*, Nouvelle éd., Paris, 1885.
- LAURENT F. 1875. *Principes de droit civil*, XVI, Bruxelles-Paris, 1875.
- MARCADÉ V. 1856. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, IV, 6 ed., Paris 1866
- PESTALOZZA F. 1916. *Onerosità eccessiva della prestazione sopravveniente per fortuito. Nota a: Trib. Milano, 27 maggio 1916, Pres. Ghizzoni - Est. Pestalozza, Société commerciale d'affrètements et de commission c. Società miniere di Montecatini*, in «Il foro italiano», XLI, I, 1916, 1127 ss.
- RICCI F. 1880. *Corso teorico-pratico di diritto civile, Delle obbligazioni*, VI, Torino, Utet, 1880.
- RODOTÀ S. 1966. *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.
- RODOTÀ S. 1987. *Il tempo delle clausole generali*, in «Rivista critica del diritto privato», IV, 1987, 709 ss.
- ROTONDI G. 1911. *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura*, in «Rivista di diritto civile», III, 1911, 237 ss.
- SABBIONETI M. 2011. *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2011.
- SALEILLES R. 1904. *Le Code civil et la Méthode historique*, in HALPERIN J.L, *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire*, I, Paris, Dalloz, 1904, 95 ss.
- SALEILLES R. 1906. (Lettre in) *Bulletin de la Société d'études législatives, Études et documents. Question du contrat de travail (question n° 9)*, 1906.
- SALUCCI E. 1885. *Nota a: App. Parma, 8 maggio 1885, Pres. ed Est. Massari, Comune di Genova c. Palchisti del Teatro Carlo Felice*, in «La giurisprudenza», XXI, 1885, 577 ss.
- TOULLIER C.B.M. 1814. *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, VI, Rennes, 1814.