

LUISS Guido Carli  
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE  
DEGLI STUDI SOCIALI  
Guido Carli

DOTTORATO DI RICERCA  
in  
DIRITTO E IMPRESA  
XXIX° CICLO

Tesi Dottorato

LE SOPRAVVENIENZE.  
Dall'equilibrio contrattuale alla nullità  
sopravvenuta.

DOTTORANDO:

SERENA GRAZIADIO

TUTOR:

Chiar.mo Prof. MICHELE TAMPONI

## INDICE

### CAPITOLO I

#### LA NOZIONE CIVILISTICA E LA NOZIONE CONTABILE DI SOPRAVVENIENZA A CONFRONTO

1. La nozione civilistica di sopravvenienza.
2. La nozione contabile di sopravvenienza.
3. Un confronto tra le due nozioni in prospettiva interdisciplinare.
4. I principi contabili internazionali quale punto di rilevanza ermeneutica.
5. Lo IAS 10 quale elemento unificatore della nozione civilistica e della nozione contabile di sopravvenienza.
6. Gli strumenti di indagine scientifica: la piramide concettuale.
7. L'individuazione dell'oggetto di indagine scientifica. La formulazione di un'ipotesi di lavoro.
8. Le sopravvenienze in fase funzionale dei contratti.
9. Risultati attesi.

### CAPITOLO II

#### INTRODUZIONE E GENESI DEL PRINCIPIO DI EQUILIBRIO CONTRATTUALE

1. Il prius logico dell'elaborazione del principio di equilibrio : l'oggettivazione dello scambio tra codice civile e regole del mercato come tendenza plurivalente.
2. (Segue) : presupposto giustificativo della restrizione all'efficacia del c.d. dogma della volontà.
3. (Segue) : fonte attributiva di un ruolo di supplenza al principio di buona fede.
4. (Segue) : misura della congruità dello scambio contrattuale.
5. (Segue) : motore della prevalenza del requisito della causa sul requisito dell'accordo.
6. (Segue) : strumento di tutela del contraente debole (cenno e rinvio).  
Il c.d. terzo contratto.
7. L'equilibrio tra le prestazioni contrattuali come conseguenza logica dell'oggettivazione dello scambio. Spunti per una apertura all'equilibrio nei contratti associativi.
8. Ipotesi di lavoro : l'equilibrio da predicato della causa dei contratti di scambio (equilibrio tra prestazioni) a principio generale (equilibrio contrattuale).
9. Metodo di indagine scientifica : l'equilibrio contrattuale nel diritto privato delle fonti.

## CAPITOLO III

### EQUILIBRIO GIURIDICO ED EQUILIBRIO ECONOMICO COME CRITERI DI QUALIFICAZIONE DELLA CAUSA IN CONCRETO DEL CONTRATTO: LA RILEVANZA DELLE SOPRAVVENIENZE SULL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE

1. Premessa. – 1.1 La qualificazione delle fattispecie contrattuali in diritto privato europeo sotto il profilo della causa.
- 1.2 Interessi sostantivi del legislatore rispetto alla fattispecie concreta e qualificazione funzionalmente orientata alla tutela del contraente debole (consumatore, risparmiatore, assicurato, socio di minoranza, imprenditore «debole»): il contratto ad efficacia eliminabile; l'equità correttiva (cenni).
2. La causa in concreto del contratto.
  - 2.1 Nozione.
  - 2.2 Criteri per una sua qualificazione funzionalmente orientata alla tutela del contraente debole : equilibrio economico ed equilibrio giuridico.
3. Equilibrio contrattuale c.d. “ oggettivo” (equilibrio economico).
4. L'equilibrio economico nella dottrina tedesca della alterazione del fondamento negoziale.
5. Equilibrio giuridico.
  - 5.1 Equilibrio informativo.
  - 5.2 Equilibrio contrattuale c.d. “ soggettivo” .
6. Equilibrio giuridico ed equilibrio economico in relazione alla dicotomia causale contratti di scambio – contratti associativi. Riconduzione del principio di equilibrio ai soli contratti di scambio e suo fondamento dogmatico: la congruità dello scambio contrattuale ed

il suo rapporto con la sinallagmaticità e la corrispettività dello scambio. 7. Ipotesi di lavoro : rilevanza dell'equilibrio giuridico e dell'equilibrio economico come criteri per la qualificazione della causa in concreto dei contratti

## CAPITOLO IV

### LA NULLITÀ SOPRAVVENUTA DEL CONTRATTO IN RELAZIONE AL PRINCIPIO DI EQUILIBRIO CONTRATTUALE.

1. La nullità causata da fatto sopravvenuto e da norma sopravvenuta
2. Ambito di applicazione ed effetti
3. La rilevanza del fatto sopravvenuto nella *Nuova lex mercatoria* in riferimento all'equilibrio contrattuale.
4. Teorie sull'ammissibilità della nullità sopravvenuta
5. Nullità sopravvenuta e nullità derivata

### CONCLUSIONI

## CAPITOLO I

### LA NOZIONE CIVILISTICA E LA NOZIONE CONTABILE DI SOPRAVVENIENZA A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. La nozione civilistica di sopravvenienza. – 2. La nozione contabile di sopravvenienza. – 3. Un confronto tra le due nozioni in prospettiva interdisciplinare. – 4. I principi contabili internazionali quale punto di rilevanza ermeneutica. – 5. Lo IAS 10 quale elemento unificatore della nozione civilistica e della nozione contabile di sopravvenienza. – 6. Gli strumenti di indagine scientifica: la piramide concettuale. – 7. L'individuazione dell'oggetto di indagine scientifica. La formulazione di un'ipotesi di lavoro. – 8. Le sopravvenienze in fase funzionale dei contratti. – 9. Risultati attesi.

#### 1. La nozione civilistica di sopravvenienza.

Dal punto di vista eminentemente civilistico, le sopravvenienze sono fatti sopravvenuti che possono incidere sul regolamento di interessi cristallizzato in un contratto di durata, con specifico

riferimento alle due *species* dei contratti ad esecuzione continuata, vale a dire quei contratti di durata che comportano un unico atto di esecuzione ancorché protratto nel tempo e dei contratti ad esecuzione periodica, in cui la prestazione si ripete periodicamente. Ancora, le sopravvenienze incidono sul regolamento di interessi dei contratti ad esecuzione istantanea – che nella dogmatica classica si contrappongono ai contratti di durata – e precisamente nella *species* dei contratti ad esecuzione istantanea non immediata rispetto al momento di formazione dell'accordo (e quindi non contestuale rispetto alla conclusione del contratto) ma differita ad un momento successivo. Così definite, le sopravvenienze possono costituire, in virtù del principio di legalità, il presupposto logico-applicativo per la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione ovvero per eccessiva onerosità sopravvenuta. In virtù del principio di sussidiarietà orizzontale – che afferma la complementarità tra legge e volontà dei privati- possono costituire il presupposto per la rinegoziazione del contratto in base ad un espresso accordo tra privati cristallizzato programmaticamente in una clausola di rinegoziazione, i cui referenti primari si rinvencono nell'art. 1375 c.c. sull'esecuzione del contratto secondo buona fede, nelle consuetudini del commercio internazionale la cui fonte di cognizione è data dai Principi UNIDROIT (che prevedono appunto la clausola di rinegoziazione , c.d. *Hardship clause*) e nella dottrina tedesca della alterazione del fondamento negoziale, attenta al mantenimento, in fase esecutiva, dell'equilibrio contrattuale originario.

## 2.La nozione contabile di sopravvenienza.

Diversa è la nozione contabile di sopravvenienza. Con specifico riferimento alla disciplina delle società per azioni, si deve dare atto

che, in materia di bilancio, le sopravvenienze sono delle poste contabili che rilevano al passivo dello Stato patrimoniale tra i Fondi per rischi ed oneri, che costituiscono accantonamenti destinati a coprire perdite o debiti certi o probabili ma dei quali risulta ancora indeterminato l'ammontare o la data di sopravvenienza e rilevano nel Conto economico quali proventi ed oneri straordinari.

### 3. Un confronto tra le due nozioni in prospettiva interdisciplinare.

Sembra dunque crearsi un divario – attesa la non coincidenza - tra la nozione contabile e la nozione civilistica di sopravvenienza, così grave da costituire un apparente ostacolo all'impiego del concetto di sopravvenienza come unitario strumento di un'indagine scientifica interdisciplinare. Eppure, l'interdisciplinarietà sembra incoraggiata dai profili anche fiscali e fallimentari – peraltro fra loro integrati – che potrebbero contribuire all'elaborazione di una teoria generale delle sopravvenienze. Si veda esemplificativamente che l'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (decreto «crescita»), alla luce delle disposizioni introdotte in sede di conversione con la legge 7 agosto 2012, n. 134, reca importanti novità in tema di fiscalità della crisi d'impresa, per effetto, tra l'altro, della emanazione di norme concernenti l'esenzione proprio delle sopravvenienze attive originate dall'esdebitamento discendente dalla omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis* l.f. Ancora, l'Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 7/E del 28 febbraio 2011, si è soffermata sulle modifiche apportate all'art. 83 TUIR, a norma delle quali i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione prescritti dai Principi contabili internazionali IAS assumono automatica rilevanza fiscale anche se in contrasto con le disposizioni TUIR (che, come noto, presuppongono una rappresentazione giuridico-formale dei fatti



di gestione) evidenziando che detta norma sancisce, in generale, la preminenza ai fini fiscali del « principio della prevalenza della sostanza sulla forma» , cui sono ispirati proprio i Principi contabili internazionali.

4.I principi contabili internazionali quale punto di rilevanza ermeneutica.

Allora, se si vuole provare a condurre un'indagine scientifico-ricostruttiva unitaria dei profili civilistici, fallimentari, contabili e fiscali delle sopravvenienze, si deve individuare un concetto onnicomprensivo di sopravvenienza, che risulti idoneo ad essere predicato secondo una pluralità di profili tra loro integrati, di indubbia rilevanza scientifica , come recentemente confermato dal rinnovato interesse per l'argomento da parte della recentissima giurisprudenza di legittimità (Cass. SS. UU. 13 marzo 2013, sul tema classico dei rapporti tra sopravvenienze e cancellazione della società dal Registro Imprese). Così si giustifica il ricorso ai Principi contabili internazionali (IAS-IFRS), adottati per la prima volta ufficialmente dall'Unione europea con il Regolamento CE 1725/2003 ed il cui ambito di applicazione è stato in Italia delineato dal d. lgv. n. 38/2005.

5.Lo IAS 10 quale elemento unificatore della nozione civilistica e della nozione contabile di sopravvenienza.

In particolare il Principio contabile internazionale IAS 10 (Fatti intervenuti dopo la data di chiusura dell'esercizio di riferimento), conforme al Regolamento n. 2238/2004, modificato con Regolamenti n. 2236/2004, 1274/2008, 70/2009, sostituisce lo IAS 10 ( Fatti intervenuti dopo la data di riferimento del bilancio) e sembra

prendere in considerazione sia la nozione contabile di sopravvenienza sia alcuni profili civilistici dell'istituto.

Lo IAS 10 ha infatti la finalità di prescrivere quando l'ente societario dovrebbe rettificare il proprio bilancio a seguito di fatti intervenuti dopo la data di riferimento del bilancio medesimo e quando l'ente medesimo dovrebbe adempiere obblighi informativi in relazione ai fatti intervenuti dopo la data di riferimento del bilancio che non comportano rettifica delle poste di bilancio.

I fatti intervenuti dopo la data di riferimento del bilancio sono quei fatti, favorevoli e sfavorevoli, che si verificano tra la data di riferimento del bilancio e la data in cui viene pubblicato il bilancio ovvero in cui ne viene autorizzata la pubblicazione. Possono essere identificate due tipologie di fatti: quelli che forniscono evidenze circa le situazioni esistenti alla data di riferimento del bilancio (fatti successivi che comportano una rettifica) e quelli che sono indicativi di situazioni sorte dopo la data di riferimento del bilancio (fatti successivi che non comportano una rettifica).

Lo IAS 10 deve essere applicato nella contabilizzazione e nell'informativa di fatti intervenuti dopo la data di riferimento del bilancio. La rilevanza onnicomprensiva ed extracontabile del principio si apprezza soprattutto in relazione agli obblighi informativi imposti in caso di fatti sopravvenuti non comportanti rettifica: è qui che sembra riemergere una connotazione eminentemente civilistica del termine sopravvenienza. Qualora fatti successivi che non comportano rettifica siano rilevanti, la mancata informativa potrebbe influenzare le decisioni economiche che gli utilizzatori prendono sulla base del bilancio. Di conseguenza, per ogni significativa categoria di fatti successivi la data di riferimento del bilancio che non comportano rettifica ma che risultino di importanza tale che la loro omessa indicazione pregiudicherebbe la capacità degli utilizzatori del bilancio

di effettuare valutazioni e decisioni corrette, l'ente societario deve indicare la natura del fatto e una stima dei connessi effetti sul bilancio, o la dichiarazione che tale stima non può essere effettuata.

Possono costituire esempi di fatti successivi alla data di riferimento del bilancio non comportanti necessariamente rettifica ma solo informativa un'importante aggregazione aziendale dopo la data di riferimento del bilancio (l'IFRS 3 Aggregazioni aziendali e lo IAS 22 Aggregazioni di imprese richiedono in tali casi specifica evidenziazione) o il trasferimento di un'importante controllata.

Ebbene, questi esempi così significativi evidenziano l'influenza che sull'equilibrio contabile nonché sulla tutela dei terzi che interagiscono con la società hanno i fatti sopravvenuti anche se non comportanti rettifica. La dimensione informativa di questi fatti e l'adempimento dei relativi obblighi è senz'altro ascrivibile ad un comportamento della società conforme a buona fede ma rileva anche in riferimento alla tutela dei soggetti che con la società concludono contratti o che negoziano titoli emessi dalla medesima.

## 6. Gli strumenti di indagine scientifica: la piramide concettuale.

A questo punto, lo strumentario dell'indagine scientifica si arricchisce e sembra poter essere catalogato e ordinato attraverso la piramide concettuale della dottrina tedesca, ponendo al minor grado di astrazione l'equilibrio contabile, a quello intermedio l'equilibrio dell'impresa societaria e dei contratti di cui essa sia parte ovvero aventi ad oggetto titoli emessi dalla medesima, al massimo livello di astrazione l'equilibrio del mercato, nella misura in cui una mancanza di trasparenza dei fatti sopravvenuti dopo la data di riferimento del bilancio pone i terzi (e anche i soci) in una situazione di debolezza di rilevanza anche contrattuale.

Ora, individuati il concetto di sopravvenienza di cui allo IAS 10 e , attraverso una piramide concettuale, il concetto di equilibrio contabile – inteso anche come perfetta corrispondenza tra i fatti che riguardano l'impresa e la loro rappresentazione contabile, che costituisce l'essenza del principio di verità del bilancio d'esercizio – come strumenti di indagine scientifica, bisogna individuare l'oggetto di detta indagine.

7.L'individuazione dell'oggetto di indagine scientifica. La formulazione di un'ipotesi di lavoro.

In questa sede, la nozione civilistica e la nozione contabile di sopravvenienza vengono messe a confronto alla luce dei Principi contabili internazionali con riferimento alla disciplina della s.p.a. e, in particolare, nelle operazioni societarie straordinarie e nelle operazioni sul capitale sociale. D'altra parte, non si può dire che sia solo il concetto contabile di sopravvenienza ad essere predicabile in riferimento ad una s.p.a.. Infatti, eccezion fatta per le s.p.a. unipersonali, le s.p.a. si costituiscono per contratto e sicuramente la disciplina generale del contratto è suscettibile di applicazione diretta, seppur non nella sua interezza, al contratto di società.

Peraltro, la contrattualità del rapporto associativo consente di distinguere la fase genetica della società – il cui elemento fondamentale, nel caso di s.p.a., è costituito dall'acquisto della personalità giuridica – dalla fase funzionale, finalizzata al conseguimento dell'oggetto sociale. Rispetto al fenomeno associativo, si registra dunque la strumentalità della posizione del contratto alla operazione economica consistente nello svolgimento di un'attività organizzata, che abbina un momento negoziale accanto al momento organizzativo - con particolare evidenza nel contratto di società giusta

la cristallizzazione normativa, all'art. 2247 c.c., del principio di contrattualità del rapporto associativo qui posto -. In particolare, questo principio si abbina alla convinzione che il contratto non esaurisce i suoi effetti una volta che l'organizzazione sia creata. Nel fenomeno associativo, il contratto assume una posizione strumentale rispetto alla operazione economica cui le parti intendono dar vita e che pur sempre rimane l'esercizio in comune di una attività in vista di un fine comune, ma l'organizzazione finalizzata al perseguimento dello scopo comune non crea alcun ostacolo né logico né interpretativo all'applicazione delle norme sui contratti, le quali sono state già ritenute suscettibili di applicazione diretta ai contratti con comunione di scopo.

Anzi, la contrattualità del rapporto associativo induce a una svalutazione della fase genetica del contratto a beneficio di un'indagine scientifica concentrata sulla fase funzionale. L'esecuzione di un contratto di società di capitali, cioè la stessa vita della società, avviene attraverso lo svolgimento di un'attività prenegoziale e deliberativa, nonché attraverso la stipulazione di contratti tra soci (o terzi) e società conclusi in esecuzione di quell'attività deliberativa. Attesa la contrattualità del rapporto associativo, è possibile formulare una ipotesi di lavoro, abbinata all'intento scientifico di verificare se uno dei precipitati logici di questo aspetto della contrattualità sia la rilevanza della teorica civilistica delle sopravvenienze anche nei contratti associativi e, in particolare, nel contratto di società per azioni, terreno eletto di indagine scientifica.

8. Le sopravvenienze in fase funzionale dei contratti.

Se si deve guardare alla doppia prospettiva epistemologica della dogmatica civilistica classica incentrata su *procedimento e fattispecie*, si può affermare che la fase funzionale si sostanzia in operazioni economiche spesso complesse e sovente qualificabili giuridicamente come fattispecie a formazione progressiva, il cui mancato perfezionamento può comportare delle sopravvenienze. Ancora, le sopravvenienze possono verificarsi in caso di nullità sopravvenuta o inefficacia sopravvenuta di talune operazioni economiche poste in essere dalla società.

Alcuni esempi possono costituire il metro di misura del grado di problematicità di questo tipo di approccio scientifico.

In prima istanza, si ritiene di dover menzionare le operazioni sul capitale. Le operazioni sul capitale costituiscono fattispecie a formazione progressiva. In caso di aumento a pagamento del capitale sociale possono determinarsi delle inversioni del ciclo proposta contrattuale – accettazione, individuate nella dinamica delibera di aumento – negozio di sottoscrizione in cui, avuto riguardo all'effettività del diritto societario, è frequente l'avveramento di sopravvenienze. In certi casi, in particolare, l'assunzione dell'obbligo di sottoscrizione dell'aumento da parte del socio può anche logicamente precedere la decisione societaria di aumentare il capitale sociale, assumendo in questo caso il significato di una proposta del socio rispetto alla quale la delibera assembleare vale da accettazione idonea a completare la fattispecie negoziale. La giurisprudenza di legittimità (*ex multis*, Cassazione 14 aprile 2006 n. 8876) ha ritenuto meritevole di tutela l'interesse di assicurare a priori il buon esito dell'operazione di aumento nonostante il diritto di opzione nasca solo dopo l'approvazione della delibera di aumento, parlando di obbligo sottoposto a condizione sospensiva semplice concretantesi nell'approvazione della deliberazione di aumento del capitale entro il

termine stabilito ovvero complessa nel caso in cui sia dedotto in condizione anche il mancato esercizio del diritto di opzione da parte degli altri soci nel termine assegnato (per l'assunzione preventiva dell'obbligo di sottoscrivere il capitale sociale anche quanto alle azioni offerte agli altri soci, quindi in esercizio preventivo del diritto di prelazione).

La deliberazione di aumento del capitale esprime la volontà sociale di acquisire nuovo capitale di rischio, ma non implica che tale capitale sia effettivamente acquisito (neppure sotto forma di credito per la riscossione dei relativi versamenti) fin quando la deliberazione stessa abbia avuto effettiva esecuzione, ossia fino al momento in cui i soci titolari del diritto di opzione (o eventualmente i terzi, se il diritto di opzione non viene esercitato) abbiano sottoscritto l'aumento di capitale deliberato. Ciò è ancora più vero se riferito all'eventuale inscindibilità dell'aumento. Le sopravvenienze possono in particolare verificarsi nel caso in cui la preventiva manifestazione da parte del socio della preventiva volontà negoziale di sottoscrivere un aumento non ancora deliberato avvenga attraverso un esborso di somme di denaro, cui segua il mancato perfezionamento della relativa operazione sul capitale. Si pensi ai versamenti in conto futuro aumento di capitale. Sono versamenti eseguiti dai soci e collegati causalmente ad una operazione sul capitale non ancora deliberata e pongono problemi di costituzione di riserve c.d. targate in relazione ai versamenti non proporzionali, di riconoscimento della sussistenza di una condizione risolutiva della mancata assunzione della delibera entro una determinata data, di loro intaccamento in caso di perdite.

Diversamente, in materia di operazioni straordinarie, se da una parte la riforma del diritto societario introduce un'ipotesi di pubblicità sanante per cui l'invalidità dell'atto di fusione o scissione non può essere fatta valere dopo che sia avvenuta l'iscrizione nel Registro

imprese (artt. 2504 *quater* richiamato dall'art. 2506 *ter* c.c.), dall'altra i requisiti per le procedure di incorporazione di società interamente possedute ovvero possedute al novanta per cento possono sussistere anche solo al momento dell'atto di fusione, come confermato dalla prassi (Massima 22 elaborata dal Consiglio notarile di Milano, Massima L.A.4 del Comitato Triveneto dei Notai). Quindi, se il presupposto affinché operi la c.d. procedura semplificata della fusione *ex art. 2505 c.c.* - ossia la disapplicazione degli artt. 2501-*ter*, comma 1, numeri 3, 4 e 5, c.c. (indicazioni circa il rapporto di cambio delle azioni o quote, le modalità di assegnazione delle azioni o quote, nonché la data di godimento delle azioni o quote assegnate), 2501-*quinquies* c.c. (relazione illustrativa degli amministratori) e 2501-*sexies* c.c. (relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio) - consiste nel possesso di tutte le azioni o quote dell'incorporata da parte dell'incorporante deve necessariamente sussistere al momento del perfezionamento dell'atto di fusione, è pertanto legittima l'assunzione di una decisione di fusione, secondo tale procedura semplificata, anche qualora il presupposto del possesso totalitario non sussista al momento dell'approvazione del progetto di fusione, né al momento della decisione di fusione. L'attuazione della fusione è in tal caso subordinata ad un evento futuro (acquisizione del possesso totalitario) l'avveramento del quale deve essere accertato in sede di stipulazione dell'atto di fusione: in mancanza, l'atto di fusione non potrà essere stipulato e la decisione di fusione mediante approvazione del relativo progetto sarà qualificabile come inefficace, mentre per l'operazione di fusione si potrà probabilmente parlare di mancato completamento della fattispecie a formazione progressiva.

Dal punto di vista dogmatico, queste fattispecie possono essere alternativamente ricondotte dunque all'inefficacia sopravvenuta ovvero al mancato perfezionamento delle fattispecie a formazione



progressiva, ma è almeno astrattamente ipotizzabile anche l'invalidità sopravvenuta di delibere societarie quale possibile fonte di sopravvenienze civilistiche e/o contabili. Infatti, le delibere societarie sono manifestazioni formali della volontà dell'assemblea per le quali si distinguono nettamente il momento di validità e il momento di efficacia: una deliberazione è valida quando viene assunta e verbalizzata nelle forme previste dalla legge, mentre è efficace nei confronti dei terzi solo successivamente, con l'iscrizione nel Registro imprese, che funge da *condicio iuris* sospensiva retroattiva. E' dunque possibile che per *ius superveniens* una delibera originariamente valida diventi contraria a norme imperative di legge prima dell'iscrizione nel Registro imprese, ponendo così il problema se il Conservatore del Registro imprese sia tenuto a rifiutarne l'iscrizione ovvero se il Notaio - obbligato per legge a richiedere l'iscrizione delle delibere da lui verbalizzate - sia obbligato a non richiederne l'iscrizione ovvero se la nullità di quelle delibere possa essere fatta valere solo ed esclusivamente in sede giudiziale dai soggetti legittimati all'impugnazione delle delibere assembleari, con annesse questioni di gestione delle relative sopravvenienze.

#### 9. Risultati attesi.

Concludendo, in riferimento a tali fattispecie, rappresentate dalle operazioni sul capitale e dalle operazioni straordinarie, il presente progetto di ricerca si propone di analizzare come primo *step* le conseguenze contabili delle sopravvenienze, soprattutto se derivanti da esiti patologici di tali operazioni, quali la nullità sopravvenuta o l'inefficacia sopravvenuta ovvero dal loro mancato perfezionamento.

Lo IAS 10 costituisce uno strumento d'indagine scientifica funzionale alla costruzione, come già detto, di una piramide

concettuale scandita dai tre passaggi fondamentali sopra esposti e dati (partendo dal più basso livello di astrazione al più alto) da equilibrio contabile; equilibrio contrattuale ed equilibrio dell'impresa; equilibrio del mercato.

Il risultato sarà quello di un'analisi economica del diritto, più o meno compiuta, perché le sopravvenienze, anche quando non danno luogo a rettifiche di bilancio, e soprattutto l'informativa sulle stesse e sui loro profili contabili, civilistici, fiscali e fallimentari possono essere fonte di esternalità positive ovvero negative, cioè di effetti esterni positivi (in caso di libera e corretta informazione) ovvero negativi (in caso di disinformazione), esterni rispetto all'impresa che ha subito le sopravvenienze e aventi ricadute sulla stabilità del mercato e sulla libertà contrattuale dei soggetti che con questa impresa interagiscono.

## CAPITOLO II

### INTRODUZIONE E GENESI DEL PRINCIPIO DI EQUILIBRIO CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Il *prius* logico dell'elaborazione del principio di equilibrio : l'oggettivazione dello scambio tra codice civile e regole del mercato come tendenza plurivalente. – 2. (Segue) : presupposto giustificativo della restrizione all'efficacia del c.d. dogma della volontà. - 3. (Segue) : fonte attributiva di un ruolo di supplenza al principio di buona fede. - 4. (Segue) : misura della congruità dello scambio contrattuale. – 5. (Segue) : motore della prevalenza del requisito della causa sul requisito dell'accordo. – 6. (Segue) : strumento di tutela del contraente debole (cenno e rinvio). Il c.d. terzo contratto. - 7. L'equilibrio tra le prestazioni contrattuali come conseguenza logica dell'oggettivazione dello scambio. Spunti per una apertura all'equilibrio nei contratti associativi. – 8. Ipotesi di lavoro : l'equilibrio da predicato della causa dei contratti di scambio (equilibrio tra prestazioni) a principio generale (equilibrio contrattuale). - 9. Metodo di indagine scientifica : l'equilibrio contrattuale nel diritto privato delle fonti.

1. Il *prins* logico dell'elaborazione del principio di equilibrio : l'oggettivazione dello scambio tra codice civile e regole del mercato come tendenza plurivalente

L'oggettivazione dello scambio identifica, nell'ordinamento interno, una tendenza assai spiccata, apprezzabile già nel codice civile del 1942, prima ancora che sia possibile riscontrarla nell'elaborazione dogmatica e giurisprudenziale. Questa tendenza è stata in particolare ascritta fra le ragioni della mancata ricezione del negozio giuridico<sup>1</sup> quale massimo grado di astrazione concettuale : il legislatore del 1942 ha scelto categorie ordinanti di un grado di astrazione inferiore<sup>2</sup>, aderendo e promuovendo istanze giuridiche ed economiche di circolazione celere e sicura della ricchezza e della produzione<sup>3</sup>.

L'evoluzione in senso oggettivo delle concezioni del negozio giuridico e del contratto<sup>4</sup>, abbinata alla scientificità del *civil law* come sistemazione delle norme entro vaste categorie ordinanti, caratterizzate da un certo grado di astrazione concettuale<sup>5</sup>, ha portato all'emersione di una nuova e immanente categoria giuridica generale, fungibile quale criterio interpretativo di tutte le norme in materia di teoria generale del contratto, ovvero sia il principio dell'affidamento. Questo principio rappresenta la conseguenza logica del riconoscimento che la volontà non rileva nella sua dimensione

---

<sup>1</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 547.

<sup>2</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 2007, pp. 5 ss., 10 ss.

<sup>3</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 2007, p. 547, il quale riporta anche il tenore letterale della Relazione del guardasigilli al codice civile, n.11, a conferma di quanto affermato nel testo.

<sup>4</sup> Si deve a F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 735, questa definizione di oggettivazione dello scambio contrattuale, ovviamente riferita ad accordi traslativi di beni e servizi.

<sup>5</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 13.

psicologica, *in foro interno*, bensì assume rilievo nella sua evidenza esteriore<sup>6</sup>. Come si legge nell'articolo 2:102 dei *Principles of European Contract Law ( PECL )* redatti dalla *Commission on European Contract Law* <sup>7</sup>, “ la volontà di una parte di vincolarsi giuridicamente è quella che si ricava dalle dichiarazioni e dalla condotta di essa così come sono state ragionevolmente comprese dall'altra parte” .

Si afferma dunque la prevalenza della regola dell'autoresponsabilità , in funzione dell'affidamento<sup>8</sup>, cristallizzato nella clausola generale della buona fede e tutelato in base al criterio della ragionevolezza. Tutto questo fa' oggi dell'oggettivazione dello scambio contrattuale una tendenza plurivalente, a partire dalla sua definizione. È infatti possibile ricomprendere nella nozione di oggettivazione dello scambio – e più in generale dell'accordo – non solo l'evoluzione in senso oggettivo del negozio giuridico e del contratto, ma anche il criterio interpretativo e integrativo della volontà delle parti in fase precontrattuale , genetica e funzionale dell'accordo e il criterio interpretativo delle norme di teoria generale del contratto. Il diritto cambia incessantemente anche senza mutamenti legislativi. E, come è stato acutamente osservato, le clausole generali sono lo strumento dell'innovazione, in quanto costituiscono il veicolo e gli elementi legittimanti del mutamento degli indirizzi giurisprudenziali<sup>9</sup>. Ciò vale in primis per la applicazione giurisprudenziale del canone della buona fede.

---

<sup>6</sup> F. DI MARZIO, *La nullità del contratto* , cit., p. 735, parla della importanza del manifestato, del dichiarato e dell'oggettivamente verificabile.

<sup>77</sup> Vedi Capitolo I, § 9 .

<sup>8</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile* ,3, *Il contratto* , Milano, 2000, p. 24.

<sup>9</sup> F. GALGANO, *Le clausole generali fra diritto comune e diritto societario* , in G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario* , in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. LXI, Padova, 2011, p. 7.

È il contratto, strumento necessario per il commercio, categoria ordinante del nostro sistema <sup>10</sup>, è il terreno di elezione scientifica travolto da questa tendenza interpretativa plurivalente, a riprova di quello che è stato autorevolmente definito “ polimorfismo funzionale del contratto” <sup>11</sup>.

In particolare, la visione in senso oggettivo dell'accordo mostra numerosi punti di emersione. Numerosi e indiscutibilmente validi sono quelli individuati dalla dottrina tradizionale<sup>12</sup> e tendenti a far prevalere la dichiarazione sulla volontà quando la divergenza tra la prima e la seconda non sia riconoscibile al destinatario della dichiarazione. Così, è prevista nell'ordinamento interno la sostituzione della conoscibilità alla conoscenza negli artt. 1335 e 1341 c.c. Inoltre, vi sono indici di oggettività riconducibili alla disciplina dell'annullabilità del contratto.

È il caso della subordinazione dell'azione di annullamento per errore-vizio alla riconoscibilità del medesimo e l'attribuzione di rilevanza al requisito della riconoscibilità anche in caso di errore nella dichiarazione, con l'effetto di vincolare l'errante al contratto non voluto in caso di errore ostativo non riconoscibile (artt. 1431 e 1433 c.c.).

---

<sup>10</sup> Si legge in A. FRIGNANI – M. TORSSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. XII, Padova, 2010, pp. 3-4 che il contratto è la veste esterna che si dà a tutti i rapporti di carattere economico : è dalla individuazione degli elementi economici del rapporto che si vuole instaurare, dagli scopi che si prefiggono le parti, dai Paesi nei quali si vuole dare corso al rapporto contrattuale, che viene definito l'accordo nella sua evidenza esterna, oggettiva.

<sup>11</sup> G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore ed autonomia contrattuale*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 809.

<sup>12</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 568-569.

È altresì il caso della subordinazione dell'annullamento del contratto concluso dall'incapace naturale alla prova del pregiudizio per l'incapace e della mala fede dell'altro contraente (art. 428, comma 2, c.c.) e della salvezza dei diritti acquistati dai terzi di buona fede a titolo oneroso in forza del contratto annullato (art. 1445 c.c.). Ancora, l'autorevole impostazione cui si fa qui riferimento<sup>13</sup> enuncia, quale fattispecie applicativa dell'oggettivazione dello scambio contrattuale, l'art. 1415 c.c. che rende la simulazione inopponibile al terzo acquirente di buona fede.

Accanto a queste acclarate evidenze normative della compiutezza del processo di oggettivazione dello scambio contrattuale iniziato dal legislatore del 1942, se ne possono forse individuare delle altre, svolgendo una spregiudicata indagine sul piano del diritto positivo attualmente vigente, sulla scorta di una avviata riconcettualizzazione del diritto dei contratti<sup>14</sup> nella società dell'informazione. L'elaborazione concettuale ed il riconoscimento di una autonomia privata c.d. procedimentale<sup>15</sup>, identificata come la manifestazione di volontà delle parti circa la scelta di un procedimento di formazione dell'accordo diverso da quello previsto dal codice civile per un dato tipo contrattuale e presa in considerazione unitamente all'applicazione del formalismo convenzionale<sup>16</sup>, accentuano l'oggettivazione dello scambio. Attribuiscono infatti maggiore

---

<sup>13</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 2011, p. 568.

<sup>14</sup> F. ADDIS, *Diritto comunitario e riconcettualizzazione del diritto dei contratti : accordo e consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, pp. 869 ss., in particolare 869, 870, 879, 880. L'Autore individua gli attuatori della riconcettualizzazione nella giurisprudenza e nella dottrina, qualora offrano una nuova prospettiva di inquadramento e lettura di norme che, pur essendo già esistenti, non erano state fino a quel momento così interpretate.

<sup>15</sup> A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, p. 9.

<sup>16</sup> F. ADDIS, *Diritto comunitario e riconcettualizzazione del diritto dei contratti : accordo e consenso*, cit., p. 870.

rilevanza al c.d. consenso esterno<sup>17</sup> ossia alla congruenza formale degli atti che alla formazione dell'accordo concorrono. Nella dinamica procedimento/fattispecie, il baricentro si sposta, nella teoria generale del contratto, verso il procedimento<sup>18</sup>. Nella rinnovata prospettiva dell'oggettivazione dello scambio contrattuale, assume rilevanza, nella logica del procedimento, quale evidenza normativa della compiutezza del processo di oggettivazione iniziato dal legislatore del 1942 la c.d. «forma contenuto», ovvero sia la “ subordinazione della validità del

---

<sup>17</sup> Per la definizione della dicotomia consenso esterno – consenso interno, si veda S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, pp. 221 e 222 : secondo l'Autore, il consenso esterno è una formula di sintesi idonea a designare la congruenza formale degli atti prenegoziali che confluiscono nell'accordo e, più ingenerale, tutte le regole procedurali che conducono al perfezionamento del contratto, cristallizzate in norme che attribuiscono rilevanza al compimento di atti formali che l'ordinamento assume come segni esterni del raggiungimento dell'accordo; mentre il secondo attiene alle regole poste a salvaguardia della autonomia privata, intesa come consapevolezza e libertà di scelta del contraente, regole talvolta svincolate dal raggiungimento del consenso esterno. Nell'impianto del codice, secondo l'Autore, sarebbero soprattutto le norme sull'annullabilità per vizi della volontà a presidiare il consenso interno e ad attribuirgli rilevanza. Sembra proporre una diversa e ulteriore categoria di consenso interno F. ADDIS, *Diritto comunitario e « riconcettualizzazione » del diritto dei contratti : accordo e consenso*, cit., p. 880, dove si legge: Una lettura ideologica del diritto comunitario impone di acquisire tutte le regole che non possono essere portate direttamente sul piano della congruenza formale esteriore degli atti procedurali (*äußerer konsens*) nel raggiungimento dell'obiettivo della consapevolezza, ossia della più completa informazione, del consumatore. A tal fine, la riconcettualizzazione, destinata inevitabilmente a realizzarsi solo mediante un dialogo tra i giuristi europei, passa attraverso un'integrazione degli strumenti classici del consenso esterno e di quelli, più recenti e innovativi, tesi a valutare un consenso che, se volessimo definirlo utilizzando una terminologia di derivazione germanica, dovremmo indicare come «interno», purché si abbia cura di precisare che, mediante il richiamo di tale espressione, ci si allontana da quelli che erano gli oggetti di studio del consenso interno classico della dottrina tedesca, essenzialmente legati all'errore e alla divergenza tra volontà e dichiarazione, e si vuole invece sottolineare la natura «informata» e «consapevole» della manifestazione di volontà delle parti contraenti. Secondo G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà Obbligazioni Contratti*, Milano, 2007, p. 347, la disciplina del consenso interno mette in relazione il singolo contraente e la tecnica procedimentale dal medesimo eletta per giungere alla stipulazione di un contratto, fermo restando che sovente le prescrizioni formali sono volte a mettere a disposizione di un determinato soggetto quelle informazioni che rendono almeno astrattamente possibile scelte ponderate .

<sup>18</sup> S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033 ss.



contratto al rispetto di oneri formali sotto il profilo non solo della modalità di manifestazione dell'accordo, ma anche della determinazione del contenuto contrattuale e dell'inserimento in esso di specifiche informazioni che il legislatore comunitario ha ritenuto decisive per la protezione del consumatore”<sup>19</sup>.

In questo rinnovato contesto, rispetto a quello che ha ispirato il legislatore del 1942, è obbligatorio per il giurista interrogarsi sui *destini dell'oggettività*<sup>20</sup> nel diritto del mercato, in un'analisi spregiudicatamente condotta sul piano del diritto positivo inteso come diritto vivente. L'oggettività o de-psicologizzazione<sup>21</sup> delle manifestazioni di volontà contrattuale, esaltata dai Maestri del passato<sup>22</sup>, è pur presente nell'odierno diritto del mercato quale naturale contesto della contrattazione di massa<sup>23</sup>. Nel mercato quale concezione improntante di sé l'intera economia –tant'è che si parla di economia libera di mercato - il *destino dell'oggettività* sembra questo:

---

<sup>19</sup> F. ADDIS, *Diritto comunitario e riconcettualizzazione del diritto dei contratti: accordo e consenso*, cit., pp. 874.

<sup>20</sup> Il sintagma riproduce il titolo dell'opera di N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011. L'Autore, a pp. 93 ss., propone alcune riflessioni sulla *Teoria generale del negozio giuridico* di Emilio Betti e su come Betti intende il rapporto tra volontà e dichiarazione. Si legge in N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, cit., p. 93: il libro di Betti determina il trionfo dell'oggettività, della coerenza che lega i dichiaranti e li raccoglie nell'unità di un codice linguistico. Le controversie tra soggettivisti ed oggettivisti non erano battaglie a favore o contro la volontà (quasi che dai secondi si negasse la scelta volontarie, da cui nasce il negozio), ma a favore o contro la *stabilità* semantica: cioè, la costanza e (diremmo con Giacomo Devoto) la 'legalità' del linguaggio che attribuisce significato alle parole e ci rende l'uno all'altro intellegibili.

<sup>21</sup> Parla di de-psicologizzazione del negozio, consumata dal Betti in nome della serietà del dichiarante e della tutela dell'altrui fiducia N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, cit., p. 94.

<sup>22</sup> Il riferimento è ad Emilio Betti, su cui si rinvia alla nota precedente.

<sup>23</sup> Scrive N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, cit., p. 94, a proposito del mercato di massa: la volontà del singolo si riduce alla primitiva scelta tra il comprare e il non comprare (...); e lo stesso dichiarare si semplifica, si fa puro gesto, si risolve nella selezione fisica della merce o nell'impulso elettronico.

“ di svolgersi dalla socialità all’automatismo, di disperdere le ragioni della reciproca intellegibilità nella muta e solitaria scelta di merci”<sup>24</sup>.

Bisogna allora recuperare l’oggettività bettiana nel rapporto tra volontà e dichiarazione, intesa come coerenza che lega i dichiaranti e li raccoglie nell’unità di un codice linguistico<sup>25</sup>, idonea a suscitare fiducia nelle parole scambiate, permettendo, così di valutare la reciproca condotta, nel suo oggettivo significato e nell’intendimento che di questo significato ha avuto il destinatario<sup>26</sup>. Il recupero sta nel riconoscimento dell’oggettività come tendenza plurivalente, che non si riduce in una mera spersonalizzazione degli atti di scambio.

Sotto il profilo metodologico, questi assunti si devono tradurre, come già detto, in una spregiudicata indagine sul piano del diritto positivo<sup>27</sup>.

2.(Segue) : presupposto giustificativo della restrizione all’ efficacia del c.d. dogma della volontà

La tendenza alla “ oggettivazione” dello scambio “ riscontrata nelle norme del Codice civile del 1942 , avuto riguardo al rapporto tra volontà e dichiarazione, si traduce, come detto, in una prevalenza della seconda sulla prima. La prevalenza della dichiarazione sulla

---

<sup>24</sup> N. IRTI, *Destini dell’oggettività. Studi sul negozio giuridico*, cit., p. 94 e 95.

<sup>25</sup> N. IRTI, *Destini dell’oggettività. Studi sul negozio giuridico*, cit., p. 93.

<sup>26</sup> N. IRTI, *Destini dell’oggettività. Studi sul negozio giuridico*, cit., p. 94, il quale insiste sulla dimensione etica dell’oggettività nel pensiero bettiano, assunta a criterio di reciproca valutazione delle dichiarazioni delle parti contraenti.

<sup>27</sup> Questa esigenza scientifica deriva dal fatto che in questa sede si tiene conto dell’acuta critica di G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 113, il quale scrive, a proposito di oggettivazione dello scambio e congruità delle prestazioni : Da più parti si pone in luce un’evoluzione in tal senso ma non esistono dati certi e soddisfacenti per affidare ad un terzo il controllo di una oggettività non definibile e priva di invarianza nell’evoluzione tumultuosa della società attuale.

volontà tutela, senza dubbio, il legittimo affidamento del destinatario della dichiarazione che faccia ragionevole affidamento sulla sua serietà e sul suo significato obiettivamente percepibile. Si potrebbe dunque dire che il principio di autoresponsabilità – in funzione della tutela dell'affidamento<sup>28</sup> – assume un ruolo di tutela dell'integrità del consenso<sup>29</sup>. La disciplina dell'errore ostativo<sup>30</sup> potrebbe costituire una valida conferma normativa di questa affermazione. In realtà, secondo me, i profili oggettivi della dichiarazione di volontà negoziale, evidenti anche nella loro dimensione semantica, rendono residuale l'invocazione del principio di affidamento. È chiaro che la prevalenza della dichiarazione sulla volontà pone già di per sé l'interprete dal punto di vista del destinatario della dichiarazione anziché da quello del dichiarante : sarà la percezione oggettiva che il destinatario della dichiarazione avrà della medesima a costituire il punto di partenza per l'attività delle interpreti . Non rileverà solo la dimensione oggettiva della singola dichiarazione di volontà , ma anche il regolamento contrattuale dovrà essere preso in considerazione sotto questo profilo, sia quanto alla sua interpretazione che integrazione. Se la volontà

---

<sup>28</sup> Ritengo siano di estrema chiarezza le parole di F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato* , I, Milano, 2011, p. 116, a proposito del rapporto tra dichiarazione, affidamento e autoresponsabilità. L'Autore, dopo aver fornito una nozione generale di affidamento e dopo aver precisato che l'affidamento è collegato alla dichiarazione, chiarisce in che senso debba intendersi detta interazione : il principio di affidamento -non in generale ma nella sua definizione vigente quando l'affidamento è messo in rapporto alla dichiarazione – esprime la protezione che l'ordinamento predispone per i soggetti ai quali la dichiarazione si indirizza, tenuto conto che i soggetti ai quali la dichiarazione è indirizzata o che sono comunque interessati ad essa porranno in essere dei comportamenti, giuridicamente rilevanti, coerenti con la dichiarazione ricevuta. Ciò posto, il principio di autoresponsabilità identifica l'assoggettamento del dichiarante alle conseguenze del comportamento posto in essere dal destinatario della dichiarazione in virtù della dichiarazione medesima. Si veda anche R. SACCO, *La recezione della dichiarazione contrattuale*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, pp. 143-144.

<sup>29</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 24.

<sup>30</sup> Cfr. M. FRANZONI, Sub art. 1433 c.c. in F. GALGANO, F. PECENNINI, M. FRANZONI, D. MEMMO, R. CAVALLO BORGIA, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Commentario Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 309.

negoziale rileva anche semanticamente nella sua rappresentazione esteriore, che è la sola con cui si confrontano i destinatari della volontà medesima, non c'è bisogno di ricorrere all'affidamento del terzo, che potrebbe far recuperare un profilo soggettivo e interno del consenso negoziale. Basta la dichiarazione oggettivamente considerata anche nella sua evidenza semantica, che costituisce il *prius* logico della formazione del legittimo affidamento del terzo, il quale ultimo si forma *in foro interno*, ma presuppone sempre una evidenza oggettiva quale è la dichiarazione. La scelta positiva della riconoscibilità dell'errore essenziale ai fini dell'annullamento del contratto sembra esaltare proprio questo aspetto, se oltre alla dichiarazione verbale prendiamo in considerazione gli atti, anche omissivi, aventi rilevanza negoziale e prenegoziale e apprezzabili come *facta concludentia* o silenzio rilevanti per ritenere il contratto concluso<sup>31</sup>.

Tra i tradizionali caratteri di volontarietà dell'atto di scambio oggetto di superamento nella prassi della contrattazione commerciale internazionale vi è quello della c.d. completezza del contratto<sup>32</sup>. Nei principi UNIDROIT il sintagma è dalla dottrina<sup>33</sup> riferito all'articolo 2.1.14, rubricato "Contratto con clausole intenzionalmente lasciate in bianco" e teso ad identificare la circostanza di fatto le parti abbiano intenzionalmente lasciato la fissazione del contenuto di una determinata clausola a future negoziazioni o alla determinazione di un terzo. In diritto interno corrisponde ad alcune precise disposizioni

---

<sup>31</sup> È chiaro il riferimento agli artt. 1327 e 1333 c.c.

<sup>32</sup> Per una compiuta concettualizzazione della categoria del contratto incompleto, si veda: A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, *passim*; E. GABRIELLI, *Contratto e contratti. Scritti*, Torino, 2011, pp. 507 ss.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, *passim*. Per una ricostruzione della teoria economica del contratto incompleto: G. CLERICO, *Analisi economica del contratto*, Milano, 2008, pp. 114 ss., 261 ss.; A. NICITA, V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Bari, 2005, p. 200.

<sup>33</sup> E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, pp. 28-29.

normative<sup>34</sup> e, più in generale, ad una tendenza ad applicare estensivamente le previsioni sulle fonti di integrazione del contratto, aventi un ruolo di supplenza rispetto alla volontà delle parti, con la progressiva erosione dell'area dell'invalidità delle determinazioni volitiva indeterminate<sup>35</sup>.

In diritto privato europeo si assiste, così, al progressivo consolidamento del concetto di accordo sufficiente: se c'è accordo su tutti i punti, l'accordo è sufficiente e il regolamento contrattuale è eseguibile<sup>36</sup>. L'oggettivazione dello scambio fa' subito trasparire che è sufficiente solo un accordo completo, e anche questa affermazione può essere fatta sulla base del diritto positivo, che esalta la completezza dell'accordo sia direttamente, attraverso le norme sull'integrazione del contratto e sulla nullità parziale e inserzione automatica di clausole sostituite di diritto con norme imperative, sia indirettamente, attraverso il concetto della conformità tra proposta e accettazione.

È altrettanto vero che l'attuazione della volontà delle parti va interpretata ed eseguita mediante una funzionalizzazione delle risultanze oggettive di questa volontà alle finalità che le parti stesse si erano ripromesse, esaltando , in ultima istanza, la causa del contratto medesimo.

Sotto il profilo della causa, la restrizione all'efficacia del c.d. dogma della volontà indotto dall'oggettivazione dello scambio è funzionalizzata, come detto, alla tutela dell'affidamento, premessa embrionale della teorica del c.d. contratto giusto.

---

<sup>34</sup> E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 27, si riferisce precipuamente agli artt. 1346, 1349, 1467 c.c.

<sup>35</sup> Sul concetto di validità del contratto da completare, cfr. E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 88.

<sup>36</sup> C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo* , II, cit., p. 462.

Da questo punto di vista, "libertà contrattuale e giustizia del contratto sono i termini di un dilemma : se la libertà di contrarre e di determinare i contenuti del contratto debba essere difesa fino al punto di accettare che il contratto possa risultare ingiusto, ossia economicamente incongruo, con squilibrio fra le prestazioni corrispettive, o se in nome della giustizia del contratto si debbano, all'opposto, accettare limitazioni della libertà contrattuale"<sup>37</sup>.

3.(Segue) : fonte attributiva di un ruolo di supplenza al principio di buona fede

A proposito delle clausole generali di meritevolezza dell'interesse perseguito (art. 1322, comma 2°, c.c.), di equità contrattuale (art. 1374 c.c.), di buona fede oggettiva (nella formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto), bisogna mettere in relazione due differenti istanze: una visione meramente quantitativa della circolazione ricchezza, che emerge dal superamento del dogma della volontà nei termini precedentemente esposti, e una considerazione qualitativa della circolazione, permettono al giudice di verificare la congruità causale del contratto, la giustificazione economica dello scambio. Come è stato autorevolmente affermato, le clausole generali fanno sì che la visione quantitativa sia temperata attraverso una visione qualitativa degli atti di scambio<sup>38</sup>, senza che le

---

<sup>37</sup> F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2005, p. 509.

<sup>38</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 550. La più recente applicazione del principio del temperamento, mediante la buona fede, delle esigenze di celerità dei rapporti commerciali anche quanto al loro scioglimento, sembra

esigenze di celerità delle transazioni commerciali divengano un valore assoluto a scapito dell'equilibrio delle istanze contrapposte di cui sono portatori i soggetti di un accordo a prestazioni corrispettive.

Quindi, nel processo di oggettivazione dello scambio, la buona fede può avere un ruolo di supplenza rispetto alle determinazioni inique delle parti, anche se volute.

Le clausole generali, secondo la definizione che di esse ha dato la giurisprudenza, corrispondono infatti a norme elastiche, in quanto il loro contenuto non è rigidamente determinato dalla legge ma è rimesso alla discrezionalità del giudice, il quale, nel riempire di contenuto le clausole generali, enuncia principi di diritto<sup>39</sup>.

Tra le clausole generali, la meritevolezza ha un ruolo sempre più ampio nella definizione dei confini dell'autonomia privata (art. 2645 *ter* c.c.). Ciò non attribuisce meno importanza alla buona fede. Si svolgono su piani diversi.

Nell'applicazione della buona fede oggettiva, il giudice, in ogni singola valutazione, oltre a risolvere il caso sottoposto al suo giudizio, partecipa alla formazione ed alla progressiva definizione della determinazione volitiva delle parti<sup>40</sup>.

---

ravvisabile in Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, leggibile in testo integrale in *Il Caso.it*. Nella richiamata decisione, viene precisato che anche il diritto potestativo di risolvere di diritto il contratto attraverso la dichiarazione di volersi avvalere di una clausola risolutiva espressa è soggetto al rispetto del principio generale di buona fede e divieto di abuso del diritto. Così, ove al giudice risulti che la condotta del debitore, pur realizzando sotto il profilo materiale il fatto contemplato dalla clausola risolutiva espressa, sia conforme al principio della buona fede, ciò lo condurrà ad escludere la sussistenza dell'inadempimento e, quindi, dei presupposti per dichiarare la risoluzione del contratto.

<sup>39</sup> Cfr. F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1999, pp. 889 ss. e M. DE CRISTOFARO, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei «concetti giuridici indeterminati» e decisione immediata della causa di merito*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1912 e ss.

<sup>40</sup> M. DE CRISTOFARO, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei «concetti giuridici indeterminati» e decisione immediata della causa di merito*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1912.

Infatti, anche ragionando in termini prettamente economici e ricordando che il luogo fisico dello scambio è, almeno nelle ipotesi di scuola, il mercato concorrenziale, si può affermare che le fasi precontrattuale e contrattuale, in cui ciascuno dei soggetti che agisce nel mercato concorrenziale punterà a determinare un assetto di interessi patrimoniali a sé favorevole, rimangono sottoposte a quello che è stato chiamato “ vaglio di liceità tramite il giudizio di correttezza economica” <sup>41</sup>, che della buona fede costituisce una applicazione precipua.

Tanto è vero che la buona fede “ sul piano teleologico, ha natura strumentale rispetto alla realizzazione della *aequalitas* sotto il profilo patrimoniale” <sup>42</sup>, e permea di sé tutte le relazioni intersoggettive, non risolvendosi in un valore etico con dei contenuti la cui determinazione spetta al giudice <sup>43</sup>, ma risultando idonea ad evitare l’abuso dei diritti soggettivi <sup>44</sup>: in forma sintetica, si può dire che la buona fede costituisce “ valore ultimo capace di adeguare il *ius scriptum* al divenire della società” <sup>45</sup>.

Ora, trascurando la riduzione del diritto a legge e l’ abbinamento di questo assioma alla convinzione che nella legge sia stato trasfuso il

---

<sup>41</sup> F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* diretto da F. GALGANO, vol. LVII, Padova, 2010, p. 22.

<sup>42</sup> A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, Padova, 2009, p. 83. L’Autore svolge queste considerazioni sulla *bonne fois* nell’art. 1335 *Code civil* francese, specificando, a p. 1, che: Al *Code civil*, in quanto archetipo cui il vigente Codice civile si riconnette per il tramite del Codice civile del ’65, occorre far riferimento per meglio intendere i valori della codificazione del diritto privato.

<sup>43</sup> A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 83, il quale aggiunge: Filosoficamente, sotto il profilo ontologico, la *bona fides*, nella sua significazione più elevata, si risolve nel diritto naturale.

<sup>44</sup> A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 83. L’Autore specifica che Il *Code civil*, ...(), si incentra sul primato del *droit subjectif* e, tuttavia, l’esercizio di quest’ultimo necessita di un valore ordinante che lo moralizzi onde evitarne l’uso alternativo, l’*abus*. Tale valore è costituito dalla *bonne foi*.

<sup>45</sup> A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 83.



diritto di matrice illuministica <sup>46</sup>, la buona fede costituisce un principio di diritto naturale che apre la strada al c.d. contratto giusto. Questa concezione, lungi dal voler privare l'autonomia privata della sua individualità conformata, appunto, al libero agire dei singoli con il solo limite negativo delle norme imperative, si riferisce all'approntamento di rimedi allo squilibrio contrattuale, al punto da sembrare che la valutazione di congruità non rappresenti una attività -interpretativa, integrativa e correttiva - di carattere eccezionale, propria solo del diritto dei consumatori e di ipotesi di debolezza contrattuale di uno dei due contraenti naturalmente aperte a valutazioni di giustizia contrattuale<sup>47</sup>.

#### 4.(Segue) : misura della congruità dello scambio contrattuale

L'oggettivazione è misura della congruità dello scambio contrattuale. La congruità è il metro di misura della meritevolezza degli interessi perseguiti in quanto in grado di condizionare l'effettività del perseguimento dei medesimi <sup>48</sup>. Ora, ricordando che il giudizio di meritevolezza involge il tipo e non la causa <sup>49</sup>, si può da ciò affermare che l'oggettivazione, predicata rispetto alla congruità dello scambio contrattuale, è più compiuta ancora di quanto possa risultare dalla sola prevalenza del requisito della causa sul requisito

---

<sup>46</sup> A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 85.

<sup>47</sup> La non eccezionalità del controllo di congruità e la sua non circoscrivibilità al solo diritto dei consumatori è stata affermata da F. VOLPE, voce *Contratto giusto*, in *Digesto discipline privatistiche*, aggiornamento 2007, pp. 384-385.

<sup>48</sup> A. DE DONATO, *La meritevolezza dell'interesse e l'effettività della destinazione*, cit.,

<sup>49</sup> G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, p. 100; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 771.

dell'accordo che pure costituisce l'essenza stessa, la definizione di oggettivazione dello scambio <sup>50</sup>.

Questa compiutezza si apprezza in particolare in termini di “ governo giudiziario della discrezionalità contrattuale” <sup>51</sup>. Il riferimento è ad una attività correttiva e di supplenza del giudice, stigmatizzata con questa espressione sintetica e legittimata dalla giurisprudenza<sup>52</sup>, coincidente con l'impiego sempre più esteso delle clausole generali e non coincidente con il controllo di legalità in senso classico.

È stato autorevolmente affermato che per governo giudiziario della discrezionalità contrattuale debba intendersi innanzitutto l'obiettivo del riequilibrio dell'atto di autonomia contrattuale, affinché sia allo stesso tempo conforme a buona fede, a correttezza, ad equità, a ragionevolezza, a meritevolezza di tutela<sup>53</sup>.

*Aliunde* si legge che “ l'idea di elaborare un principio di proporzionalità delle prestazioni muove dalla constatazione che la clausola generale di buona fede non può assolvere a funzioni di controllo assai diverse tra loro” <sup>54</sup>. Tuttavia, non può escludersi una diversa funzionalizzazione delle dimensioni applicative della buona fede rispetto ad una composizione equa degli interessi delle parti

---

<sup>50</sup> Vedi Cap. I, § 5.

<sup>51</sup> Confronta sul punto M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 501 ss.

<sup>52</sup> Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 in *Giustizia civile*, 1994, I, p. 2159 ss., con nota di M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive*; in *Corriere giuridico*, 1994, p. 566 ss., con nota di V. CARBONE.

<sup>53</sup> F. GALGANO, *Le clausole generali fra diritto comune e diritto societario*, in G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. LXI, Padova, 2011, p. 1.

<sup>54</sup> G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 114.

cristallizzati nel regolamento contrattuale. E se il contratto giusto coincide con il contratto mutualmente vantaggioso integrante una situazione di ottimo paretiano, non esistono modifiche del regolamento contrattuale in grado di aumentare l'utilità attesa da ciascuna delle parti<sup>55</sup>.

Se queste constatazioni introducono il concetto di equilibrio contrattuale c.d. "oggettivo" (equilibrio economico), parimenti portano con sé il dischiudersi del concetto di equilibrio giuridico nelle sue numerose accezioni<sup>56</sup>, tutte collegate – almeno secondo me - ad una rilettura del principio di legalità<sup>57</sup>. Se l'equilibrio economico identifica l'equivalenza tra prestazioni nei contratti di scambio<sup>58</sup>, la sua applicazione può avvenire solo alla luce del principio di legalità inteso in termini assai più affini alla concezione che del medesimo ha la scienza penalistica.

In base a questa concezione del principio di legalità, l'equilibrio contrattuale in senso oggettivo deve ricevere applicazione non in termini indifferenziati – altrimenti si registrerebbe una illecita limitazione dell'autonomia contrattuale - ma solo quando è funzionalizzato alla tutela del contraente debole. In questo senso l'equilibrio tra prestazioni, contraddistinto da una caratterizzazione economica, assume rilevanza giuridica, tenendo conto del fatto che non sempre l'equilibrio giuridico richiede la perfetta equivalenza tra

---

<sup>55</sup> Si veda Cap. II, § 3.

<sup>56</sup> Si veda Cap. II, §§ 5, 5.1 e 5.2.

<sup>57</sup> Sembra muoversi in una prospettiva contraria G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 114, il quale scrive con inequagliata acutezza critica: La proporzionalità modificherebbe...(), in molti settori, il principio di legalità cui i comportamenti dei privati debbono uniformarsi e diverrebbe criterio interpretativo generale. Ho già notato come il tentativo meriti interesse ma credo ancora che l'evoluzione normativa e una valutazione attenta delle fonti indichino una diversa prospettiva.

<sup>58</sup> F. CAMILLETTI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p. 41.

le prestazioni corrispettive dedotte in contratto, ma talora diversamente si atteggia quale equilibrio linguistico ovvero equilibrio informativo<sup>59</sup>.

A questo punto, per recuperare la linea di pensiero qui adottata, si può affermare che la tendenza alla oggettivazione dello scambio costituisce l'eletta chiave di lettura della congruità abbinata al principio di equilibrio nelle sue diverse accezioni, al fine di agevolare la riconduzione del valore della congruità all'interno delle maglie dell'ordinamento<sup>60</sup>. Così, le esigenze di circolazione celere e sicura della ricchezza sono sublimite dalla esaltazione del requisito della causa, di cui la congruità costituisce un predicato.

5.(Segue) : motore della prevalenza del requisito della causa sul requisito dell'accordo

È questa, per me, la definizione di oggettivazione dello scambio contrattuale: motore della prevalenza del requisito della causa sul requisito dell'accordo.

Il concetto di causa consente di valutare la conformità di un accordo ai principi vigenti in un sistema ordinamentale, senza che il contratto possa ritenersi valido solo perché voluto<sup>61</sup> e ha ricevuto tale vigore nell'ordinamento giuridico interno e internazionale, da sospingere fino alle estreme conseguenze il processo di oggettivazione dello scambio inaugurato, rispetto alle norme previgenti, dal codice

---

<sup>59</sup> Cfr. Cap. II, §§ 5, 5.1 e 5.2.

<sup>60</sup> R. ROLLI, *Le attuali prospettive di « oggettivazione dello scambio »: verso la rilevanza della « congruità dello scambio contrattuale »?*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 612.

<sup>61</sup> R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 334.

civile del 1942<sup>62</sup>. Rispetto alla centralità della causa, la compiutezza del processo di oggettivazione si apprezza particolarmente in una pluralità di fattispecie, tutte segnalate dalla autorevole dottrina cui qui si fa riferimento<sup>63</sup>: l'irrelevanza dell'incapacità naturale ai fini dell'annullamento del contratto ove non sia possibile dar prova del grave pregiudizio per l'incapace naturale (art. 428, comma 2, c.c.); “le norme sulla rescissione del contratto, insensibili al fatto che si sia contrattato in stato di pericolo o in stato di bisogno: sensibili solo alla sproporzione enorme fra le prestazioni, ossia ad un vizio della causa del contratto”<sup>64</sup>; la rettificazione del contratto viziato da errore; la riconduzione ad equità del contratto rescindibile o risolubile per eccessiva onerosità; l'annullabilità del contratto per dolo del terzo, strettamente collegata al fatto che uno dei contraenti ne abbia tratto vantaggio; la disciplina del dolo incidente, che attribuisce il diritto al risarcimento del danno per riequilibrare la posizione contrattuale della parte che avrebbe concluso l'accordo a condizioni diverse.

A questo punto, svolgendo il medesimo esercizio logico condotto per gli indici di oggettivazione dello scambio autorevolmente individuati in dottrina<sup>65</sup>, si tenta , anche in questa sede, di

---

<sup>62</sup> Queste considerazioni si devono a R. ROLLI, *Le attuali prospettive di « oggettivazione dello scambio »: verso la rilevanza della « congruità dello scambio contrattuale »?*, cit., p. 613, che nella stessa sede ricorda le parole di » F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 923, il quale per primo ha colto la tendenza dell'ordinamento alla oggettivazione dello scambio : quando negli anni settanta, sulla base di una certa giurisprudenza, che aveva dichiarato, in alcune prime sentenze la nullità del contratto per mancanza di causa, parlai di oggettivazione dello scambio contrattuale, non potevo prevedere quali dimensioni questo fenomeno avrebbe raggiunto.

<sup>63</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 2011, p. 569.

<sup>64</sup> Mi piace qui riportare il tenore testuale delle parole di F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 2011, p. 569.

<sup>65</sup> Vedi § 1.

stigmatizzare indici di prevalenza del requisito della causa sul requisito dell'accordo, ulteriori rispetto a quelli appena riportati e già autorevolmente individuati.

In particolare, l'assunzione della causa quale punto di rilevanza ermeneutica sembra emergere dalla elaborazione concettuale e giurisprudenziale che sottende alla causa in concreto: in tanto essa ha significato nel regolamento contrattuale in quanto sia visualizzabile nella sua evidenza oggettiva. Anche l'essenzialità in concreto dei motivi - in quanto dedotti in condizione ovvero in quanto illeciti e comuni ad entrambe le parti - costituisce un passaggio intermedio del processo di oggettivazione dello scambio. La loro rilevanza nell'accordo è evidenziata persino dalle tecniche di redazione del regolamento contrattuale adottate: la dimensione oggettiva dei motivi si apprezza innanzitutto dal loro inserimento nelle premesse<sup>66</sup>.

Quanto agli effetti giuridici delle premesse, trascurando il caso in cui le premesse contengano dichiarazioni di volontà e l'assunzione di obblighi non più ripetuti nel regolamento contrattuale vero e proprio, articolato in clausole<sup>67</sup>, si distinguono innanzitutto le premesse intese a orientare la interpretazione del contenuto normativo del contratto<sup>68</sup>, per ciò stesso idonee all'adozione di un risultato ermeneutico incentrato su posizioni di equilibrio tra le parti contraenti.

Una seconda categoria riguarda " le dichiarazioni la cui funzione è di descrivere il contesto nel quale l'operazione economica si svolge,

---

<sup>66</sup> M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 2007, p. 181, il quale specifica, a proposito del testo o dispositivo dell'atto notarile: Da un punto di vista sistematico, può convenientemente distinguersi in narrativa e dispositivo vero e proprio; la prima, ...(), può riguardare le premesse, le enunciazioni e gli antifatti;....().

<sup>67</sup> Questa categoria di premesse è pure enunciata da A. FRIGNANI – M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, cit., p. 116.

<sup>68</sup> A. FRIGNANI – M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, cit., p. 116.

potendo rilevare sotto il profilo della successiva alterazione dell'equilibrio contrattuale”<sup>69</sup>, attraverso una cristallizzazione della c.d. clausola *rebus sic stantibus* che nel commercio internazionale rileva in particolare nell'*Hardship clause*<sup>70</sup>, attributiva del diritto di chiedere una rinegoziazione del contratto.

Talora vengono altresì dedotte in premessa le dichiarazioni descrittive della cui verità una delle parti del contratto (quella che riferisce il fatto ovvero l'autore dell'atto narrato) si fa garante. Queste dichiarazioni rilevano come presupposti di fatto rispetto ai quali valutare eventuali vizi del consenso ovvero come presupposti per valutare la legittimità dell'affidamento incolpevole di una parte ovvero ancora per individuare profili risarcitori a favore della parte le cui libere determinazioni contrattuali siano stati, seppur minimamente, frustrate<sup>71</sup>, risultando ancora una volta decisivi, ai fini dell'equilibrio contrattuale i motivi dedotti in premessa .

La prevalenza della causa sull'accordo e la valutazione di quella in termini oggettivi involge non solo la rilevanza dei motivi nel regolamento contrattuale, ma conforma anche il concetto dogmatico di tipo contrattuale. Nel commercio internazionale, si può parlare di una ridefinizione del concetto di tipicità che fa leva sulla prassi, alla cui formazione hanno, in maniera decisiva, contribuito tre fattori: il ricorso alla figura del contratto misto; i modelli di contratto di enti, associazioni, imprese; la constatazione che non tutte le figure contrattuali hanno l'omologo nei due Paesi cui appartengono i

---

<sup>69</sup> Così A. FRIGNANI – M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, cit., p. 116, secondo i quali: rientrano in questo gruppo le premesse enunciatrici dei presupposti (che potranno rilevare qualora una parte intenda invocare una successiva *frustration* dello scopo contrattuale) e quelle con le quali le parti danno conto dell'esistenza di un collegamento contrattuale.

<sup>70</sup> Questo argomento verrà affrontato al Capitolo V, § 6.

<sup>71</sup> Può essere il caso del dolo incidente.

contraenti<sup>72</sup>. La conseguenza che ne è derivata è ascrivibile ad una sempre maggiore attribuzione di importanza al concetto di tipicità sociale, rispetto alla quale la prassi ha prodotto modelli contrattuali qualificabili alla stregua di prodotti culturali nel senso prima chiarito<sup>73</sup>.

Anche nel diritto interno, la categoria dogmatica del tipo è stata oggetto in una prova di resistenza<sup>74</sup>. A proposito della costante emersione di normativa speciale di settore, spesso di fonte comunitaria, è stato osservato che talora il legislatore predispone la norma di protezione avendo in mente un determinato fenomeno economico piuttosto che la disciplina di un singolo tipo contrattuale: la norma di protezione è dunque previsione generale e astratta elaborata rispetto alla cosiddetta operazione economica e non al tipo (...), condizionando il lavoro dell'interprete, chiamato a una ricostruzione sistematica dell'interazione tra disciplina tipica e nuove forme di tipizzazione<sup>75</sup>, a cominciare dalla tipizzazione della operazione economica medesima<sup>76</sup>. Si tratta di ipotesi che diversamente sarebbe stato possibile qualificare giuridicamente solo

---

<sup>72</sup> Cfr. A. FRIGNANI – M. TORSSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, cit., pp. 113-115.

<sup>73</sup> Si veda § 2.

<sup>74</sup> Scrive G. GITTI, *La tenuta del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2008, p. 495: La rottura dell'unità soggettiva del contratto, a favore di una pluralità di statuti soggettivi propri di diverse categorie di contraenti, e la propensione della recente disciplina di protezione ad operare al di sopra della — e , si aggiunge, in via prioritaria e a prescindere dalla — qualificazione tipologica del singolo contratto induce dunque a riflettere sulla tenuta del tipo contrattuale e sulla funzione , apparentemente residuale , cui proprio il proliferare delle discipline di *status* e delle norme di settore sembra averlo relegato.

<sup>75</sup> G. GITTI, *La tenuta del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità* , cit., pp. 496 e 497.

<sup>76</sup> La teorica della tipizzazione dell'operazione economica si deve a E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica in Rivista di diritto civile*, I, 2003, pp. 93 ss.



ricorrendo alla categoria del collegamento negoziale volontario atipico, che pure esalta la centralità della causa del contratto.

Più in generale, in tutte le fattispecie esemplificativamente prospettate e nella ridefinizione delle categorie dogmatiche di tipo contrattuale e motivi del contratto, la funzione economico-sociale dello scambio, in quanto percepibile ben più oggettivamente delle volontà individuali la cui composizione ha dato luogo all'accordo contrattuale, garantisce maggiormente, seppur in maniera indiretta, la tutela dell'affidamento<sup>77</sup> cui il sistema ordinamentale si ispira e viene per ciò stesso esaltata nelle scelte legislative in cui la teoria generale del contratto e la sua interpretazione sono sintetizzati.

Ora, l'accentuazione dell'elemento causale del contratto apre la strada alla possibilità di controllo giudiziale sulla funzione economica dello scambio<sup>78</sup>, controllo non più relegabile soltanto ad eventuali evidenze di mancanza di causa ovvero di illiceità della medesima, ma idoneo a salvaguardare e un'esigenza meramente quantitativa di circolazione della ricchezza – emergente da un ridimensionamento del dogma della volontà – e una altrettanto cogente esigenza di considerazione qualitativa della circolazione della ricchezza<sup>79</sup>.

Saranno queste le istanze che prevarranno in caso di unificazione del diritto privato europeo? E' più agevole ritenere che non mancheranno gli elementi di complicazione. Ad esempio, è già possibile constatare come nei Principi UNIDROIT, la cui rilevanza sarà chiarita nelle pagine che seguono, la causa non è menzionata tra gli elementi essenziali del contratto<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Si veda § 2.

<sup>78</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 570.

<sup>79</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 2011, p. 570.

<sup>80</sup> Ritene giustamente E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 57, che nel diritto europeo dei contratti (Principi Lando, Codice Gandolfi, DCFR, Proposta di Regolamento europeo della vendita) e nei Principi UNIDROIT non è prevista la causa quale elemento essenziale del contratto e che tuttavia dalla lettura

6.(Segue) : strumento di tutela del contraente debole e del socio di minoranza (cenno e rinvio). Il c.d. terzo contratto.

La prevalenza del requisito della causa su quello dell'accordo , indotta dall'oggettivazione dello scambio, e l'adozione del principio di legalità in una accezione analoga a quella penalistica <sup>81</sup> consentono di porre alla ribalta il principio di equilibrio se ed in quanto occorra tutelare il contraente debole, sì da limitare il meno possibile l'autonomia privata.

Queste affermazioni si radicano nella profonda convinzione che talora la lesione degli interessi di cui è portatore il contraente debole e il socio di minoranza derivino da un abuso di autonomia privata <sup>82</sup>. E tale funzionalizzazione del principio di equilibrio non costituisce parimenti una limitazione della portata del principio medesimo, quanto piuttosto una sua applicazione indifferenziata nella misura in cui al giudice è consentito il sindacato sulla congruità del contratto.

E' nota già la c.d." attitudine del diritto contrattuale comunitario di tutela del consumatore, il c.d. *acquis communautaire* , che ha raggiunto un grado elevato di densità normativa, a fungere in particolare da modello in grado di innestarsi sul tronco classico della

---

di questi testi non sfugge l'implicito riferimento al profilo funzionale dell'atto. E' infatti vero che nell'ordinamento interno è prevista la nullità del contratto per mancanza di causa, ma è altrettanto vero che comunque, a prescindere da una disposizione normativa, un contratto senza causa è deficitario sia dal punto di vista strutturale che funzionale.

<sup>81</sup> Cfr. § 4.

<sup>82</sup> M.P. MARTINES, *Teoria e prassi dell'abuso del diritto* , Padova, 2006, pp. 61 ss.

disciplina del contratto conosciuta dai codici nazionali”<sup>83</sup>. Questa è la strada che *de iure condendo* si attende per la teoria generale dell’equilibrio contrattuale di cui qui si intendono tracciare i confini.

Una pietra miliare di questo percorso è data sicuramente dall’elaborazione della categoria del c.d. terzo contratto.

Questo sintagma ricomprende in sé i rapporti commerciali tra professionisti in cui l’uno si trovi – in fase genetica ovvero funzionale - in una situazione di dipendenza economica nei confronti dell’altro<sup>84</sup>. Mentre la numerazione ordinale cui si ricorre non è collegata ad una classificazione basata su criteri di importanza o su un ordine gerarchico, come è stato osservato<sup>85</sup>, ma richiama, nella logica della fattispecie, i precedenti istituti già oggetto di attenzione da parte dei giuristi, ovverosia i contratti dei consumatori e i contratti isolati tra soggetti che agiscono al di fuori della loro attività professionale.

Riecheggiano i contributi che nei primi anni ’70 furono dati da giuristi, filosofi e filosofi del diritto a proposito del c.d. “ uso alternativo del diritto” , contributi accomunati, secondo l’interpretazione che è stata data su quella produzione scientifica<sup>86</sup>, dal convincimento che il giudice abbia una funzione politica consistente nel supplire al legislatore quando questi, con previsioni generali e astratte, non abbia potuto fornire specifica tutela a posizioni subalterne. In chiave più moderna, anche le stesse parti contrattuali,

---

<sup>83</sup> C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO , *L’idea*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, *Fonti Persone Famiglia*, Milano, 2007, p. 16.

<sup>84</sup> Questa nozione è riportata da R. FRANCO, *Il terzo contratto : da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, cit., p. 36. L’Autore descrive l’evoluzione che la categoria giuridica *de qua* ha avuto quanto alla elaborazione della sua definizione. A p. 35 specifica infatti che : la nozione di terzo contratto ha, fin dal momento in cui è stata coniata, ricevuto ampie rimediazioni volte a delinearne i confini e le coordinate sistematiche.

<sup>85</sup> R. FRANCO, *Il terzo contratto : da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, cit., p. 35.

<sup>86</sup> Queste riflessioni sono di A. PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, cit., p. 10.

alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale<sup>87</sup>, possono perequare situazioni di squilibrio al pari di come potrebbe fare il giudice o il legislatore, come peraltro già previsto in alcune previsioni codicistiche quali la riconduzione ad equità del contratto rescindibile (art. 1450 c.c.) o risolubile (art. 1467, c. 3, c.c.).

Ora, il rischio di abuso del potere giudiziario può essere evitato solo attraverso la assunzione del principio di proporzionalità quale fonte di integrazione del contratto<sup>88</sup> cui attribuire, in via prioritaria, un preciso fondamento legislativo. Questo fondamento legislativo è presente, secondo una autorevole impostazione, nella Costituzione, agli artt. 36, 38, 42 e 53, nonché nel codice civile<sup>89</sup>. Il riferimento non è solo agli istituti della rescissione per lesione, della risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità e della riduzione della penale manifestamente eccessiva, ma comporta il riconoscimento di un principio di proporzionalità immanente nel sistema ordinamentale codicistico. “ Nel nostro sistema vige un principio di proporzionalità, norma imperativa, la quale fa parte di un ordine pubblico economico, costituisce un interesse primario dell’ordinamento e, pertanto, assolve ad una funzione di controllo sugli atti di autonomia”<sup>90</sup>. Dunque, il

---

<sup>87</sup> Il riconoscimento e la definizione scientifica del principio di sussidiarietà nel diritto privato si deve a M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014 e II, Torino, 2015. Per un approfondimento dei profili più generali del predetto principio si segnalano i seguenti contributi del volume I: R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, pp. 3 ss.; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, pp. 575 ss.; L. ROSSI CARLEO, *La tipizzazione dei contratti tra modelli normativi e autoregolazione*, pp. 585 ss.; F. RICCI, *Potere normativo dei privati, clausole generali e disciplina dei contratti*, pp.593; G. FURGIUELE, *Il nuovo riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, 613 ss.

<sup>88</sup> C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 60 ss.

<sup>89</sup> P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, pp. 447 ss.

<sup>90</sup> P. PERLINGIERI, *Equilibrio normative e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 451.

principio di proporzionalità, avendo rilevanza costituzionale, si applicherebbe in via generale alla materie delle obbligazioni e dei contratti, volendo contribuire concretamente all'eliminazione degli squilibri tra contraenti e di situazioni di c.d. debolezza contrattuale<sup>91</sup>, mediante il c.d. governo giudiziario della discrezionalità contrattuale<sup>92</sup>.

Ed è il contraente debole che si qualifica quale elemento aggregante dei contratti asimmetrici<sup>93</sup> di cui il terzo contratto potrebbe essere una *species*, ove si ammetta che il contratto asimmetrico costituisca una categoria declinabile come unitaria<sup>94</sup>.

Si tratta ora di chiarire quali devono essere i limiti dell'intervento correttivo del giudice. In questo lavoro, detti limiti verranno tracciati sul terreno del contratto di società, avuto riguardo all'attività negoziale e prenegoziale dell'ente (dimensione esterna) e alla sua attività deliberativa (dimensione endosocietaria), la quale scandisce i rapporti tra i soci e la società e rappresenta dunque un possibile punto di emersione di debolezza contrattuale nella fase funzionale, cioè esecutiva, del contratto di società stesso.

---

<sup>91</sup> Quanto riportato è desunto da C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 62, dalla sentenza Corte Costit., 15 maggio 1990, n. 241.

<sup>92</sup> M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2005, pp. 501 ss.

<sup>93</sup> V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 2009, pp. 267 – 282; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, pt. 1, pp. 515 – 541; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Rivista di diritto privato*, 2007, pp. 669 – 700; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, pp. 549 – 591; R. FRANCO, *Il terzo contratto : da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, pp. 43 ss.

<sup>94</sup> Sugli indici selettivi della figura del terzo contratto ed il confronto con il contratto asimmetrico, si veda R. FRANCO, *Il terzo contratto : da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, cit., p. 70.

Questa analisi verrà condotta in base alla convinzione che il principio di proporzionalità costituisce solo una delle applicazioni di un più generale principio di equilibrio contrattuale, la cui più completa elaborazione concettuale sta nella teoria generale dell'abuso di autonomia privata. Le altre applicazioni del principio di equilibrio saranno di volta in volta individuate attraverso la funzionalizzazione dell'equilibrio alla tutela del contraente debole e del socio di minoranza.

7.L'equilibrio tra le prestazioni contrattuali come conseguenza logica dell'oggettivazione dello scambio . Spunti per una apertura all'equilibrio nei contratti associativi .

Si è già detto<sup>95</sup> che l'oggettivazione è la misura della congruità dello scambio contrattuale, identificando la congruità con l'equilibrio tra prestazioni e assumendola a principio suscettibile di una applicazione più ampia e indifferenziata se si adotta il concetto di equilibrio contrattuale anziché quello di equilibrio tra prestazioni, come si chiarirà meglio più avanti<sup>96</sup>. Ecco che se si valuta la congruità come estrema evoluzione del processo di oggettivazione dello scambio<sup>97</sup>, il principio di equilibrio costituisce, di questo processo, l'ultima fase logica e cronologica. Rappresenta in particolare una conseguenza logica dell'oggettivazione dello scambio in quanto derivante dalla sintesi delle plurivalenze che nell'evoluzione del

---

<sup>95</sup> Cfr. Capitolo I, § 4.

<sup>96</sup> Vedi Capitolo I, § 8.

<sup>97</sup> R. ROLLI, *Le attuali prospettive di oggettivazione dello scambio: verso la rilevanza della congruità dello scambio contrattuale?*, cit., p. 613.

diritto positivo e della sua interpretazione ha assunto l'oggettivazione dello scambio.

La dimensione oggettiva dell'equilibrio non riguarda la distinzione tra equilibrio giuridico ed equilibrio economico – pure talora rispettivamente predicati come equilibrio soggettivo ed equilibrio oggettivo<sup>98</sup> - ma descrive, in tutti i casi in cui il concetto assume rilevanza nelle sue diverse accezioni, gli indici oggettivamente ricostruibili di effettività e compiutezza del consenso<sup>99</sup>.

Il presente studio costituisce una esercitazione scientifica, avente quale oggetto la sovraesposta convinzione e quale oggetto una spregiudicata indagine in ciò che regge, in diritto positivo, il contratto di società quale terreno eletto per la speculazione scientifica<sup>100</sup>. Onde, ai fini di questo scritto, la dimensione oggettivata dell'equilibrio in senso soggettivo (equilibrio giuridico) e dell'equilibrio in senso oggettivo (equilibrio economico) rileva se ed in quanto equilibrio normativo<sup>101</sup>.

Tutto ciò premesso, rimane il fatto che l'equilibrio nei contratti associativi, su cui verte il presente studio, è un argomento estraneo alla dogmatica classica ed alla giurisprudenza, le quali hanno iniziato ad occuparsi dell'equilibrio contrattuale solo in termini di equilibrio tra prestazioni, portando avanti e talora finanche esaurendo le più approfondite analisi scientifiche sull'argomento nell'ambito dei contratti di scambio.

Questa impostazione scientifica risente di una assai radicata base concettuale che fin dal principio ha ricostruito i contratti associativi sullo scopo comune, emergente dalla disciplina positiva

---

<sup>98</sup> Cfr. Capitolo II, §§ 3 e 5.2.

<sup>99</sup> R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, cit., pp. 973 ss.

<sup>100</sup> Si veda in particolare Capitolo III.

<sup>101</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normative e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., pp. 49 ss.

dell'istituto. Lo scopo comune ha funzionato come fattore che ha impedito di mettere a confronto le prestazioni di più parti in una categoria di accordi caratterizzati dalla assenza di corrispettività e sinallagmaticità, fino al punto di confondere, talora, corrispettività e bilateralità. Addirittura, in base a una autorevole risalente impostazione<sup>102</sup>, precedente alla teorica della oggettivazione dello scambio contrattuale cui qui si aderisce e da questa superata, si diceva che nei contratti di scambio fosse così forte il rapporto tra prestazioni da rendere non necessaria l'oggettivazione delle ragioni del suo svolgersi. Peraltro, l'oggettivazione era ritenuta dalla stessa impostazione non possibile, in quanto il rapporto tra prestazioni, in funzione della loro natura, sarebbe esaustivo ai fini della identificazione dello scambio medesimo. Personalmente, questa mi sembra la affermazione del requisito dell'accordo su quello della causa, contrariamente a quanto finora detto.

Ancor meno la oggettivazione sarebbe possibile e necessaria nei contratti associativi, dove si ricorre al concetto di scopo comune per spiegare l'irrelevanza qualitativa e quantitativa delle prestazioni, anche ove considerate l'una in confronto con l'altra<sup>103</sup>, sbarrando così la strada a qualsivoglia prospettazione di un principio di equilibrio sia tra prestazioni che non si trovano in rapporto di sinallagmaticità o corrispettività, ma anche tra singole prestazioni e scopo perseguito.

---

<sup>102</sup> P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1965, pp. 7 ss, 25 ss.

<sup>103</sup> Scrive P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 7 nt. 13, che è allo scopo comune che si fa capo per spiegare la possibilità di più parti, l'irrelevanza qualitativa e quantitativa delle prestazioni, in definitiva, cioè, tutte le particolarità del fenomeno di cui dunque lo scopo comune appare veramente il nucleo. Ciò posto, sembrerebbe superfluo qualunque sforzo di elaborazione scientifica ulteriore per ricostruire la dogmatica dei contratti associativi e, dunque, sarebbe superfluo anche valutare l'accordo associativo in una dimensione oggettiva, ove possibile.



8. Ipotesi di lavoro : l'equilibrio da predicato della causa dei contratti di scambio (equilibrio tra prestazioni) a principio generale (equilibrio contrattuale)

Il presente studio muove dalla convinzione che l'equilibrio contrattuale, predicato da dottrina e giurisprudenza più risalenti in riferimento alla sola causa dei contratti di scambio, possa forse oggi essere preso in considerazione come principio ordinamentale generale.

Il fondamento dogmatico dell'abbinamento scambio – equilibrio contrattuale e della corrispondente esclusione del principio di equilibrio dalla teoria generale dei contratti associativi<sup>104</sup> risiedeva nella qualificazione dello scambio come accordo in cui la prestazione di ciascuna parte è a vantaggio della controparte<sup>105</sup> e nella speculare qualificazione dei contratti associativi<sup>106</sup> come accordi nei quali la prestazione di ognuno è diretta al perseguimento dello scopo comune<sup>107</sup>.

D'altra parte, la certezza dei sacrifici delle parti nei soli contratti di scambio di tipo commutativo<sup>108</sup> ed il particolare atteggiarsi di sinallagmaticità e corrispettività nei contratti di scambio di tipo aleatorio<sup>109</sup> ha tradizionalmente consentito la valutabilità dell'equilibrio solo nelle fattispecie del primo tipo, in riferimento alle

---

<sup>104</sup> Cfr. Capitolo II, § 7.

<sup>105</sup> Cfr. Capitolo II, § 7.

<sup>106</sup> Cfr. Capitolo II, § 8.

<sup>107</sup> Queste nozioni sono riportate in A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1997, p. 471.

<sup>108</sup> Cfr. Capitolo II, §§ 9 e 10.

<sup>109</sup> Cfr. Capitolo II, §§ 9.

quali è stato elaborato il valore della congruità dello scambio <sup>110</sup> e l'ideale del c.d. terzo contratto <sup>111</sup>.

Queste considerazioni sembrerebbero escludere a priori l'abbinamento scientifico contratto di società – equilibrio contrattuale, mentre in questo scritto il contratto di società, quale *species* di contratto associativo, costituisce il terreno eletto di indagine scientifica <sup>112</sup>.

La congruità – ovverosia l'equilibrio – delle prestazioni di un contratto di scambio di tipo commutativo è sempre stata peraltro vista come un valore solo eventuale della negoziazione. Se ci si riferiva all'equilibrio contrattuale in senso economico, la sua necessarietà rispetto alle prestazioni corrispettive era limitata ai casi in cui lo squilibrio derivava dall'approfittamento dello stato di bisogno ovvero di pericolo di una parte a danno dell'altra, quale presupposto di un vizio genetico parziale della causa.

D'altra parte, l'evidenza empirica della congruità dello scambio attribuiva tradizionalmente rilevanza in negativo anche all'equilibrio tra prestazioni in senso giuridico e limitatamente alle fattispecie nelle quali lo squilibrio risultasse ricollegato ad un vizio funzionale della causa (quale presupposto di risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive non aleatorio) ovvero se derivante dalla violazione di una norma imperativa abbinata dalla legge a nullità virtuale o ad annullabilità testuale da vizio del consenso. Ove quindi l'equilibrio delle prestazioni sembrava essere un diritto delle parti contrattuali negli atti di esercizio della privata autonomia, al più si poteva parlare

---

<sup>110</sup> Cfr. Capitolo I, § 4.

<sup>111</sup> Cfr. R. FRANCO, *Il terzo contratto : da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Cedam, Padova, 2010, *passim*, in particolare pp. 70-82. Si rinvia a quanto già detto nel presente Capitolo, § 6.

<sup>112</sup> Vedi Capitolo III.

di diritto eteroindividuato <sup>113</sup>, nel senso di diritto soggettivo per la cui individuazione occorre la relativa fattispecie acquisitiva, di guisa che in riferimento a talune fattispecie acquisitive un dato diritto soggettivo può essere ritenuto sussistente ma non rispetto ad altre.

In altre ipotesi, il principio di equilibrio poteva valere al più come criterio di qualificazione della fattispecie <sup>114</sup>, come confermato dalle applicazioni giurisprudenziali della teorica del negozio *mixtum cum donatione*.

Attualmente, alla luce delle incisive tendenze dottrinali verso l'oggettivazione dello scambio contrattuale qui descritte, il principio di equilibrio – quale precipitato logico mediato dell'oggettivazione dello scambio contrattuale - sta dunque ricevendo applicazioni inedite, idonee ad attribuirgli la dignità di principio generale <sup>115</sup>, non più limitato alla coincidenza con la sola nozione di equilibrio tra prestazioni nei contratti commutativi di scambio.

Così, l'equilibrio giuridico assume rilevanza anche come equilibrio linguistico, nell'ambito della traduzione di modelli contrattuali redatti in una pluralità di lingue, eletti a regolamentazione

---

<sup>113</sup> Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2000, pp. 57 e 59. L'Autore propone, con rilevanza processuale, una lucida distinzione tra diritti *eteroindividuati* e diritti *autoindividuati*: sono qualificati come *autoindividuati* i diritti soggettivi rispetto ai quali non è elemento identificatore la relativa fattispecie costitutiva, nel senso che per l'individuazione del diritto non c'è bisogno di stabilire in quale fattispecie il medesimo sia sorto.

<sup>114</sup> Si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p.472 s., sulla causa come criterio di qualificazione del contratto. In questa sede si ritiene l'equilibrio un predicato, seppur non necessario, della causa, idoneo in quanto tale e al pari dello stesso concetto di causa a costituire criterio di qualificazione della fattispecie.

<sup>115</sup> Sia nei contratti di scambio che in quelli associativi, la sussunzione del principio di equilibrio contrattuale nell'alveo dei principi generali del diritto civile discenderebbe dalla applicazione della buona fede contrattuale operata dalla giurisprudenza di cui si dà atto in F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, pp. 570, 581 ss.

di scambi tra imprese appartenenti a Stati e ordinamenti giuridici diversi <sup>116</sup>.

Ancora, la qualificazione della fattispecie in diritto privato europeo sembra funzionalmente orientata alla tutela del contraente debole, alla cui protezione rivolge in primis l'obiettivo legislativo mediato dell'equilibrio informativo<sup>117</sup>.

Si registra infatti una moltiplicazione dei casi in cui la congruità rileva nei singoli casi in cui essa è prevista, al punto da potersi affermare che non si tratti più di episodi, ma di una tendenza che va progressivamente affermandosi <sup>118</sup>.

### 1. Metodo di indagine scientifica : l'equilibrio contrattuale nel diritto privato delle fonti.

Nella società dell'informazione il contratto, “ categoria ordinante del diritto civile” <sup>119</sup>, è divenuto “ da strumento principe strumento unico per la realizzazione dell'attività economica” <sup>120</sup>. Gli scambi hanno spesso la veste giuridica di contratti transnazionali, anche attraverso la cd. “ morte della distanza” <sup>121</sup>, che sulla base di un

---

<sup>116</sup> G. BENEDETTI, *Edizione postdefinitiva dell' 11 maggio 2010. L'elogio dell'interpretazione traduce nell'orizzonte del diritto europeo*, in P. SANDULLI, M. FAIOLI (a cura di), *Attività transnazionali. Sapere giuridico e scienze della traduzione*, Quaderni Levi Sandri, 1, Roma, 2011, pp. 27-54, in particolare p. 51. Per una visione più ampia dei rapporti tra contratto, lingua del regolamento contrattuale e lingua della legge applicabile ad esso, si veda D. MEMMO, *Dichiarazione linguistica e comunicazione contrattuale*, Padova, 1990, *passim*.

<sup>117</sup> Vedi Capitolo II, § 5.1.

<sup>118</sup> R. ROLLI, *Le attuali prospettive di « oggettivazione dello scambio »: verso la rilevanza della « congruità dello scambio contrattuale »?*, cit., p. 613.

<sup>119</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 5 ss. e ID., *Il contratto*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 720 ss.

<sup>120</sup> G. ALPA, *New economy e diritto nell'era della rivoluzione digitale*, in A. PALAZZO e U. RUFFOLO (a cura di), *La tutela del navigatore in Internet*, Milano, 2002, p. 6, ed in *Postfazione* a RICCIUTO e ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Trattato*, diretto da Galgano, vol. XXVII, Padova, 2002, p. 349.

<sup>121</sup> L'espressione riprende il titolo di un'opera di CRAINCROSS, *The death of Distance: How the communication revolution will change our lives*, New York,

sistema di comunicazione su scala mondiale in *tempo reale*, permette lo scambio di dichiarazioni – anche a contenuto negoziale – tra persone di tutto il mondo in tempi brevissimi, quasi immediati.

Queste considerazioni provano che “ il contratto è la figura giuridica intorno alla quale si incentra, nell’odierna economia globale, la formazione di un diritto transnazionale” <sup>122</sup>, in quanto porta con sé il sigillo del “ crescente allargamento dei mercati oltre il confine degli Stati e fuori dell’ambito di applicazione del loro diritto” <sup>123</sup>.

A questo punto si palesa la prospettiva metodologica che si predilige per l’analisi scientifica qui condotta.

E’, in particolare, il caso di abbandonare la impostazione nella quale si sarebbe esaurita l’indagine della dottrina tradizionale, concentrata sulla natura giuridica della fattispecie. Allora si deve effettuare un passaggio logico ulteriore, concentrandosi sulle fonti del diritto dei contratti idonee a regolamentare sia l’atto sia il rapporto. Così, costituiranno terreni eletti per l’indagine scientifica norme di diritto interno contenute nel codice civile ovvero in atti aventi forza di legge (<sup>124</sup>) e, ancora, il diritto privato europeo nell’accezione cd. “

---

1997. In ogni caso, si tenga presente che la morte della distanza, indubbiamente molto accelerata da *internet*, è tipica anche di tutti gli altri mezzi di comunicazione rapida , quali telefono, fax e telex. Rispetto alle reti telematiche essa è dovuta a ciò: *internet* si presenta come virtuale, non comporta, cioè, alcun movimento fisico di cose, ma soltanto di impulsi elettronici, di natura immateriale. In proposito si parla, infatti, di spazio cibernetico o *cyberspazio*, termine coniato da William Gibson nel romanzo *Neuromante* per riferirsi allo spazio virtuale all’interno del quale avvengono gli interscambi tra tutti gli utenti di *internet*.

<sup>122</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 2007, p. 19, e ID., *Il contratto*, in *Contratto e impresa*, cit., p. 733.

<sup>123</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 2007, p. 19, e ID., *Il contratto*, in *Contratto e impresa*, cit., p. 733.

<sup>124</sup> Secondo G. ALPA, *Il diritto privato europeo : significato e confini del sintagma*, in G. ALPA e G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, p. 4, si tratta della accezione cd. debole attraverso cui può essere descritto il significato del sintagma diritto privato europeo, con la quale si designano regole (cioè enunciazioni scritte, prassi, modelli giurisprudenziali, principi) che nei Paesi appartenenti all’Europa intesa come nozione geografica sono denominate, o considerate, come regole appartenenti al ‘diritto privato’ del singolo Paese

forte”<sup>125</sup>) tra quelle elaborate per spiegare il significato di questo sintagma, ricomprendente norme contenute nei trattati o emanate dalle competenti Istituzioni Ue e suscettibili di applicazione diretta ovvero mediata nei confronti dei cittadini degli Stati Membri.

Inoltre, rispetto agli scambi che presentano elementi di internazionalità, può ricevere applicazione una pluralità di leggi appartenenti ad ordinamenti differenti e dal contenuto eventualmente configgente.

Così, potranno costituire valido criterio per l’individuazione della disciplina applicabile non solo le norme di diritto internazionale privato, ma, alternativamente, la scelta operata dalle parti in sede di conclusione dell’accordo, indirizzabile validamente anche nei confronti della legge di uno Stato terzo rispetto a quelli delle parti contraenti, secondo la tendenza al cd. *shopping* endoeuropeo del diritto<sup>126</sup>. In questo contesto, lo stesso contratto assurge al ruolo di fonte del diritto, nella misura in cui le parti inseriscono in esso il regolamento degli interessi che concretamente intendono porre in essere, compresa la scelta della legge applicabile al procedimento di formazione dell’atto e all’attuazione del rapporto<sup>127</sup>.

Con specifico riferimento ai contratti commerciali, l’internazionalità degli scambi ha addirittura indotto la nascita della *Nuova lex mercatoria*, identificata come “ ... un diritto internazionale

---

considerato. In questo contesto il riferimento è *in primis* ai principi generali fissati dalle norme in tema di rescissione.

<sup>125</sup>) Nel testo, l’accezione cd. forte viene usata in senso onnicomprensivo per spiegare il sintagma «diritto privato europeo». Si rimanda, tuttavia, ad G. ALPA, *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in G. ALPA e G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, cit., pp. 5-7, il quale riassume, tra le più accreditate, ben cinque diverse accezioni cd. «forti» in cui «l’aggettivo ‘europeo’ è collegato con l’azione delle Comunità dapprima e dell’Unione europea di poi».

<sup>126</sup> F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 521.

<sup>127</sup> N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, p. 1345.

a formazione spontanea cui anche la nostra Cassazione riconosce il carattere di ordinamento giuridico originario e di cui è stata fatta da *Unidroit* una organica compilazione che va sotto il nome di ‘Principi dei contratti commerciali internazionali’<sup>128</sup>, in quanto, pur costituendo principi di diritto internazionale a formazione spontanea e pur mutando continuamente in simbiosi con il continuo evolversi del mercato, queste regole non sono affatto insensibili ad istanze di codificazione”. Esse rappresentano “ un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, tutti i rapporti commerciali che si instaurano entro l’unità economica dei mercati”<sup>129</sup>.

I principi di *Nuova lex mercatoria* si sostanziano, a differenza del diritto interno, in norme sprovviste del carattere della territorialità<sup>130</sup>. Mentre la *lex mercatoria* è diritto della classe dei mercanti, applicabile ai rapporti fra imprese, la *Nuova lex mercatoria*, invece, quale insieme di regole internazionalmente uniformi, ha chiaramente un ambito di applicazione ben più vasto. I fattori che l’hanno prodotta sono da rintracciare, secondo l’ autorevole dottrina cui si fa qui riferimento<sup>131</sup>, nella diffusione internazionale delle pratiche

---

<sup>128</sup> F. GALGANO, *Prefazione* a V. RICCIUTO E N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., p. XIV. L’a. fa riferimento a Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285, e richiama, peraltro, l’art. 834, comma 2°, c.p.c., che, nel regolare il diritto applicabile al merito nell’ arbitrato internazionale, ha imposto agli arbitri di tenere conto, quale che sia la legge applicabile, degli usi del commercio.

<sup>129</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, vol. I, p. 89.

<sup>130</sup> La aterritorialità distingue nettamente le norme della *lex mercatoria* dalla norma giuridica statale. Questa presenta, infatti, quanto ad efficacia, efficienza ed effettività, un indissolubile vincolo di luogo con gli organi legislativi dello Stato da cui è emanata e con il territorio statale nel quale vige.

contrattuali, negli usi internazionali e nella giurisprudenza delle camere arbitrali.

I principi di Nuova *lex mercatoria* disciplinano in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, tutti i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati, Nell'ambito dei rapporti internazionalprivatistici ciò si traduce in una spiccata tendenza ad armonizzare le regole giuridiche in materia contrattuale.

Con il progressivo diffondersi del concetto di *contrat sans loi étatique*, di tanto in tanto progressivamente confuso con il concetto di *contrat sans loi*<sup>132</sup>, le condivise esigenze di uniformità internazionale delle norme in tema di contratto sono sempre più sentite

L'applicazione del metodo delle fonti di regolamentazione, rispetto ad un terreno di indagine scientifica quale quello eletto, sembra, dunque, una scelta obbligata, anche considerando che la Nuova *lex mercatoria* conosce istituti quali l'*hardship* e la *gross disparity* nei quali l'equilibrio contrattuale ha effettivamente portata generale.

Questa scelta metodologica viene fatta in ogni caso in base alla acquisita consapevolezza che “ il diritto ha una genesi plurale, riconducibile non ad atti di posizione ma a processi di positivizzazione che coinvolgono necessariamente giudizi di valore e impongono approcci epistemologici non riduzionistici e tra loro complementari”<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Come è ben noto, il riferimento è al pensiero di F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 919 ss.

<sup>132</sup> Queste acute critiche emergono dal pensiero di G.B. FERRI, *Il Code Européen des Contrats*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2002, p. 27 ss.

<sup>133</sup> A. PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2009, p. 10. L'Autore, nell'analizzare la diade positività e positivizzazione a proposito del positivismo formalistico, parla di revisione del concetto di positività del diritto, irriducibile a quello di validità ed eccedente la



E senza dubbio i processi di positivizzazione in atto si svolgono nell'obiettivo dell'uniformità sovranazionale e della non frammentazione normativa, come testimoniato dai già richiamati *Principles of European Contract Law* ( *PECL* ) redatti dalla *Commission on European Contract Law* , definiti come “ opera in fieri ...() volta a codificare una serie di regole generali del diritto dei contratti dei Paesi dell'Europa comunitaria (da applicare tra contraenti che ad essi si appellino o che non abbiano scelto alcun sistema di regole per la definizione del rapporto contrattuale tra loro intercorrente)” <sup>134</sup>. Pari dignità hanno il *Draft Common Frame of Reference* (la cui prima versione è stata pubblicata nel 2008) <sup>135</sup> e i *Principi acquis* di diritto comunitario dei contratti (2009)<sup>136</sup>: si tratta di un testi predisposto da una Commissione di carattere accademico, come la Commissione che ha dato vita ai Principi *UNIDROIT* .

---

statuizione normativa da parte di un' *autoritas* formalmente autorizzata. In questa cornice va letto l'interesse sempre crescente per le tematiche della giustificazione e dell'interpretazione e l'attenzione per le modalità plurali di produzione del diritto: ai fini di una corretta intellesione della 'vigenza', si tende a conferire un peso maggiore all'attività di riconoscimento svolta dalle autorità e dai consociati – secondo gradazioni che vanno dall'attestazione di validità al consenso -, dalla scienza giuridica, al di là della mera ricognizione e classificazione dogmatica dei contenuti del sistema ma anche al di qua della progettazione di un diritto possibile *de jure condendo* , e soprattutto, dalla giurisprudenza con le sue specifiche procedure argomentative .

<sup>134</sup> E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 30.

<sup>135</sup> Cfr. G. ALPA – G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Acquis Communautaire*, in *Riv. Dir. civ.*, 2008, p. 141.

<sup>136</sup> R. SCHULZE , *I principi acquis. Situazione attuale e prospettive future della ricerca*, in G. DE CRISTOFARO (a cura), *I 'Principi' del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, 2009, p. 15.

### CAPITOLO III

EQUILIBRIO GIURIDICO ED EQUILIBRIO ECONOMICO  
COME CRITERI DI QUALIFICAZIONE DELLA CAUSA IN  
CONCRETO DEL CONTRATTO: LA RILEVANZA DELLE  
SOPRAVVENIENZE SULL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1 La qualificazione delle fattispecie contrattuali in diritto privato europeo sotto il profilo della causa. - 1.2 Interessi sostantivi del legislatore rispetto alla fattispecie concreta e qualificazione funzionalmente orientata alla tutela del contraente debole (consumatore, risparmiatore, assicurato, socio di minoranza, imprenditore «debole»): il contratto ad efficacia eliminabile; l'equità correttiva (cenni). – 2. La causa in concreto del contratto. – 2.1 Nozione. - 2.2 Criteri per una sua qualificazione funzionalmente orientata alla tutela del contraente debole : equilibrio economico ed equilibrio giuridico. – 3. Equilibrio contrattuale c.d. “ oggettivo” (equilibrio economico). – 4. L'equilibrio economico nella dottrina tedesca della alterazione del fondamento negoziale. – 5. Equilibrio giuridico. - 5.1 Equilibrio informativo. – 5.2 Equilibrio contrattuale c.d. “ soggettivo” . – 6. Equilibrio giuridico ed equilibrio economico in relazione alla dicotomia causale contratti di scambio – contratti associativi. Riconduzione del principio di equilibrio ai soli contratti di scambio e suo fondamento dogmatico: la congruità dello scambio contrattuale ed il suo rapporto con la sinallagmaticità e la corrispettività dello scambio. – 7. Ipotesi di lavoro : rilevanza dell'equilibrio giuridico e dell'equilibrio economico come criteri per la qualificazione della causa in concreto dei contratti.

## 1.Premessa

1.1La qualificazione delle fattispecie contrattuali in diritto privato europeo sotto il profilo della causa

La qualificazione del contratto è l'attività logica di sussunzione e riconduzione della fattispecie concreta al tipo legale<sup>137</sup>. Il suo ruolo rispetto all'attività di interpretazione e integrazione è di difficile inquadramento, soprattutto quanto allo stabilire l'ordine cronologico in cui devono essere svolte l'interpretazione e la qualificazione della fattispecie quali *prius* logico dell'integrazione, tant'è che si è parlato di “ dinamica biunivoca e non unidirezionale”<sup>138</sup> tra le due attività ovvero di unica “ operazione circolare”<sup>139</sup>, sempre tenendo conto dell'esortazione bettiana, che qui si tenta di accogliere, di riflettere tenendo a mente l'idea delle norme sull'interpretazione come norme sulla configurazione della fattispecie<sup>140</sup>.

L'oggetto dell'attività di qualificazione è il contratto nella logica della fattispecie, ovverosia nella prospettiva del contratto già formato e, in particolare, l'intero regolamento contrattuale o sue singole clausole<sup>141</sup>, quale sviluppo della logica del c.d. consenso interno. Questo è il consenso attinente alle regole poste a salvaguardia della

---

<sup>137</sup> Cfr. V. ROPPO, *Qualificazione del contratto, contratto innominato e nuovi tipi contrattuali* in M. BESSONE (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 2000, p. 14, che parla di operazione logica attraverso la quale l'interprete – di fronte ad un singolo, concreto contratto – individua a quale tipo esso appartiene. Per un approccio critico, si può porre il problema se il riferimento sia alla riconduzione al tipo legale ovvero anche ad un tipo giurisprudenziale ovvero sociale: sulle diverse configurazioni del tipo si veda E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale* in *Studi sui contratti*, Torino, 2000, pp. 706 ss. e in *Enciclopedia giur. Treccani*, 2000, § 3.1. Un ulteriore elemento di complicazione dell'attività di qualificazione può essere dato dalla registrata tendenza alla tipizzazione delle prestazioni anziché dei modelli contrattuali, quale dato riscontrato da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, p. 100.

<sup>138</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 478.

<sup>139</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 434.

<sup>140</sup> ..le norme sull'interpretazione ... contribuiscono a configurare le ipotesi di fatto ... scrive E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 144; e v. anche V. MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, in *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948, p. 95.

<sup>141</sup> R. SACCO, *La qualificazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2002, p. 582.

consapevolezza e della libertà di scelta del contraente<sup>142</sup>, cui dare rilevanza anche ai fini della produzione degli effetti cristallizzati nell'accordo. L'obiettivo dell'attività di qualificazione è quello dell'individuazione della disciplina applicabile<sup>143</sup>.

E' vero che una indagine sull'equilibrio contrattuale richiede una qualificazione della fattispecie sotto il profilo della causa<sup>144</sup>, in quanto attraverso la funzione economico-sociale svolta dal contratto si può fare una valutazione sulla congruità dell'accordo ovvero si può ritenere irrilevante o rilevante solo a determinati effetti un eventuale squilibrio tra prestazioni o uno squilibrio informativo. Pertanto, la premessa del discorso in atto deve essere costituita dalla definizione di cosa debba intendersi per qualificazione delle fattispecie contrattuali in diritto privato europeo sotto il profilo della causa<sup>145</sup>. Tuttavia, l'attività ermeneutica impone l'adozione di direttrici assai precise, ovverosia diversamente orientate a seconda del diverso modo di atteggiarsi della causa rispetto al tipo. Si è sostenuto che “ il ricorso alla tecnica della tipizzazione presuppone noto l'elemento dotato di

---

<sup>142</sup> S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, pp. 221 e 222.

<sup>143</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II,1, Padova, 2004, pp. 508-509 esalta il profilo teleologico dell'attività di qualificazione e, in particolare l'intento dell'interprete di individuare la disciplina applicabile al caso concreto, descrivendo la qualificazione come l'operazione mirante ad identificare l'astratto tipo contrattuale cui sussumere il concreto contratto, in vista dell'assoggettamento del secondo alla disciplina particolare del primo. Questo stesso profilo viene colto dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. in particolare Cassaz. 10 febbraio 2003, n. 1928, in *CD-ROM Foro it.*.

<sup>144</sup> Non è revocabile in dubbio lo stretto nesso tra causa e attività di qualificazione. Si riportano in proposito le parole di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 71-72: Il problema della causa sorge dall'esigenza di inquadrare la struttura del negozio nella sua portata di attività produttiva di effetti; sorge cioè come momento di passaggio necessario, al fine di una sua «qualificabilità» da parte dell'ordinamento giuridico, ...().

<sup>145</sup> Sulla ricostruzione storica della causa come requisito volto, insieme all'oggetto del contratto, alla conservazione della autonomia della persona umana a partire dal *Code civil*, si veda A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, Padova, 2009, pp. 61 ss.

virtù individuativa del tipo”<sup>146</sup>. Questa affermazione ha costituito il punto di partenza per la conduzione di una analisi critica sulla stessa possibilità di configurare un dato qualificante generale<sup>147</sup> e costituisce, in questa sede, il motore dell’attualizzazione della autorevole impostazione<sup>148</sup> che individuava quell’elemento nella causa.

L’importanza dell’elemento causale sembra confermata dalla osservazione per cui “ la considerazione, per un verso, di un contratto da parte del legislatore e l’ulteriore circostanza che tale contratto sia eventualmente disciplinato dalla legge non risolvono tutti i problemi di qualificazione”<sup>149</sup>. E questo è vero sia perché la disciplina legislativamente sancita per un dato tipo contrattuale è di certo inidonea alla risoluzione di tutti i possibili conflitti che potrebbero in concreto sorgere tra le parti, sia perché un contratto tipico può atteggiarsi come subcontratto ovvero essere considerato un sottotipo contrattuale di un tipo più ampio, con tutte le complessità derivanti dall’individuazione del tipo più generale, indispensabile ai fini dell’individuazione della disciplina applicabile<sup>150</sup>.

Queste considerazioni sull’indispensabilità e non sufficienza dell’indagine sul tipo, ai fini della costruzione di una teoria generale dell’equilibrio contrattuale, aprono la strada all’indagine sulla causa svolta attraverso profili inediti : la causa in concreto quale criterio

---

<sup>146</sup> G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 59.

<sup>147</sup> G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 59.

<sup>148</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1960, pp. 185-186. Si tenga conto del fatto che per E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, II, Milano, 1990, pp. 810-811, l’attività di qualificazione sembra venire logicamente e cronologicamente dopo quella di interpretazione.

<sup>149</sup> A. BARENGHI, *Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti*, in *Diritto civile* diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, vol. III, *Obbligazioni*, t. II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 302.

<sup>150</sup> Cfr. A. BARENGHI, *Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti*, cit., p. 302.

orientativo di come si atteggi, rispetto a una data fattispecie contrattuale concreta, l'equilibrio e quale particolare accezione esso assuma. Come già detto<sup>151</sup>, l'accentuazione dell'elemento causale del contratto apre la strada alla possibilità di controllo giudiziale sulla funzione economica dello scambio<sup>152</sup>. Con l'ausilio di questo strumentario dogmatico, l'impostazione metodologica dell'analisi scientifica sarà quella della piramide concettuale della dottrina tedesca. Enunciata l'ipotesi di lavoro che prevede il passaggio dalla prospettiva dell'equilibrio come predicato della causa dei contratti di scambio (equilibrio tra prestazioni) al rango di principio generale (equilibrio contrattuale), l'attuazione del progetto di ricerca è finalmente condizionato dal metodo scientifico seguito e dal relativo apparato concettuale. Se il terreno di indagine scientifica è il diritto civile e il diritto commerciale, il metodo deve partecipare di una duplice natura, giuridica ed economica. Quanto alla prima, lo strumentario sarà costituito da una piramide concettuale avente, al più elevato livello di astrazione, il dovere di buona fede contrattuale, di cui l'equilibrio delle prestazioni costituisce una specificazione (secondo livello della piramide), atteggiandosi come misura della congruità nei contratti di scambio e della proporzionalità nei contratti associativi (terzo livello) e culminando, al più basso grado di astrazione, nella analisi della fattispecie più precipuamente oggetto di questo lavoro, ovvero sia il contratto di società.

L'adozione di questo metodo di indagine risente dell'urgente e imprescindibile esigenza di abbandonare livelli di astrazione concettuale che operino come fatti impeditivi rispetto al raggiungimento dell'obiettivo ultimo di questo scritto, ovvero sia

---

<sup>151</sup> Cfr. Capitolo I, § 5.

<sup>152</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 570.

provare a dare una definizione precisa di equilibrio contrattuale rispetto al contratto di società quale *species* di contratto associativo. Infatti, è impossibile pensare che l'equilibrio contrattuale sia suscettibile di una definizione unitaria, sia quanto ai contenuti del principio – che può atteggiarsi, come chiarito in seguito, come equilibrio economico ovvero giuridico e in tale ultimo ambito come equilibrio tra prestazioni, informativo ovvero linguistico - sia rispetto ai diversi tipi contrattuali in riferimento ai quali è predicabile. Il ricorso alla categoria metodologica del tipo<sup>153</sup> rimane dunque da solo inidoneo alla analisi qui condotta, come sembra poter emergere dalla astratta configurabilità di categorie generali più ampie del tipo contrattuale e d'altra parte comprendenti una pluralità di tipi contrattuali ma in maniera trasversale (e cioè non tutte le fattispecie concrete riferibili tutte a un dato contrattuale, ma una pluralità di fattispecie ascrivibili a diversi tipi contrattuali), in quanto sarà stata assunta quale caratteristica comune e fondante della categoria un diverso criterio.

Così, per esempio, per completare l'indagine con una applicazione empirica delle elaborazioni scientifiche sopra esposte, si può dare atto che la rilevanza della categoria metodologica del tipo si apprezza, tra l'altro, con riferimento ai contratti con prestazione incerta, in cui la prestazione di una parte è subordinata al verificarsi di un evento incerto, a fronte dell'altra, immediatamente dovuta<sup>154</sup>: si pone il problema se l'inquadramento dell'alea come alea in senso

---

<sup>153</sup> Sulla valenza della scelta del tipo e del contenuto contrattuale quale funzione degli obiettivi delle parti nello *ius mercatorum*, si veda A. FRIGNANI – M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. XII, Padova, 2010, pp. 4-6.

<sup>154</sup> Questa nozione è stata elaborata, al fine di fornire una analisi scientifica unitaria e compiuta della categoria *de qua*, da U.A. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, p. 119.



tecnico - ove conforme alla volontà delle parti – sia coerente con la disciplina legale di taluni contratti costruiti dal codice civile come commutativi<sup>155</sup>. In caso di risposta negativa, si dovrebbe affermare l'invalidità di contratti aleatori per volontà delle parti quando l'aleatorietà sia voluta in riferimento ad accordi che nominativamente e per regolamentazione normativa –c.d. tipicità legale- non sono aleatori. Vero è che da questo punto di vista l'invalidità deve essere valutata in riferimento alla causa (sotto il profilo della sua mancanza o della sua illiceità) in quanto aleatorietà per volontà delle parti e commutatività per volontà della legge sono dei predicati della causa, ma questi connotati fanno emergere ancor prima la necessità di una

---

<sup>155</sup> Cfr. sul punto U.A. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, cit., pp. 120 e 121: l'autore propone l'esempio del contratto di appalto e a pagina 8, nt.3, richiama significativamente delle pronunce arbitrali sul punto, note rispettivamente come lodo Galgano e lodo Casella, dai nomi dei Presidenti dei Collegi che hanno emesso i pronunciamenti, e precisamente Collegio arbitrale 8 giugno 1994 e Collegio arbitrale 30 gennaio 1995, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, pp. 398 ss., con nota di I.M. CAVANNA, così rispettivamente massimati a p. 398: nel lodo Galgano si afferma che la clausola del contratto di subappalto, che preveda il pagamento del corrispettivo pattuito «subordinatamente all'avvenuto incasso» da parte dell'appaltatore delle somme di cui egli sia creditore nei confronti del committente principale, deve essere interpretata come clausola che regola il *quando* e non anche l'*an* della prestazione. Tale clausola non è riconducibile al modello «*if and when*», qualora ad essa non si accompagnino altre pattuizioni che, in caso di controversia tra le parti del contratto di appalto, abilitino il subappaltatore a tutelare direttamente i propri interessi, legittimandone l'intervento nel procedimento contenzioso; nel lodo Casella si afferma che la clausola del contratto di subappalto, che preveda il pagamento del subappaltatore alla scadenza di un termine che inizia a decorrere dall'esecuzione della prestazione dovuta dal committente principale nei confronti dell'appaltatore (clausola «*in and when*»), non ha ad oggetto un elemento accidentale del negozio, ma contiene un criterio di determinabilità del giorno dell'adempimento, sicché rimane esclusa l'invocabilità dei principi inerenti alla condizione o al termine, e rimane applicabile la disciplina sul termine dell'adempimento.

indagine sulla categoria del tipo anziché su quella della causa, stabilendo se l'aleatorietà convenzionale di un contratto legalmente commutativo integri un tipo contrattuale diverso da quello legale e, in caso di risposta affermativa, valutarne la meritevolezza di tutela (quale predicato del tipo)<sup>156</sup> prima ancora della liceità della causa.

D'altra parte, l'essenzialità in concreto degli elementi accidentali del contratto<sup>157</sup> favorisce la possibilità che le parti deducano in un regolamento contrattuale costruito su modelli commutativi l'incertezza della prestazione di una parte a fronte della esigibilità immediata della controprestazione .

Il riferimento è sia alle clausole c.d. *if and when* che alle condizioni di inadempimento, le quali ultime almeno risolvono il problema della sorte delle prestazioni già eseguite dalla parte adempiente. Le clausole c.d. *if and when* (dette anche *pay when paid* e *pay if paid*), con le quali il subcontraente partecipa pro quota del rischio di insolvenza (o di fallimento) del committente nel contratto di appalto<sup>158</sup> ovvero apposte a contratti di somministrazione<sup>159</sup>, vuole condizionare, nei contratti di subappalto, l'esigibilità dei corrispettivi dovuti al subappaltatore da parte dell'appaltatore al previo incasso da parte di quest'ultimo dei crediti verso il committente finale dell'opera o servizio.

---

<sup>156</sup> Diversamente dall'opinione espressa nel testo, si riporta l'autorevole concezione di F. GALGANO, *Trattato di diritto civile* , II, Padova, 2010, p. 209, che riporta il giudizio di meritevolezza alla causa anziché al tipo: Il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2° , attiene alla causa in astratto; è , per i contratti tipici, una valutazione sostitutiva di quella effettuata, per i contratti tipici, dal diritto oggettivo .

<sup>157</sup> F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXI, I, Milano, 1987, p. 400; S. MAIORCA, *Condizione*, in *Digesto priv.*, III, Torino, 1988, p. 9.

<sup>158</sup> A. GAMBARO, U. MORELLO, *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative* , Milano, 2012, p. 537; A. LUMINOSO, *Codice dell'appalto privato* , Milano, 2010, p. 333.

<sup>159</sup> R. BOCCHINI, A. M. GAMBINO , *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, Torino, 2011, p. 742.

Ancora, sia la c.d. condizione sospensiva di adempimento che la c.d. condizione risolutiva di inadempimento, ammesse in conformità all'orientamento della prevalente dottrina<sup>160</sup> e tenendo conto del percorso giurisprudenziale che ammette la compatibilità tra condizione e adempimento almeno in relazione all'ipotesi in cui l'effetto traslativo venga subordinato all'adempimento dell'obbligazione<sup>161</sup>, sono inizialmente risultate assai controverse. Infatti, per ritenerle ammissibili, si è dovuto escludere il campo della nullità della clausola *de qua ex* art.1355 c.c. per prediligere la qualificazione della medesima come condizione potestativa semplice e non meramente potestativa, e si è dovuto evitare di assoggettare il contratto ad una interpretazione conservativa *ex* art. 1367 c.c. che riconducesse il pagamento del prezzo alla sua qualificazione legale di adempimento dell'obbligazione del compratore e al contempo ne impedisse la deducibilità in condizione .

Occorre dunque recuperare le nozioni classiche di tipo contrattuale, causa del contratto e causa in concreto del contratto per poter valutare , in base al principio di legalità, come si atteggia l'equilibrio contrattuale, quale requisito della causa, in una multiformità di applicazioni le quali costituiscono sempre a loro volta applicazione diretta o indiretta di un precetto normativo, talora riscontrabile solo attraverso una indagine sulla causa in concreto.

---

<sup>160</sup> R. LENZI, *In tema di inadempimento come condizione : ammissibilità, qualificazione e disciplina* , in *Riv. Not.* , 1986, pp. 87 ss. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento* , Padova, 1996, pp. 124 ss.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 233; P. RESCIGNO, *Condizione (diritto vigente)* , in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 39; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale* , in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, 1980, p. 766.

<sup>161</sup>Cfr. Cass. 8 aprile 1999, n. 3415; Cass. 3 marzo 1997, n. 1842; Cass. 12 ottobre 1993, n. 10074; Cass. 8 agosto 1990, n. 8051 , in *CD-ROM Foro it.*

Se è vero che lo spostamento dell'attenzione del giurista dalla teoria generale del contratto verso la asimmetria delle posizioni soggettive è partito dall'analisi di una pluralità di tipi contrattuali<sup>162</sup>, è altrettanto vero che tale squilibrio ha rilevanza in riferimento alla funzione economico-sociale che, soprattutto in concreto, quel regolamento di interessi realizza. Se la funzione economico-sociale è valutata in concreto, diventa la misura dell'attuazione ovvero della lesione di quegli interessi sostantivi che la legislazione ispirata dall'Unione europea orienta alla tutela del contraente debole.

1.2 Interessi sostantivi del legislatore rispetto alla fattispecie concreta e qualificazione funzionalmente orientata alla tutela del contraente debole (consumatore, risparmiatore, assicurato, socio di minoranza, imprenditore «debole»): il contratto ad efficacia eliminabile; l'equità correttiva (cenni)

Esaurito il discorso sulla definizione di cosa debba intendersi per qualificazione delle fattispecie contrattuali in diritto privato europeo sotto il profilo della causa, occorre ora individuare gli interessi di tipo sostanziale e non meramente formale alla cui tutela deve essere orientata funzionalmente l'attività di qualificazione, secondo gli orientamenti di politica legislativa seguiti in diritto privato

---

<sup>162</sup> M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale* in *Contratto e impresa*, 2013, p. 73.

europeo e, in particolare, nella normativa interna di attuazione delle Direttive dell'Unione Europea a tutela del contraente debole.

In questo contesto, si ritiene abbia rilievo causale diretto il giudizio di merito sull'attività giuridicamente rilevante svolta dalle parti nella fase precontrattuale o funzionale del contratto, in quanto la valutazione della buona fede e correttezza economica è destinata ad incidere sulla configurazione oppure sull'attuazione degli interessi portati dalle parti<sup>163</sup> e, per ciò stesso, sull'equilibrio contrattuale nel senso più ampio del termine, seppur in stretto riferimento al principio di legalità<sup>164</sup>.

Lo stesso principio di proporzionalità, la cui sussistenza viene in questo lavoro dedotta come una delle applicazioni di un più generale principio di equilibrio contrattuale – e in particolare l'applicazione qui più significativa perché individuabile nei contratti associativi quale elemento descrittivo del rapporto causalmente esistente tra scopo comune e prestazioni delle parti contraenti -, viene in dottrina riconosciuto come principio di derivazione comunitaria<sup>165</sup>.

Sul piano dei rimedi, l'individuazione degli interessi da tutelare, sotto il profilo sostanziale in fattispecie astratte e attraverso una previsione generale propria della norma di legge, sinteticamente assimilati tra loro come casi di debolezza contrattuale, fa acquistare

---

<sup>163</sup> F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. LVII, Padova, 2010, p. 22.

<sup>164</sup> P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rassegna di diritto civile*, 1986, p. 95.

<sup>165</sup> VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p.226. A conferma di questa convinzione, l'Autore menziona esemplificativamente la recente normativa sui ritardati pagamenti, affermando che offre all'ordinamento, più di ogni altra disciplina precedente, la possibilità di dotare l'ordinamento di una clausola generale, capace di realizzare la giustizia sostanziale attraverso un criterio valutativo di ragionevolezza che attribuisce qualità al contratto.

rinnovato vigore alla categoria del negozio ad efficacia eliminabile<sup>166</sup>. Con riferimento al momento in cui sussiste la fattispecie che dà luogo alla eliminabilità delle vicende distinguiamo: eliminabilità originaria ed eliminabilità successiva. L'eliminabilità è originaria quando la causa che la produce sussiste al momento della costituzione del negozio; successiva quando sopravviene in seguito. Nel contesto qui oggetto di analisi, il recupero di questa categoria giuridica può servire per la *reductio ad unitatem* degli interventi correttivi del giudice idonei a ristabilire l'equilibrio contrattuale nelle sue multiformi accezioni, ove richiesto dalla legge ovvero ove conforme alla volontà delle parti.

L'eliminazione degli effetti di un contratto a seguito di intervento del giudice sulla base dell'equità correttiva, del pari dell'inserzione automatica nel contratto di clausole conformi a norme imperative<sup>167</sup> rispondono dunque al perseguimento dell'obiettivo di tutela di precisi interessi sostantivi e di rimozione di situazioni di debolezza contrattuale.

Se dunque sotto il profilo eminentemente economico si apprezza il ruolo fondamentale dell'analisi dei costi aziendali effettivamente sostenuti dall'imprenditore per la produzione di beni o l'erogazione di servizi quale parametro di valutazione dell'equità del contratto<sup>168</sup>, da

---

<sup>166</sup> A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, ???, pp. 169, 243 e 244.

<sup>167</sup> E. FERRICELLI, *Inserzione imperativa di norme dispositive nel nuovo diritto dei contratti*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, pp. 740 ss.

<sup>168</sup> F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. LVII, Padova, 2010, p. 235. L'Autore svolge le considerazioni riportate nel testo partendo dall'enunciazione del decisivo ruolo dei costi aziendali quale parametro valutativo della correttezza economica nella formazione dei contratti ad offerta monopolistica, in commento all'art. 9 l. 18 giugno 1998 n. 192 sulla Disciplina della subfornitura nelle attività produttive. La citata norma sancisce il divieto di abuso di dipendenza economica e la nullità relativa – e, di regola, parziale – dell'accordo stipulato in violazione di questo divieto. La dipendenza economica si realizza ove un'impresa sia in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi

un punto di vista eminentemente giuridico deve puntarsi l'attenzione sulla concreta realizzabilità di un modello contrattuale senza che ciò comporti il sacrificio di situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento intende tutelare.

## 2. La causa in concreto del contratto

### 2.1 Nozione

Il punto di partenza è la nozione di causa come funzione economico-sociale<sup>169</sup> del contratto e la sua differenziazione dai motivi, intesi come funzione economico-individuale. Ciò posto, si deve distinguere, in riferimento alla causa, il modello dalla sua concreta realizzabilità<sup>170</sup>. Questa nozione di causa in concreto che punta l'attenzione sulla concreta realizzabilità della funzione economico-sociale di un dato modello contrattuale e sulla corrispondenza tra la funzione concreta e, in caso di contratto tipico,

---

nei rapporti commerciali con un'altra impresa, stante l'impossibilità, per la parte che abbia subito l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti: esemplificativamente la norma citata menziona, quale fattispecie di abuso, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie. Per i profili della normativa sulla subfornitura più attinenti all'argomento svolto nel testo, si veda F. MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, pp. 131 ss.

<sup>169</sup> *Ex multis*, Cass. 4 aprile 2003 n. 5324, in *Massimario Foro it.*, 2003, definisce la causa come la funzione economico-sociale che il contratto obiettivamente persegue e che il diritto riconosce rilevante ai fini della tutela apprestata.

<sup>170</sup> Questa nozione di causa in concreto si deve a F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 208.

la funzione tipicamente e astrattamente determinata dalla legge<sup>171</sup> rappresenta l'ultimo livello della concezione c.d. oggettiva della causa. Detta concezione è segnata dal superamento della causa in termini soggettivi come scopo comune delle parti ovvero, nella codificazione del 1865, come motivazione del consenso ad obbligarsi, manifestato in sede di formazione dell'accordo<sup>172</sup>.

Il passaggio ad una concezione oggettiva della causa avviene con l'entrata in vigore del codice civile del 1942. Il recepimento delle istanze di oggettivazione dello scambio di cui si è parlato nel Capitolo precedente mostrano una tendenza che ha informato tutto il Codice Civile del 1942, una tendenza percepibile in maniera chiarissima nelle norme di teoria generale del contratto. Nella Relazione al Codice, il paragrafo 613 parla testualmente di concezione oggettiva e positiva della causa. Dunque, l'oggettivazione dello scambio è il motore non solo della prevalenza della causa sull'accordo, ma anche dell'adesione alla concezione oggettiva della causa a scapito di quella soggettiva<sup>173</sup>, e non solo in riferimento ai contratti di scambio ma a tutti i contratti. L'evoluzione della concezione oggettiva verso la rilevanza della causa in concreto passa attraverso la illuminata speculazione di chi<sup>174</sup> ha

---

<sup>171</sup> Questo ultimo concetto è proprio della causa in concreto dei contratti tipici, secondo Cass. 23 maggio 1987 n. 4681, in *Massimario Foro it.*, 1987.

<sup>172</sup> Sulla concezione soggettiva della causa, due sono le norme rilevanti nel codice civile del 1865, peraltro riferite prima all'obbligazione che al contratto: precisamente, l'art. 1104 individuava la causa lecita per obbligarsi fra i requisiti essenziali per la validità di un contratto e l'art. 1119 prevedeva che l'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa o illecita non può avere alcun effetto.

<sup>173</sup> E. BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.* III, Torino 1957, 32 ss..

<sup>174</sup> G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in C. ANGELICI, G.B. FERRI (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, pp. 97 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, *passim*; G.B. FERRI, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Europa e diritto*



affermato che “ la causa astratta non esiste; esiste soltanto la causa del concreto negozio” <sup>175</sup>, intesa come pratico scopo che i contraenti si sono prefissati e che si collega alla funzione oggettiva concretamente svolta dal negozio in termini di funzione economico-individuale.

La rilevanza della causa in concreto del contratto è stata emblematicamente apprezzata in fattispecie di nullità per mancanza di causa di contratti tipici, quali ad esempio la compravendita di un bene già di proprietà dell'acquirente che ignorava il precedente acquisto del medesimo per successione ereditaria<sup>176</sup>. Ed è stata recepita dalla recente giurisprudenza di legittimità<sup>177</sup>. Convince la affermazione di chi afferma che “ la causa in concreto deve essere intesa nel senso che la funzione astratta del contratto si deve realizzare in concreto, ma non può portare ad identificare la causa nei concreti interessi dei contraenti” <sup>178</sup>, altrimenti si rischierebbe una confusione tra causa e motivo.

Ora, si pone il problema se la effettiva realizzabilità di un modello contrattuale sulla base della funzione economico-sociale che in concreto le parti mirano ad attuare possa incontrare un limite

---

*privato*, 2002, pp. 897 ss. ; G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina del negozio giuridico*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1986, I, pp. 127 ss.; G.B. FERRI, Voce *Negozio giuridico* in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, XI, Torino, 1994; G.B. FERRI, *Equivoci e verità sul negozio giuridico e la sua causa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2008, pp. 171 ss.

<sup>175</sup> G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.* 1986, I, p. 144.

<sup>176</sup> Cass. 27 luglio 1987 n. 6492, in , in *Massimario Foro it.* , 1987.

<sup>177</sup> Il riferimento è, in particolare, a Cass. , 8 maggio 2006, n. 10490, in *I Contratti* , 2007, pp. 621 ss.

<sup>178</sup> Questa brillante definizione si legge in R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 84, in critica a Cass. , 8 maggio 2006, n. 10490, cit. L'Autrice riscontra che la pronuncia aderisce a una visione della causa come economico-individuale del contratto, come assetto degli interessi programmati in concreto dalle parti. Personalmente ritengo che parlare di causa in concreto in termini di funzione economico-individuale renda impossibile la distinzione dai motivi.

nell'equilibrio contrattuale quando una delle parti si trovi in una posizione di debolezza giuridicamente rilevante nel senso che sia oggetto di espressa previsione legislativa.

Nel caso in cui la verifica della ipotesi di lavoro dovesse portare ad una risposta affermativa, l'equilibrio contrattuale si atteggierebbe come limite all'autonomia privata, senza portare per ciò stesso in sé un disvalore, in quanto, anzi, questo risultato scientifico contribuirebbe ad un più stretto ancoraggio della teoria generale dell'equilibrio contrattuale al principio di legalità.

## 2.2 Criteri per una sua qualificazione funzionalmente orientata alla tutela del contraente debole : equilibrio economico ed equilibrio giuridico

La possibilità di distinguere equilibrio giuridico ed equilibrio economico viene da un orientamento<sup>179</sup> ricondotta ai contratti dei consumatori ed alla loro regolamentazione di diritto interno di derivazione comunitaria, ritenuta idonea ad avere delle ricadute sulla

---

<sup>179</sup> Il menzionato orientamento di dottrina si aggancia, quanto alla riscontrata codificazione comunitaria della nozione di equilibrio giuridico o normativo, a degli indici emergenti dal tenore letterale dell'art. 1341, comma 2, c.c., nonché prevalentemente alle norme speciali degli artt. 33-38 codice del consumo e dell'art. 9, l. 18 giugno 1998 n. 192, indici normativi individuati da C. DALIA, *L'equilibrio normativo nel contratto tra codice civile e leggi speciali*, Napoli, 2008, p. 10.

teoria generale del contratto <sup>180</sup>, facendo dunque propendere per la possibilità che il principio abbia, seppur nei limiti del principio di legalità, una portata più generale. Questa premessa impone però un chiarimento terminologico.

L'equilibrio economico identifica, ai fini della presente indagine, l'adeguatezza o congruità tra prestazioni corrispettive dedotte in un contratto o in una più complessa operazione economica. La sua distinzione dall'equilibrio giuridico o normativo è stata, secondo un'impostazione <sup>181</sup>, sancita dalla mancata identificazione dello squilibrio rilevante ai fini del giudizio di vessatorietà delle clausole apposte ai contratti del consumatore con l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi.

Partendo da questo dato, si è affermata ormai una nuova concezione di contraente debole, di cui l'ordinamento comunitario è stato propulsore. Questa concezione ricomprende colui che, agendo al di fuori dell'esercizio di un'attività professionale, viene ritenuto, in via di presunzione, tecnicamente e giuridicamente privo delle competenze che gli consentano di negoziare a condizioni paritetiche. Ricomprende altresì il soggetto che deve subire il regolamento da altri

---

<sup>180</sup> Cfr. sul punto l'opinione di M. NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI (a cura di) *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, pp. 830 ss.

<sup>181</sup> Queste considerazioni si deducono da quanto affermato da F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., pp. 52-53, a proposito dell'art. 1469 *ter* c.c., ora confluito nel Codice del Consumo: la richiamata norma afferma che la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi (secondo comma), ponendo l'accento sul concetto di equilibrio normativo, o almeno sul concetto di squilibrio rilevante per il giudizio di vessatorietà di cui ha parlato G. CIAN, *Il nuovo Capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 419.

predisposto<sup>182</sup> ovvero che , pur agendo nell'ambito dell'esercizio della propria attività professionale, si trovi in una situazione di dipendenza economica nei confronti dell'altro contraente professionista. Questa concezione, da una parte pone il problema dell'applicabilità analogica o estensiva della nozione di consumatore contenuta nella legislazione europea oltre l'atto di consumo – applicabilità da taluno negata<sup>183</sup> - . Dall'altra radice, almeno secondo me, la controdeduzione logica che situazioni di debolezza contrattuale possono trovarsi anche nei contratti tra professionisti la cui regolamentazione non sia predisposta unilateralmente da una delle due parti.

In questo senso, come già detto<sup>184</sup>, la numerazione ordinale che qualifica la categoria dogmatica del terzo contratto non è collegata ad una classificazione basata su criteri di importanza o su un ordine gerarchico<sup>185</sup>. Ma funge da richiamo, nella logica della fattispecie, ad istituti già oggetto di attenzione da parte dei giuristi, ovvero sia i contratti dei consumatori e i contratti isolati tra soggetti che agiscono al di fuori della loro attività professionale. La differenza sta nel fatto che se questa attività di interpretazione e qualificazione viene condotta attraverso la causa in concreto – che in uno costituisce l'oggetto dell'indagine e lo strumento metodologico attraverso il quale giungere all'elaborazione di una teoria generale del principio di equilibrio – si salda indelebilmente l'ancoraggio della tutela del contraente debole al principio di legalità. Viene così consentita una

---

<sup>182</sup> Questa concezione di contraente debole si deve a C. DALIA, *L'equilibrio normativo nel contratto tra codice civile e leggi speciali*, cit., p. 12.

<sup>183</sup> Così C. DALIA, *L'equilibrio normativo nel contratto tra codice civile e leggi speciali*, cit., p. 34, che diversamente afferma, a pp. 46 ss., l'applicabilità del divieto di abuso di dipendenza economica al contratto concluso tra imprenditore e professionista intellettuale.

<sup>184</sup> Vedi Capitolo I, § 6.

<sup>185</sup> R. FRANCO, *Il terzo contratto : da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, cit., p. 35.

lettura teleologica delle limitazioni che l'autonomia privata subisce in virtù di questa esigenza di tutela.

La causa in concreto infatti identifica , come già detto, la concreta realizzabilità del modello contrattuale voluto dalle parti. La sua afferenza agli elementi essenziali del contratto e la sua elaborazione concettuale collegata alla sua rilevanza ai fini della configurabilità della nullità di un contratto tipico per illiceità della causa sembra confermare che essa attenga sia al contratto come atto che al contratto come rapporto. Questo è vero sia perché la nullità costituisce, secondo l'irrinunciabile insegnamento tradizionale<sup>186</sup>, un vizio genetico del contratto, sia per il rilievo che nel diritto positivo hanno i vizi genetici della causa (rescissione), già emergenti dal contratto come atto, che quelli funzionali (risoluzione), propri del contratto come rapporto.

E la categoria del terzo contratto nasce quando la scienza giuridica ha iniziato a ragionare indirettamente sul contratto come atto , iniziando dalla qualità dei soggetti contraenti<sup>187</sup>.

Tuttavia, dal punto di vista dei risultati della speculazione scientifica finora raggiunti in materia di teoria generale dell'equilibrio contrattuale, la dimensione soggettiva dell'equilibrio rappresenta un

---

<sup>186</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9a ed., Napoli, 1966, p. 148.

<sup>187</sup> Così M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., pp. 72 e 73, ricostruisce la ragione per cui si è delineato dal contratto di diritto comune (primo contratto) il secondo contratto (quello con il consumatore), per poi ipotizzare un terzo contratto, quello con una parte debole diversa dal consumatore . L'Autore osserva come l'unificazione del Codice civile e del Codice di Commercio operata nel 1942 abbia comportato un'attenzione nei confronti dell'atto perfezionato, il contratto, allontanandosi dal soggetto parte contrattuale, in piena coerenza con il principio di uguaglianza formale sancito dalla Costituzione. In un secondo momento, lo spostamento è stato dalla teoria generale del contratto verso la asimmetria delle posizioni soggettive partendo dall'analisi di una pluralità di tipi contrattuali.

punto di arrivo, rispetto al quale bisognerebbe tutt'al più interrogarsi dei suoi ambiti di applicazione. Invece, lo spostamento del campo di indagine scientifica dai contratti di scambio ai contratti associativi cui si vuole procedere in questa sede, innova i risultati speculativi assunti in punto di partenza. Infatti, lo squilibrio dell'atto di consumo/dell'attività di impresa<sup>188</sup> tiene conto – partendo dall'elaborazione originaria che la dottrina<sup>189</sup> ha offerto dell'equilibrio riferito all'esercizio dell'impresa - dei profili eminentemente soggettivi delle parti contraenti. Ed è dato dalla misura della capacità che lo squilibrio ha di incidere sul singolo atto di consumo o sull'attività di impresa complessivamente considerata. Questo vale con riferimento, almeno nell'elaborazione della teorica<sup>190</sup>, all'abuso di posizione dominante. Diversamente, il contratto associativo quale atto fondante dell'esercizio dell'attività di impresa in forma societaria getta le basi per un'analisi dei profili oggettivi dell'equilibrio dell'attività di impresa. È così perché il contratto associativo deve essere ricostruito in via mediata, attraverso l'analisi dell'attività negoziale, prenegoziale e deliberativa della società e la conformità di queste attività al principio di proporzionalità tra scopo comune e conferimento.

Questa idea, che verrà sviluppata in seguito<sup>191</sup>, presuppone prima che si fornisca una elaborazione concettuale minima delle nozioni di equilibrio giuridico e di equilibrio economico. Le due accezioni dell'equilibrio fungono così da criteri di interpretazione della causa in concreto, funzionalmente orientati alla tutela del

---

<sup>188</sup> F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 8.

<sup>189</sup> F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 10.

<sup>190</sup> C. DALIA, *L'equilibrio normativo nel contratto tra codice civile e leggi speciali*, Napoli, 2008, p. 34.

<sup>191</sup> Nei Capp. III e IV.

contraente debole, sia esso consumatore, assicurato, socio di minoranza, professionista in situazione di dipendenza economica. Questo obiettivo di tutela, tradotto dal legislatore comunitario in un orientamento di politica legislativa, costituisce il punto di arrivo di quella che storicamente è stata identificata come emersione progressiva di interessi collettivi omogenei<sup>192</sup>. In questo scritto, invece, potrebbe invece costituire il punto di partenza non solo per un'indagine sul principio di equilibrio, ma anche per un tentativo di sua riconduzione al contratto giusto.

### 3. Equilibrio contrattuale c.d. "oggettivo" (equilibrio economico)

Secondo la scienza economica, il contratto giusto coincide con il contratto mutualmente vantaggioso, integrante una situazione di ottimo paretiano<sup>193</sup>. Non esiste alcun modo di aumentare la soddisfazione di qualcuno senza ridurre la soddisfazione di qualcun altro. Quindi non esistono modifiche del regolamento contrattuale in

---

<sup>192</sup> Questa dizione è stata adoperata da A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., pp. 202 e 203, cui si rinvia per la contestualizzazione storica della nascita degli interessi collettivi omogenei come categoria dogmatica, il cui momento evolutivo più importante è stato il passaggio dal solo diritto soggettivo individuale all'ammissione di diritti soggettivi collettivi ai quali è stata data collocazione, nell'ordinamento positivo, alla luce dell'*aequitas*. Di questi profili evolutivi dà pienamente atto l'Autore. Si deve inoltre ricordare che l'inserimento della tutela dei consumatori nell'ambito della tutela dei c.d. «interessi a diffusione estrema» si deve a F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 2008, pp. 106 ss.

<sup>193</sup> Questo sintagma deriva dal nome dell'economista che lo ha elaborato, Vilfredo Pareto, il quale dal 1894 ha ottenuto una cattedra di economia politica all'Università di Losanna. Gli insegnamenti di Pareto sono confluiti nella stesura, nel 1897, del *Cours d'économie politique*, opera contenente una compiuta teorizzazione del principio richiamato nel testo. Per una recente riedizione dell'opera, V. PARETO, *Corso di economia politica*, versione e-book, Torino, 2013, *passim*. Vedi altresì V. PARETO, *Principi di economia politica pura*, Parigi, 1909, *passim*.

grado di aumentare l'utilità attesa da ciascuna delle parti<sup>194</sup>. Questa nozione può anche non coincidere con l'equivalenza tra prestazioni di un contratto di scambio, così come può non coincidere con una situazione di equa distribuzione della ricchezza<sup>195</sup>, ma identifica una situazione di efficienza allocativa. In altre parole, una data situazione è ottima in senso paretiano se comunque ci si sposti da essa non è possibile migliorare la soddisfazione di qualcuno senza peggiorare la soddisfazione di almeno un altro membro della collettività. Applicando questo principio alle regole giuridiche dello scambio, si può cogliere subito non solo la non necessaria coincidenza con l'equilibrio tra prestazioni di un contratto di scambio, ma anche la difficoltà di attribuire rilevanza giuridica all'equilibrio economico inteso, secondo una caratterizzazione eminentemente oggettiva, come l'equivalenza tra le prestazioni di un contratto di scambio.

#### 4.L'equilibrio economico nella dottrina tedesca della alterazione del fondamento negoziale

Quando la scienza economica ha avuto l'esigenza di adottare un criterio oggettivo, determinativo dell'equivalenza tra prestazioni,

---

<sup>194</sup> L'ottimo paretiano è suscettibile di una pluralità di applicazioni. Così ad esempio, in riferimento alle azioni collettive ed alla tutela di interessi collettivi, anche di rango pubblicistico, non è possibile distribuire diversamente l'utilità entro il gruppo senza indurre qualcuno ad accettare una diminuzione della propria utilità, come riconosciuto da P. MARTELLI, *Analisi delle istituzioni politiche*, Torino, 2012, p. 33.

<sup>195</sup> E' intuitivo affermare che ad esempio un intervento di redistribuzione del reddito dalle fasce più ricche a quelle più povere della popolazione, pur consentendo di ottenere un elevato miglioramento sociale in termini di equità, non è un miglioramento in senso paretiano poiché le fasce più ricche sono danneggiate dalla manovra. Quindi non è rispettata la condizione per cui il passaggio alla nuova situazione dovrebbe determinare la soddisfazione di qualcuno senza peggiorare la soddisfazione di almeno un altro membro della collettività.



affinché divenisse oggetto di previsione legislativa, il processo di elaborazione concettuale si è sempre dovuto concludere con l'adozione di un criterio di equilibrio economico non sempre rispondente all'equivalenza economica tra le prestazioni. Così, ad esempio, con riferimento al prezzo dei beni e servizi offerti dal monopolista o quasi-monopolista<sup>196</sup>, l'inidoneità del metodo del mercato di confronto (*Vergleichsmarkt*) tra prezzo del bene e costi di produzione ha lasciato spazio al metodo della ragionevole proporzionalità delle condizioni contrattuali<sup>197</sup>.

Tuttavia, numerosi sono i casi in cui l'equilibrio economico è preso in considerazione da norme di legge. Così è nella dottrina tedesca della alterazione del fondamento negoziale. La teoria tedesca della *Störung der Geschäftsgrundlage*, ossia della alterazione del fondamento negoziale, ha il suo fondamento normativo nel paragrafo 313 del BGB, il quale si applica in caso di sensibile alterazione dell'equilibrio economico tra le prestazioni derivante dal venir meno delle circostanze poste a fondamento del contratto a causa di un evento imprevisto. Secondo questo precetto normativo, rileva la allocazione contrattuale e legale dei rischi di un dato accordo e gli eventi sopravvenuti che possono mutarla<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> In questa fattispecie, il legislatore effettua una prevalutazione di squilibrio tra il monopolista e la controparte contrattuale di questi, tant'è che all'art. 2597 c.c. prevede per il monopolista l'obbligo a contrarre, su cui si rinvia a M. LIBERTINI, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 579.

<sup>197</sup> Questi due metodi sono esposti e confrontati da F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, cit., p. 240 e 241, il quale afferma espressamente che non è possibile stabilire quali siano le condizioni oggettive (ed eque) di un'offerta concorrenziale in generale, ma soltanto quali siano le condizioni inique *avuto riguardo ad un determinato mercato monopolistico*.

<sup>198</sup> F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Riv. sc. sup. dell'economia e delle finanze*, versione on line, 2005, § 5; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo*

Nel codice civile vigente esistono, almeno a mio avviso, validi contributi alla teoria generale dell'equilibrio economico del contratto, non privi di una radice storica: il *Code civil* francese, significativamente ritenuto “ archetipo cui il vigente Codice civile si riconnette per il tramite del Codice civile del '65”<sup>199</sup>, ed i valori giusprivatistici di cui esso è stato portatore<sup>200</sup>, hanno storicamente portato a valutare il principio di equivalenza delle prestazioni come un principio di carattere assoluto<sup>201</sup>.

Nel senso moderno del termine, la spinta propulsiva alla costruzione di uno schema teorico generale su cosa debba intendersi per equivalenza economica delle prestazioni di un sinallagma contrattuale viene dal diritto privato europeo . In particolare, viene dal

---

*diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in Riv. dir. civ., 2002, I, pp. 63 ss.; G. SICCHIERO , *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002; P. GALLO , *Revisione del contratto*, in *Digesto civ.*, Torino, 1998, vol. XVII, p. 431; D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit*, in *Europa e Diritto Privato*, 2002, n. 1, pp. 23-40; J.M. PERILLO , *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero: Saggi, Conferenze e Seminari, n. 20, Roma , 1996, *passim*; B. LEHRBERG , *Renegotiation clauses, the doctrine of assumptions and unfair contract terms*, in *European Review of Private Law*, n.3, 1998, 265-283.

<sup>199</sup> A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 1.

<sup>200</sup> Sulla cui valenza e influenza nel nostro sistema ordinamentale giusprivatistico di diritto positivo si rinvia a F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile* , in *Studi giuridici* , III.2, Milano, 1960, pp. 607 ss.

<sup>201</sup> A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, cit., p. 53, fornisce nei termini seguenti la ricostruzione dell'Illuminismo giuridico quanto ad uno dei suoi precipitati logici, quello dell'uguaglianza tra gli uomini, relativamente ai valori giusprivatistici del *Code civil* : Se gli uomini sono uguali, ...(), ne segue che gli scambi di beni e servizi devono essere informati al principio di equivalenza materiale delle prestazioni. ...(). Violare l'equivalenza materiale delle prestazioni significa appropriarsi, senza causa, di ciò che appartiene all'altrui sfera soggettiva. Il vantaggio per il contraente non deve risiedere in uno scarto tra il valore oggettivo della merce o del servizio ed il corrispettivo monetario spuntato nella trattativa, ma nella realizzazione di quel valore in quanto corrispondente al *quantum* di lavoro resosi necessario per la loro produzione.

diritto dei consumatori. Il relativo ambito di applicazione è scandito dal principio di legalità, mentre i rudimenti embrionali della ricostruzione teorica *de qua* si ritrovano nel diritto interno o diritto privato europeo in accezione c.d. debole, secondo una terminologia in precedenza adottata<sup>202</sup>.

Così, nel codice civile vigente, l'equilibrio economico rileva sia in fase genetica – attraverso l'istituto della rescissione - che in fase funzionale – attraverso l'istituto della risoluzione<sup>203</sup> -. Quanto alla fase funzionale, in particolare il tenore letterale dell'art. 1467 c.c. individua quale fonte di squilibrio l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione del debitore - in termini di aggravio di costi o dell'impegno economico del debitore medesimo<sup>204</sup>-. Pone così, in chiave interpretativa ed nella prospettiva dei rimedi esperibili<sup>205</sup>, il problema se la risoluzione sia invocabile anche in caso di svilimento della prestazione dell'altra parte<sup>206</sup> cui non si abbini anche una diminuzione dell'onerosità della prestazione posta in corrispettivo. Ora, già discutere in questi termini dell'ambito di applicazione della norma in commento<sup>207</sup>, attribuisce una rilevanza sua propria

---

<sup>202</sup> Vedi Capitolo I.

<sup>203</sup> *Contrariis verbis*, non sono state prese in considerazione l'inadempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione perché caratterizzati dalla mancanza assoluta del controvalore della prestazione eseguita dalla parte adempiente, per cui non c'è squilibrio se non in senso assoluto (non si ha proprio l'esecuzione della controprestazione).

<sup>204</sup> Confronta sul punto C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1996, pp. 127-128.

<sup>205</sup> Questa prospettiva è l'eletto terreno di indagine scientifica di L. CABELLA PISU, *I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta* in *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, diretto da G. VISINTINI, pp. 548 ss.

<sup>206</sup> È la eccessiva onerosità sopravvenuta c.d. indiretta, per cui non è la prestazione cui è obbligata la parte che domanda la risoluzione a subire direttamente un aggravio di costi o di impegno economico, ma è la prestazione dell'altra parte che si svilisce, inducendo l'eccessiva onerosità della controprestazione, su cui si rinvia a Cass. 8 agosto 2003 n. 11947 in *Contratti*, 2004, p. 358.

<sup>207</sup> Si rinvia, quanto all'esatta individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 1467 c.c., ad A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Sub art. 1467 c.c., Bologna-Roma, 2010, p. 138, il

all'equilibrio economico tra prestazioni nella fase funzionale del contratto e alla conformità del rapporto tra prestazioni visto in senso oggettivo alla determinazione volitiva delle parti in fase genetica.

In questo senso, il principio di equilibrio si pone non come limite all'autonomia contrattuale ma come esaltazione della libertà contrattuale. Quanto appena affermato è vero nella misura in cui si ritiene che proporzionalità e adeguatezza tra prestazioni devono sussistere in riferimento al valore delle stesse, espresso in termini monetari e cristallizzato al momento della stipula dell'atto che ne costituisce la fonte.

Così, al di là delle conseguenze pratico-applicative di queste riflessioni – pure rilevanti ove ad esempio si ritenga suscettibile di risoluzione *ex art. 1467 c.c.* un contratto in cui una eccessiva onerosità ovvero un eccessivo svilimento di entrambe le prestazioni ponga le parti a trovarsi vincolate ad un regolamento di interessi in posizione di equivalenza economica reciproca, ma pur sempre diverso da quello concordato<sup>208</sup> – emerge un dato teorico fondamentale. Innanzitutto, come suggerisce una impostazione classica<sup>209</sup>, lo svilimento di una prestazione ovvero la sua sopravvenuta eccessiva onerosità non possono essere valutate isolatamente, ma recuperando il concetto di corrispettività anche alla luce dell'essere le prestazioni medesime suscettibili di valutazione economica *ex art. 1174 c.c.*, intendendo per corrispettività la proporzione tra i sacrifici affrontati dai contraenti

---

quale sintetizza la teoria dell'attuabilità, che individua la *ratio* dell'art. 1467 c.c. nella esigenza di conservare il costo iniziale della prestazione dovuta, e la teoria dell'equilibrio, che la individua nella finalità di mantenere inalterato l'equilibrio originario tra le prestazioni contrattuali, offrendo, a pp. 141 ss., una brillante critica ad entrambe le ricostruzioni.

<sup>208</sup> Confronta A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Sub art. 1467 c.c., cit., p. 138.

<sup>209</sup> F. CARRESI, *Il contratto*, 2, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, Milano, 1987, p. 842.

secondo la cristallizzazione cui sono addivenute le manifestazioni volitive delle parti<sup>210</sup>. Ecco che dall'equilibrio economico si apre la strada all'equilibrio giuridico in un multiforme significato, cioè quello della rilevanza dell'equivalenza oggettiva tra le prestazioni quando è espressamente richiesta dalle legge ovvero quando è voluta dalle parti ovvero quando manca (fase genetica) o viene meno (fase funzionale) a causa di una determinazione non libera dei contraenti o di eventi sopravvenuti .

La determinazione non libera delle parti è il presupposto dell'istituto della rescissione: dalle regole che danno rilevanza al perdurare della lesione fino al momento della domanda giudiziale, alla previsione dell'istituto della riduzione ad equità - che induce una vicenda del rapporto giuridico sostanziale tale da modificare in modo determinante l'assetto economico derivante dal contratto lesivo - e dall'inammissibilità della convalida, si trae una conclusione. Precisamente, la conclusione è che il vizio è esterno alla struttura della fattispecie contrattuale, ma incide su una condizione della contrattualità costituita dalla libertà contrattuale e più specificamente dalla posizione di parità dei contraenti <sup>211</sup>.

Anche la riducibilità della penale manifestamente eccessiva<sup>212</sup>, così come la riconduzione ad equità, in comune ai due istituti del

---

<sup>210</sup> Viene richiamato da E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale* in *Studi sui contratti*, Torino, 2000, pp. 706 ss. e in *Enciclopedia giur. Treccani*, 2000, § 3.1.

<sup>211</sup> G. BENEDETTI, *Il contratto in generale. La rescissione*, in *Tratt. Bessone*, VIII, Torino, 2007, p. 435; G. BENEDETTI, *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 95, secondo cui il vizio rescissorio oltrepassa gli elementi del contratto, va oltre la fattispecie contrattuale e sbocca in una struttura ad essa contestuale, di rilevanza sostantiva.

<sup>212</sup> È presente in dottrina l'opinione che il giudice non possa procedere d'ufficio alla riduzione della penale (G. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. Rescigno*, 10, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1995, p. 418), e che, per essa, si richieda l'istanza del debitore, il quale, inoltre, deve allegare le ragioni

contratto rescindibile e della eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, un intervento correttivo del giudice indirizzato a correggere una manifestazione dell'autonomia contrattuale, che, altrimenti porterebbe ad una clausola nulla (c.d. equità correttiva)<sup>213</sup>.

In ogni caso, la chiave di lettura delle richiamate norme si conferma sempre una. Mi riferisco all'intendimento dell'equilibrio come esaltazione della libertà contrattuale e non come suo limite. Tant'è che la mancata equivalenza economica tra prestazioni contrattuali, laddove non integri violazione di una norma imperativa e corrisponda ad una libera determinazione volitiva delle parti perché non derivante da un errore-motivo né dall'approfittamento dello stato di pericolo o di bisogno, assurge semplicemente al ruolo di criterio di qualificazione della fattispecie.

## 5. Equilibrio giuridico

---

dell'eccessività (F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 1372-1386, Bologna-Roma, 1993 164); esistono, tuttavia, voci dissenzienti (C. M. Bianca, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, p. 234). La giurisprudenza di legittimità era stata a lungo presentata uniforme nell'asserire la necessità, affinché la penale potesse essere ridotta, dell'istanza del debitore (è Cassaz. 15 febbraio 2002 n. 11710, in *CD-Rom Foro it*). Successivamente, tuttavia, la Cassazione ha affermato che il potere di riduzione ad equità può essere esercitato dal giudice anche d'ufficio (Cassaz. 2 luglio 2003, n. 8188, in *CD-Rom Foro it*). Il contrasto interpretativo è stato composto da una pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, secondo la quale il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita (Cassaz., S.U., 20 ottobre 2005 n. 18128, in *CD-Rom Foro it*).

<sup>213</sup> F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 1372-1386, Bologna-Roma, 1993, p. 165.

In senso soggettivo l'espressione equilibrio contrattuale esprime il concetto che le parti sono " libere di stabilire il valore delle prestazioni, per cui lo scambio può determinare anche attribuzioni patrimoniali diverse, non essendo necessaria la congruità economica fra valori scambiati, come presupposto per la liceità dello scambio"<sup>214</sup>. Questa accezione di equilibrio è da questo orientamento identificata come soggettiva ai fini della distinzione dall'equivalenza economica delle prestazioni di un contratto di scambio e dalla sua connotazione oggettiva<sup>215</sup>.

Si impone a questo punto una precisazione, data questa distinzione.

Occorre, in particolare, prendere in considerazione che il bilanciamento di diritti ed obblighi contrattuali nei termini in cui è richiesto dalla legge talora è scandito dall'adempimento di obblighi informativi costituenti atto esecutivo di un più generale dovere di buona fede.

L'insussistenza di asimmetrie informative è un'esigenza anche di carattere informativo, in quanto costituisce una delle condizioni della concorrenza pura e perfetta. Tuttavia, la qualificazione economica di buona fede e correttezza significa che il giudizio di bilanciamento degli interessi del soggetto agente con quelli della sua controparte contrattuale deve essere orientato alla tutela della struttura

---

<sup>214</sup> F. CAMILLETTI , *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p.42

<sup>215</sup> Si deve proprio a F. CAMILLETTI , *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, cit., pp. 40 ss. la distinzione tra equilibrio contrattuale in senso soggettivo ed equilibrio contrattuale in senso oggettivo.

concorrenziale del mercato <sup>216</sup>, anziché a prevenire una situazione di squilibrio tra parti contrattuali.

Sotto il profilo eminentemente microeconomico - cioè dal punto di vista dei soggetti che operano all'interno di un dato mercato presi in considerazione come singoli e non come categoria – l'informazione rileva ai fini della massimizzazione del profitto che si può trarre dall'operazione contrattuale<sup>217</sup> ovvero come bene suscettibile di essere scambiato. Mentre, giuridicamente, la rilevanza dell'informazione ai fini della teorica dell'equilibrio contrattuale ridonda assai significativamente nella disciplina dell'errore scusabile<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, cit., p. 22.

<sup>217</sup> F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, cit., p. 145.

<sup>218</sup> Cfr. E. LECCESE, *Sulla scusabilità dell'errore tra codice civile e principi sovranazionali del diritto dei contratti*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, pp. 50 – 61. L'Autore ricorda che la rilevanza, anche nel codice del 1942, della scusabilità dell'errore, cui si era giunti ad attribuire importanza predominante nel vigore del codice del 1865 come chiarito nel corpo del testo, è significativamente affermata da G. BENEDETTI, *Sub art. 1428 c.c.*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. CENDON, Torino, 1991, pp. 750 ss. Tuttavia, in base alla normativa attualmente vigente, un errore scusabile, purchè essenziale e riconoscibile, costituisce causa di annullamento del contratto, come espressamente affermato da L. NIVARRA, V. RICCIUTO, C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Seconda Edizione, Torino, 2013, p. 361. Secondo me, questo è vero proprio in forza del recepimento delle istanze di oggettivazione dello scambio di cui si è parlato nel Capitolo I del presente lavoro. Infatti, G. BENEDETTI, *Sub art. 1428 c.c.*, cit., pp. 750 ss., per affermare l'attuale rilevanza dell'errore scusabile fa' riferimento ai principi di affidamento e autoresponsabilità. Assai significativamente il principio di affidamento è richiamato, da F. GALGANO, *Sub art. 1431 c.c.* in F. GALGANO, F. PECENNINI, M. FRANZONI, D. MEMMO, R. CAVALLO BORGIA, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Commentario Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 299, il quale sostiene che la riconoscibilità dell'errore da parte dell'altro contraente protegga l'affidamento della controparte sulla validità del contratto con la stessa efficacia cogente con cui l'art. 428 c.c. richiede la mala fede dell'altro contraente per l'annullamento del contratto dell'incapace naturale.



La scusabilità dell'errore aveva una notevole rilevanza sotto il vigore del Codice Civile del 1865. Nel codice civile attualmente vigente, è l'errore essenziale e riconoscibile che rende il contratto annullabile. Però, in ambito sovranazionale, si sta registrando la progressiva ascesa di un livello di intervento normativo e/o giurisprudenziale sempre più attestato su interventi correttivi delle asimmetrie di potere negoziale. E questo sembra consentire alla scusabilità dell'errore di guadagnare un ruolo centrale come elemento idoneo a costituire strumento di tutela per il contraente debole, quale criterio deputato alla valutazione del comportamento dei soggetti che prendono parte al traffico giuridico<sup>219</sup>, anche sulla scorta di quanto avviene nella Nuova *lex mercatoria* e nel diritto privato europeo dei contratti<sup>220</sup>. Tutto ciò deve valere chiaramente nell'ambito del principio di legalità.

---

L'affidamento è altresì richiamato in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 1431 c.c. ed ai parametri da esso richiesti in particolare per la riconoscibilità dell'errore ostativo da parte di una persona di normale diligenza, da D. MEMMO, Sub *art. 1433 c.c.* in F. GALGANO, F. PECENNINI, M. FRANZONI, D. MEMMO, R. CAVALLO BORGIA, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, cit. p. 313. Secondo l'Autore L'applicazione di questi parametri consente di temperare la rigida applicazione del principio di affidamento all'errore ostativo e di commisurarla alle esigenze del caso concreto, in considerazione di un'equa distribuzione del rischio di emissione di una dichiarazione affetta da errore.

<sup>219</sup> Questa chiave di lettura è fornita da Cfr. E. LECCESE, *Sulla scusabilità dell'errore tra codice civile e principi sovranazionali del diritto dei contratti*, cit., pp. 58 ss.

<sup>220</sup> Così, ad esempio, l'art. 4:103 dei PECL, rubricato «Errore essenziale di fatto o di diritto» contiene, tra l'altro, la seguente previsione: (2) Il contratto tuttavia non può essere annullato quando: (a) in relazione alle circostanze, l'errore è stato inescusabile. Ancora, nei Principi UNIDROIT, la valutazione della rilevanza dell'errore alla stregua della ragionevolezza ed il riferimento alla colpa grave dell'errante (art. 3.5), sembrano dare riconoscimento alla scusabilità.

Ancora, l'equilibrio giuridico assume rilevanza anche come equilibrio linguistico, nell'ambito della traduzione di modelli contrattuali redatti in una pluralità di lingue, eletti a regolamentazione di scambi tra imprese appartenenti a Stati e ordinamenti giuridici diversi <sup>221</sup>.

Concludendo, l'equilibrio contrattuale in senso soggettivo è una delle forme in cui è possibile declinare l'equilibrio giuridico e ha come obiettivo l'integrità del consenso legittimamente manifestato. Quindi, non consiste nell'equivalenza economica tra prestazioni di un contratto di scambio nel presupposto che lo squilibrio economico tra prestazioni è irrilevante se voluto dalle parti e se oggetto di incontro tra volontà legittimamente manifestate. Prevale piuttosto, in stretta aderenza con il principio di legalità, una nozione di equilibrio in senso soggettivo che vale come limite interno o esterno all'autonomia contrattuale.

Diversamente, l'equilibrio contrattuale in senso giuridico può anche identificarsi con l'equivalenza economica tra prestazioni ove questa sia richiesta espressamente dalla legge, potendosi in proposito parlare di *principio di tipicità dell'equilibrio economico tra prestazioni contrattuali*, nel senso che esso deve essere rispettato solo ove richiesto espressamente dalla legge ovvero ove conforme alla volontà delle parti. Altre forme di equilibrio giuridico, come già detto, sono *l'equilibrio linguistico* e *l'equilibrio informativo*, nella

---

<sup>221</sup> G. BENEDETTI, *Edizione postdefinitiva dell' 11 maggio 2010. L'elogio dell'interpretazione traducevole nell'orizzonte del diritto europeo*, in P. SANDULLI, M. FAIOLI (a cura di), *Attività transnazionali. Sapere giuridico e scienze della traduzione*, Quaderni Levi Sandri, 1, Roma, 2011, pp. 27-54, in particolare p. 51. Per una visione più ampia dei rapporti tra contratto, lingua del regolamento contrattuale e lingua della legge applicabile ad esso, si veda D. MEMMO, *Dichiarazione linguistica e comunicazione contrattuale*, Cedam, Padova, 1990, *passim*.

dimensione sopra prospettata. In ogni caso, qualunque sia la accezione presa in considerazione, il principio di legalità è la misura necessaria del limite al governo giudiziario della discrezionalità contrattuale di cui il principio di equilibrio, comunque declinato, può costituire uno degli strumenti.

Nelle sue multiformi accezioni, dunque, l'equilibrio contrattuale determina l'emersione di discipline *metatipiche* – delle quali la normativa in tema di tutela del subfornitore, e la clausola generale del divieto dell'abuso di dipendenza economica *ivi* prevista, è senza dubbio l'esempio più significativo - , in quanto il legislatore predispose la norma di protezione avendo in mente un determinato *fenomeno* economico piuttosto che la disciplina di un singolo tipo, così che la norma di protezione è modellata e ritagliata sulla cosiddetta *operazione economica* e non sul tipo<sup>222</sup>.

6. Equilibrio giuridico ed equilibrio economico in relazione alla dicotomia causale contratti di scambio – contratti associativi. Riconduzione del principio di equilibrio ai soli contratti di scambio e suo fondamento dogmatico: la congruità dello scambio contrattuale ed il suo rapporto con la sinallagmaticità e la corrispettività dello scambio.

Il fondamento dogmatico dell'abbinamento scambio – equilibrio contrattuale e della corrispondente esclusione del principio di

---

<sup>222</sup> G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 496.

equilibrio dalla teoria generale dei contratti associativi risiedeva nella qualificazione dello scambio come accordo in cui la prestazione di ciascuna parte è a vantaggio della controparte e nella speculare qualificazione dei contratti associativi come accordi nei quali la prestazione di ognuno è diretta al perseguimento dello scopo comune<sup>223</sup>.

D'altra parte, la certezza dei sacrifici delle parti nei soli contratti di scambio di tipo commutativo ed il particolare atteggiarsi di sinallagmaticità e corrispettività nei contratti di scambio di tipo aleatorio ha tradizionalmente consentito la valutabilità dell'equilibrio solo nelle fattispecie del primo tipo, in riferimento alle quali è stato elaborato il valore della congruità dello scambio (<sup>224</sup>) e l'ideale del c.d. terzo contratto (<sup>225</sup>).

Queste considerazioni sembrerebbero escludere a priori l'abbinamento scientifico contratti associativi – equilibrio contrattuale, soprattutto ove si elegga a criterio ermeneutico l'identificazione del secondo termine della diade con il concetto di equivalenza oggettiva tra prestazioni (equilibrio economico) ovvero come equilibrio tra prestazioni in termini giuridico.

La congruità – ovverosia l'equilibrio – delle prestazioni di un contratto di scambio di tipo commutativo è sempre stata peraltro vista come un valore solo eventuale della negoziazione. Se ci si riferiva all'equilibrio contrattuale in senso economico, la sua necessarietà rispetto alle prestazioni corrispettive era limitata ai casi in cui lo

---

<sup>223</sup> Queste nozioni sono riportate in A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1997, p. 471.

<sup>224</sup> R. ROLLI, *Le attuali prospettive di oggettivazione dello scambio: verso la rilevanza della congruità dello scambio contrattuale ?*, in *Contratto e impresa*, 2001, pp. 611-643.

<sup>225</sup> Cfr. R. FRANCO, *Il terzo contratto : da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, *passim*, in particolare pp. 70-82.

squilibrio derivava dall'approffittamento dello stato di bisogno ovvero di pericolo di una parte a danno dell'altra, quale presupposto di un vizio genetico parziale della causa.

D'altra parte, l'evidenza empirica della congruità dello scambio attribuiva tradizionalmente rilevanza in negativo anche all'equilibrio tra prestazioni in senso giuridico e limitatamente alle fattispecie nelle quali lo squilibrio risultasse ricollegato ad un vizio funzionale della causa (quale presupposto di risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive non aleatorio) ovvero se derivante dalla violazione di una norma imperativa abbinata dalla legge a nullità virtuale o ad annullabilità testuale da vizio del consenso. Ove quindi l'equilibrio delle prestazioni sembrava essere un diritto delle parti contrattuali negli atti di esercizio della privata autonomia, al più si poteva parlare di diritto *eteroindividuato* <sup>(226)</sup>, nel senso di diritto soggettivo per la cui individuazione occorre la relativa fattispecie acquisitiva, di guisa che in riferimento a talune fattispecie acquisitive un dato diritto soggettivo può essere ritenuto sussistente ma non rispetto ad altre.

In altre ipotesi, il principio di equilibrio poteva valere al più come criterio di qualificazione della fattispecie <sup>(227)</sup>, come confermato dalle applicazioni giurisprudenziali della teorica del negozio *mixtum cum donatione*.

Diversamente, la sinallagmaticità e la corrispettività dello scambio vedevano la loro caratteristica fondante nell'essere la

---

<sup>226</sup> Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2000, pp. 57 e 59. L'Autore propone, con rilevanza processuale, una lucida distinzione tra diritti *eteroindividuati* e diritti *autoindividuati*: sono qualificati come *autoindividuati* i diritti soggettivi rispetto ai quali non è elemento identificatore la relativa fattispecie costitutiva, nel senso che per l'individuazione del diritto non c'è bisogno di stabilire in quale fattispecie il medesimo sia sorto.

<sup>(227)</sup> Si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 472 s., sulla causa come criterio di qualificazione del contratto. In questa sede si ritiene l'equilibrio un predicato, seppur non necessario, della causa, idoneo in quanto tale e al pari dello stesso concetto di causa a costituire criterio di qualificazione della fattispecie.

prestazione di ciascuna parte rivolta a vantaggio della controparte come caratteristica comune sia ai contratti di scambio di tipo commutativi che a quelli aleatori. Assunti questi punti di partenza, nei contratti associativi sarebbe stato astrattamente non configurabile sia l'equilibrio giuridico che l'equilibrio economico, perché non vi sono ontologicamente i presupposti per il confronto tra le prestazioni che le parti hanno eseguito o si sono obbligati ad eseguire.

7. Ipotesi di lavoro : rilevanza dell'equilibrio giuridico e dell'equilibrio economico come criteri per la qualificazione della causa in concreto dei contratti

E' stata autorevolmente affermata<sup>228</sup>, rispetto al fenomeno associativo, la strumentalità della posizione del contratto alla operazione economica consistente nello svolgimento di un'attività organizzata, che abbina un momento negoziale accanto al momento organizzativo<sup>229</sup> - con particolare evidenza nel contratto di società

---

<sup>228</sup> Il riferimento è a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 34, il quale afferma che : Nei contratti di scambio l'operazione economica nella sua interezza rimane assorbita nel contratto, che costituisce la fonte unica e diretta del rapporto e il mezzo di realizzazione dell'interesse contrattuale delle parti. Nel fenomeno associativo, il contratto assume una posizione strumentale rispetto alla operazione economica cui le parti intendono dar vita e che pur sempre rimane l'esercizio in comune di una attività in vista di un fine comune. Di particolare rilevanza rispetto alle indagini qui svolte, sono queste peculiarità della categoria dei contratti associativi riscontrate dall'Autore, in quanto peculiarità si rilevanti che potrebbero ispirare delle perplessità sull'unitarietà della categoria stessa di contratto (cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 32-33).

<sup>229</sup> La coesistenza tra i due momenti viene confermata da C. ANGELICI, *Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società*, in *Giur.*

giusta la cristallizzazione normativa, all'art. 2247 c.c., del principio qui posto -.

Queste considerazioni embrionali hanno avuto decisivo sviluppo nel momento in cui è emerso il concetto di contrattualità del rapporto associativo quale espressione della convinzione che il contratto non esaurisce i suoi effetti una volta che l'organizzazione sia creata<sup>230</sup>.

La tipizzazione del concetto di operazione economica suggerisce di individuare una continuità tra la fase genetica del contratto associativo e la sua esecuzione (fase funzionale) anche perché i conferimenti, che rappresentano la prestazione che le parti di un contratto di società si obbligano ad eseguire, sono finalizzati al proseguimento dell'oggetto sociale (funzione produttiva del capitale sociale) e quindi alla fase funzionale del contratto di società.

“ Il rapporto di sinallagmaticità intercorre nei contratti con comunione di scopo non tra le singole prestazioni dei vari contraenti, ma tra la prestazione di ciascun contraente e la realizzazione – mediante l'associazione delle singole prestazioni – dello scopo comune” <sup>231</sup>, senza che da ciò si possa dedurre l'assenza totale di un rapporto di sinallagmaticità almeno in senso lato.

La giurisprudenza ha ravvisato elementi di corrispettività al fine di applicare la disciplina della rescissione per lesione in caso di

---

*comm.*, 1991, I, p. 681. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 302, afferma che l'organizzazione finalizzata al perseguimento dello scopo comune non crea alcun ostacolo né logico né interpretativo all'applicazione delle norme sui contratti, le quali sono state già ritenute da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* cit., pp. 213 ss., suscettibili di applicazione diretta ai contratti con comunione di scopo.

<sup>230</sup> F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., pp. 310 ss.

<sup>231</sup> GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 33.

conferimento in natura<sup>232</sup> e ha qualificato l'esercizio del diritto di voto in assemblea come atto esecutivo del contratto e, in quanto tale, dominato dall'art. 1375 c.c. e, quindi, dalla previsione per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede<sup>233</sup>.

Non sussiste un rapporto sinallagmatico tra le obbligazioni dei soci<sup>234</sup>, ma la astratta possibilità di mettere in relazione il perseguimento dello scopo comune con le prestazioni di ciascuna parte del contratto associativo impone di formulare almeno un'ipotesi di lavoro: se sia possibile declinare il principio di equilibrio contrattuale nelle sue diverse accezioni anche in riferimento ai contratti associativi e non solo a quelli di scambio, svolgendo una verifica empirica di questa ipotesi di lavoro in base ad una spregiudicata analisi sul piano del diritto positivo, attraverso le norme che regolamentano il contratto di società.

Il *fumus boni iuris* sembra emergere dal principio che informa la nullità parziale dei contratti associativi e dal principio di parità di trattamento dei soci.

Ai sensi dell'art. 1420 c.c., nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa

---

<sup>232</sup> Cassaz. 27 febbraio 1976, n. 639, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 895, con nota di A. DI AMATO ed in *Riv. dir. comm.*, 1977, 2, p. 279, con nota di PENNACCHIO.

<sup>233</sup> Cassaz. 26 ottobre 1995, n. 11151, in in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 329, sull'abuso del voto da parte della maggioranza; Cassaz. 11 marzo 1993, n. 2958, in *CD-ROM Foro it.*, sul voto del socio in conflitto di interessi con la società; sull'abuso di minoranza. A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003, pp. 95 ss. con particolare riferimento all'equilibrio dei poteri, al rapporto tra principio maggioritario e diritti individuali, bene comune e interesse sociale.

<sup>234</sup> Contra SIMONETTO, *Il contratto di società come contratto a prestazioni corrispettive*, in *Il diritto fallimentare*, 1977, I, p. 196



debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale. Il requisito dell'essenzialità della partecipazione deve essere valutato in base a un criterio oggettivo, che guardi cioè all'idoneità del contratto a realizzare gli scopi perseguiti, nonostante il venir meno della parte il cui vincolo è colpito da nullità, e non alla volontà delle parti<sup>235</sup>, di guisa che questa idoneità può essere valutata solo mettendo in relazione, ai fini del giudizio di essenzialità, le prestazioni delle parti.

Il diritto alla parità di trattamento tra i soci – inteso come criterio di distribuzione tra i soci dei benefici e degli obblighi che derivano dal contratto sociale- nonché i rimedi in caso di violazione del principio di parità di trattamento <sup>236</sup>, e il loro particolare atteggiarsi nell'esercizio dei diritti partecipativi, aprono la strada ad una sorta di corrispettività in senso lato tra, da una parte, la misura della partecipazione e dei diritti patrimoniali e amministrativi ad essa abbinati e, dall'altra, ed il conferimento, seppure non operi in riferimento a tutte le operazioni societarie ma solo in quelle prive di una strumentalità rispetto all'attività di impresa<sup>237</sup> e sebbene vi siano dei casi in cui questo principio viene sacrificato per la prevalenza di un interesse più generale.

---

<sup>235</sup> A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 163.

<sup>236</sup> G. D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, in *Quaderni di giur. comm.*, Milano, 2007, p. 387.

<sup>237</sup> G. D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, cit., p. 278. Cfr. anche M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010, pp. 71 e 96.



## CAPITOLO IV

LA NULLITÀ SOPRAVVENUTA DEL CONTRATTO IN  
RELAZIONE AL PRINCIPIO DI EQUILIBRIO CONTRATTUALE.

SOMMARIO : 1. La nullità causata da fatto sopravvenuto e da norma sopravvenuta. – 2. Ambito di applicazione ed effetti. - 3. La rilevanza del fatto sopravvenuto nella Nuova lex mercatoria in riferimento all'equilibrio contrattuale. –

4. Teorie sull'ammissibilità della nullità sopravvenuta . -
5. Nullità sopravvenuta e nullità derivata

1. La nullità causata da fatto sopravvenuto e da norma sopravvenuta

Si definisce la nullità sopravvenuta come la fattispecie in cui un contratto originariamente valido diventa nullo per il verificarsi di eventi successivi alla sua stipulazione. In particolare, la nullità sopravvenuta fa riferimento alle ipotesi in cui l'atto, validamente formato, diviene successivamente difforme dallo schema legale: per una circostanza sopravvenuta, che determina il venir meno di un requisito

essenziale<sup>238</sup>; o per la sopravvenienza di disposizioni normative dirette ad escludere o limitare l'autonomia dei privati in un determinato settore di interessi. La nullità sopravvenuta è una species di nullità elaborata dalla dottrina meno più risalente e ancora oggi discussa e problematizzata, fino al punto che si dubita della sua stessa esistenza o rilevanza civilistica.

Merita di essere menzionata una tesi secondo la quale non integrano un caso di nullità sopravvenuta le ipotesi di nullità causata da fatto sopravvenuto, poichè la difformità del contratto rispetto al modello codicistico, conseguente al venir meno di un requisito di validità, si ricollega pur sempre ad una disciplina coeva che, al più, si caratterizza per la prescrizione di requisiti dotati di costante rilevanza non solo ai fini della iniziale conformità dell'atto al tipo legale, ma anche ai fini della completa attuazione del programmato regolamento contrattuale<sup>239</sup>.

Nel caso in cui si aderisca all'impostazione per cui dal fatto sopravvenuto non può derivare nullità sopravvenuta di un accordo, bisogna interrogarsi su quali possono essere gli

---

<sup>238</sup> Non potrà tuttavia verificarsi nullità sopravvenuta per mancanza di volontà e quindi per mancanza di accordo. Infatti, questo vizio può sussistere solo in fase genetica, come si ricava dalle autorevoli considerazioni di F. GALGANO, *Sub art. 1418*, in F. GALGANO, F. PECCENINI, M. FRANZONI, D. MEMMO, R. CAVALLO BORGIA, *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 86. .

<sup>239</sup> F. CARRESI, *Il contratto in generale*, cit., pp. 624 ss.; C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, cit., pp. 755 ss., 797.

ulteriori e diversi effetti che una circostanza non presente al momento di formazione dell'accordo può avere rispetto alla validità ed efficacia dell'accordo medesimo.

Vi può essere in generale una connessione tra fatto e originaria manifestazione di volontà contrattuale . Si parla di connessione strutturale se il fatto è impeditivo<sup>240</sup>, cioè se il fatto, che sta fuori dall'incontro di volontà delle parti del contratto, impedisce proprio che quell'accordo modifichi la sfera giuridica dei contraenti, ovverosia impedisce che il contratto produca gli effetti che gli sono propri.

La connessione strutturale si manifesta dunque in fase genetica e, di conseguenza, non riguarda un fatto sopravvenuto, ma presente al momento di formazione dell'accordo, pur restando al di fuori dalla manifestazione dell'accordo medesima e dalla determinazione volitiva delle parti. Tale connessione strutturale può essere accidentale o necessaria. Nel primo caso, si potrebbe parlare di irrilevanza<sup>241</sup> della manifestazione di volontà contrattuale nel momento temporale successivo al verificarsi della circostanza di fatto: per cui, il rapporto tra fattispecie già sorta e fatto sarebbe tale da rendere il contratto inidoneo alla produzioni di effetti giuridici in un momento successivo al

---

<sup>240</sup> Si distingue tra fatto impeditivo e fatto eliminativo, a seconda che una circostanza di fatto, avente rilevanza giuridica, sia idonea a impedire il prodursi di effetti giuridici oppure elimini effetti giuridici già prodottisi (ripristinando lo *status ex quo ante*): cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 78.

<sup>241</sup>C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 225.

verificarsi del fatto stesso, al punto da potersi parlare di inesistenza<sup>242</sup> ovvero inefficacia<sup>243</sup> ovvero di irrilevanza<sup>244</sup> di una data manifestazione di volontà contrattuale in un certo lasso di tempo . La connessione (strutturale) tra fatto e volontà contrattuale può , ancora, essere *accidentale*, ad esempio, nel caso di negozio condizionato sospensivamente: la fattispecie sarebbe intrinsecamente idonea a produrre effetti giuridici ove non si sia provveduto alla inserzione della clausola condizionante nel regolamento contrattuale<sup>245</sup>.

Tale collegamento strutturale, poi, può avere *carattere di necessità* quando la fattispecie è rappresentativa di un interesse che non si è manifestato in tutta la sua

---

<sup>242</sup>G. FILANTI, *Nullità, I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 4.

<sup>243</sup>L. BIGLIAZZI GERI, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 537.

<sup>244</sup>C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 225.

<sup>245</sup> In caso di condizione sospensiva, gli effetti c.d. finali del contratto, desunti dall'art. 1321 c.c. e consistenti nella costituzione, regolamentazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale, sono differiti al verificarsi della condizione sospensiva (M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, p. 404). La condizione sospensiva in senso tecnico, prevista dalla norma in commento, si distingue peraltro dalla c.d. condizione esecutiva, priva di disciplina giuridica (G. PETRELLI, *La condizione, elemento essenziale del negozio giuridico; teoria generale e profili applicativi*, Milano, 2000, pp. 271 ss.): nella prima ipotesi si ha sospensione dell'efficacia del negozio giuridico, con la conseguenza che le situazioni giuridiche soggettive da esso scaturenti non vengono ad esistenza fin quando la condizione non si è verificata; nella seconda ipotesi, invece, l'effetto giuridico sorge al momento della perfezione del negozio, e ciò che rimane in sospenso è esclusivamente l'esecuzione del negozio medesimo (R. LENZI, *In tema di inadempimento come condizione : ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Rivista del notariato*, 1986, pp. 22 e 23; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 226; cfr. G. PETRELLI, *La condizione, elemento essenziale del negozio giuridico; teoria generale e profili applicativi*, cit., pp. 271 ss., il quale propone l'esempio di una compravendita di immobile ipotecato, in cui il pagamento del prezzo venga sospeso, per espresso accordo delle parti, fino all'avvenuta cancellazione dell'ipoteca ad opera della parte alienante che si sia a ciò obbligata).

completezza, come nel caso paradigmatico di oggetto determinabile o indicato genericamente o rimesso all'arbitrio del terzo. In queste eventualità la fattispecie non è intrinsecamente atta alla produzione degli effetti.

In caso di connessione strutturale (necessaria o accidentale) tra fatto e manifestazione di volontà si è in presenza di una *inefficacia originaria*, perchè la connessione è coeva al nascere della fattispecie, avuto riguardo all'effetto che il negozio deve produrre per realizzare l'interesse finale delle parti.

Diversamente, si è in presenza di una inefficacia sopravvenuta se il fatto ulteriore si manifesta successivamente.

Secondo taluno<sup>246</sup>, la nullità può anche essere successiva ma in questo caso, il fatto sopravvenuto sarà collegato alla fattispecie in via funzionale e non già strutturale. Il fatto non sarebbe dunque meramente impeditivo, perchè trae con sé conseguenze giuridiche proprie, che eliminano quelle già prodotte dalla fattispecie. Quindi si parlerà, in caso di fatto sopravvenuto rispetto alla manifestazione di volontà contrattuale, di connessione funzionale – e non strutturale – accidentale o necessaria.

---

<sup>246</sup>F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 329.



Alcuni autori riconducono la categoria della nullità sopravvenuta solo ai casi in cui il contratto venga ad urtare contro una norma imperativa di legge sopravvenuta<sup>247</sup>.

La norma sopravvenuta può fare riferimento e vietare un certo comportamento, rendere illecito il perseguimento di certi scopi da parte dei privati, rendere inidoneo o impossibile l'oggetto di certi atti negoziali, vietare l'esecuzione o l'assunzione di certe obbligazioni, sottoporre le stesse ad autorizzazione amministrativa.

La norma può, infine, perseguire lo scopo di incidere anche sui diritti quesiti, rendendo poi all'interprete il compito di verificarne l'effettiva portata<sup>248</sup>.

Sono state sostenute due teorie: la legge nuova non può colpire i diritti quesiti, che, cioè, sono già entrati nel patrimonio di un soggetto (teoria del diritto quesito)<sup>249</sup>; la legge nuova non estende la sua efficacia ai fatti definitivamente perfezionati sotto il vigore della legge precedente, ancorchè dei fatti stessi siano pendenti gli effetti (teoria del fatto compiuto o dei fatti passati o delle situazioni già maturate)<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, cit., pp. 755 ss.; A. CATAUDELLA, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio*, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, pp. 159 ss.; A. RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, cit., pp. 628 ss.

<sup>248</sup> G.M. DANUSSO, *Norme imperative sopravvenute e validità dei contratti*, in *Giur. it.*, 1987, p. 55.

<sup>249</sup> G. FURGIUELE, *Diritti acquisiti*, in *Digesto*, V, Torino, 1989, pp. 369 ss.

<sup>250</sup> A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1997, p. 35.

La prima teoria viene in genere criticata sotto il profilo che non sempre è agevole la distinzione che essa introduce tra diritto quesito e la semplice aspettativa dell'acquisto di un diritto. Ad esempio, di fronte alla legge 8 marzo 1975, n. 39, che ha abbassato a 18 anni il raggiungimento della maggiore età, tutte le prestazioni continuative o periodiche che, per legge o per contratto o per testamento, dovevano essere effettuate a favore di un minore fino a quando questi fosse diventato maggiorenne, avrebbero dovuto, se non ci fosse stata un'apposita norma transitoria (art. 24), cessare al compimento dei 18 anni del beneficiario o continuare fino al compimento del ventunesimo anno. Se si ritenesse già definitivamente acquisito il diritto ad ottenere la prestazione dovuta per il periodo più lungo, si dovrebbe preferire la seconda soluzione, ma si potrebbe obiettare che non di un diritto perfetto si trattava, bensì di una semplice aspettativa.

La teoria del fatto compiuto è maggiormente seguita. In base ad essa, ad esempio, dovrebbe ritenersi estinto un diritto, una volta decorso il termine fissato per la sua prescrizione estintiva, anche se una nuova norma, entrata in vigore successivamente al momento in cui la prescrizione di quel diritto è già maturata, disponesse un nuovo termine prescrizione più lungo del precedente.

Se la teoria dei fatti compiuti appare preferibile, deve peraltro dirsi che anch'essa non offre che criteri meramente indicativi.

In definitiva, occorre sempre risalire alla volontà del legislatore e domandarsi se, in vista di nuove esigenze sociali, egli non intenda con la nuova norma attribuire efficacia immediata al regolamento disposto ed estenderlo, pertanto, ai fatti compiuti, ma non esauriti sotto il vigore di quella preesistente<sup>251</sup>.

## 2. Ambito di applicazione ed effetti

La nullità sopravvenuta è una forma di invalidità cui possono andar soggetti tutti i contratti con effetti<sup>252</sup> differiti. A rigor di logica, si esclude che la norma imperativa sopravvenuta possa concretamente incidere su contratti già

---

<sup>251</sup> Per dovere di completezza si precisa che si parla, invece, di *ultrattività* allorquando una disposizione di legge, derogando al principio *tempus regit actum*, stabilisce che atti o rapporti, compiuti o svolgentisi nel vigore di una nuova normativa, continuano ad essere regolati dalla legge anteriore. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 35 e 36.

<sup>252</sup> Si distingue tra effetti reali ed effetti obbligatori del contratto. Gli effetti reali consistono nel trasferimento del diritto di proprietà o di altro diritto reale; gli effetti obbligatori si esauriscono nell'assunzione di obbligazioni in forza di un dato contratto. Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 130.

perfetti o esauriti<sup>253</sup>. Vi sono, in particolare, i contratti c.d. ad effetti reali differiti, così caratterizzati: al momento della conclusione del contratto si producono solo effetti obbligatori; l'effetto reale si produrrà invece a seguito di un ulteriore atto o fatto, quale l'individuazione nella vendita di cose di genere, la venuta ad esistenza del bene nella vendita di cosa futura, l'acquisto del bene dal terzo nella vendita di cosa altrui. Queste fattispecie sono normalmente definite vendite obbligatorie<sup>254</sup>, per gli effetti obbligatori che si producono al momento della formazione dell'accordo, ma in realtà si tratta di contratti non aventi solo effetti obbligatori, ma anche effetti reali, pur se differiti<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup>C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 350. Viene denominato ad effetti differiti il contratto il cui adempimento, anziché esaurirsi nel compimento di un solo fatto, si fraziona in una pluralità di fatti.

<sup>254</sup> Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 130.

<sup>255</sup> In particolare, il sintagma effetto traslativo o costitutivo (reale) differito viene utilizzato dall'art. 1465 c.c. a proposito dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione nei contratti ad efficacia reale e delle conseguenze del perimento della cosa. Il normale abbinamento del rischio con la titolarità del diritto fa sì che nei casi in cui l'effetto traslativo sia differito rispetto al momento della conclusione del contratto, il rischio del perimento della cosa (e il complessivo rischio contrattuale) continui a gravare sul venditore fino al momento della produzione dell'effetto reale (L. CABELLA PISU, *Sub art. 1465 c.c., Impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 2002, p. 169). La regola dettata dal primo comma dell'articolo menzionato, per cui il perimento della cosa per una causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, quindi, si applica alla vendita di cosa generica, e agli altri casi di vendita c.d. obbligatoria o ad effetti reali differiti, quali la vendita di cose future, la vendita di cosa altrui e la vendita alternativa, solo dopo che si è avuto il trasferimento della proprietà a favore dell'acquirente (F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, p. 119), e quindi dopo che si è prodotto l'effetto traslativo.

Alcuni autori<sup>256</sup>, inoltre, hanno ritenuto di comprendere nell'ipotesi della nullità sopravvenuta anche i contratti ad esecuzione continuata, vale a dire quei contratti di durata che comportano un unico atto di esecuzione ancorchè protratto nel tempo (si pensi al deposito o al comodato).

Ancora, possono essere colpiti da nullità sopravvenuta i contratti che fanno parte di una fattispecie complessa a formazione successiva. Tali contratti non hanno effetti finchè non siano al completo tutti gli elementi della fattispecie in cui s'inquadrano, appunto perché l'effetto non può logicamente prodursi prima della sua causa genetica, la quale qui è l'intera fattispecie complessa di cui il negozio è parte. E, quindi, essi richiedono la permanenza di presupposti loro necessari fino al momento in cui la fattispecie si completa. Ne consegue che prima di questo momento l'efficacia del contratto non è mai sicura. Così, ad esempio, l'invalidità può colpire la donazione fatta in riguardo di futuro matrimonio (art. 785 comma 2° c.c.)<sup>257</sup>: questa fattispecie contrattuale non è perfetta e non può logicamente produrre effetti prima della celebrazione del matrimonio; quest'ultima costituisce la causa genetica della liberalità.

---

<sup>256</sup>E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, XV, Torino, 1955, p. 476; G. NARDELLI, *In tema di nullità e validità sopravvenuta*, cit., pp. 2036 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1290.

<sup>257</sup>E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 476.

Il fatto che la nullità sopravvenuta operi solo nei confronti dei contratti ad efficacia dilazionata, la distingue dalla nullità originaria o genetica<sup>258</sup>, che invece può verificarsi nei confronti di qualsiasi contratto. In realtà, le due forme di nullità si differenziano anche sotto altri aspetti.

Innanzitutto, nella nullità originaria si riscontra una mancanza originaria della fattispecie, mentre nella nullità sopravvenuta si ha una mancanza sopravvenuta. La situazione è simmetricamente opposta a quella che si determina nel caso di fattispecie a formazione progressiva: qui la fattispecie originariamente incompleta si perfeziona in un momento successivo per il sopravvenire del requisito mancante; là invece la fattispecie originariamente completa si disintegra in seguito per il venir meno di un requisito già realizzato. Utilizzando la terminologia propria delle vicende del rapporto giuridico, si può dire che la nullità sopravvenuta importa una estinzione dell'accordo<sup>259</sup>.

Esiste, inoltre, una impostazione che, seppur isolata, merita di essere menzionata, nonostante sia stata elaborata appena promulgato il codice civile vigente e, quindi, in epoca risalente<sup>260</sup>. Nello specifico, secondo questa teoriamente la nullità originaria può essere dovuta al difetto

---

<sup>258</sup> Si tratta, in particolare, della nullità disciplinata dal codice civile e di cui si è già parlato nel capitolo II.

<sup>259</sup> A. FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, cit., p. 86.

<sup>260</sup> La teoria citata nel testo si rifà a A. FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, cit., p. 87.

di uno qualsiasi degli elementi costitutivi del contratto, la nullità sopravvenuta è ammessa dalla legge solo nel caso di deficienza di taluni determinati elementi costitutivi.

A parte ciò, non sussistono altre differenze tra le due figure. La nullità sopravvenuta, infatti, è sottoposta ad una disciplina non diversa da quella prevista dagli artt. 1421 ss. c.c.: chiunque vi abbia interesse potrà far dichiarare che il contratto è nullo, il giudice eventualmente adito potrà rilevare d'ufficio la nullità, l'azione non sarà soggetta a limiti di prescrizione, il contratto nullo non potrà essere convalidato ma sarà suscettibile di conversione.

Molto discusso in dottrina è se la nullità sopravvenuta operi *ex nunc*, vale a dire dal momento in cui si verifica la causa di nullità, oppure *ex tunc*.

Alcuni autori ritengono che essa operi retroattivamente, incidendo immediatamente sull'atto ed estendendo i suoi effetti anche sulle prestazioni già eseguite che sull'atto si fondano<sup>261</sup>.

La dottrina prevalente, invece, ha proposto la costruzione di una nullità sopravvenuta operante *ex nunc*, alla quale sarebbe lecito rifarsi in tema di contratti non ancora esauriti<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> V. SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 369; R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., p. 900.

<sup>262</sup>C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, cit., pp. 767 ss, 795 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, 2, in *Tratt. Cicu - Messineo*, Milano, 1972, pp. 182 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto*

Solo nei contratti ad effetti non immediati, infatti, si può riscontrare la indispensabile coesistenza fra i termini “invalidità-nullità”, per natura dotata di efficacia *ex tunc*, e “successiva”, concetto che alluderebbe chiaramente alla operatività *ex nunc* del fenomeno<sup>263</sup>.

In tale prospettiva, la nullità sopravvenuta colpirebbe il contratto originariamente perfetto con efficacia *ex nunc*, vale a dire dal momento in cui entra in vigore la nuova normativa o si verifica l’evento che provoca la sopravvenuta nullità, e non con effetto retroattivo come nei casi di nullità originaria, altrimenti travolgerebbe anche gli effetti del contratto già conclusi ponendo nel nulla la certezza dei rapporti giuridici<sup>264</sup>.

Il contratto affetto da nullità sopravvenuta, infatti, nel periodo precedente all’invalidazione è valido. Non essendo riscontrabile sin dall’origine quella situazione patologica, non si giustifica l’operatività *ex tunc* come avviene per la nullità del contratto originariamente invalido.

---

*privato italiano*, Napoli, 1945, pp. 374 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1289; A. RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, cit., pp. 628 ss.

<sup>263</sup> V. M. ROMANELLI, *Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Jus*, 1942, pp. 123 ss.; C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, cit., pp. 760 e 795 ss.

<sup>264</sup> A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1289; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, cit., pp. 147 ss.



### 3. La rilevanza del fatto sopravvenuto nella *Nuova lex mercatoria* in riferimento all'equilibrio contrattuale.

I contratti del commercio internazionale sono sovente disciplinati e regolati dagli usi<sup>265</sup>, i quali costituiscono «... un diritto internazionale a formazione spontanea, detto *Nuova lex mercatoria*, cui anche la nostra Cassazione riconosce il carattere di ordinamento giuridico originario<sup>266</sup> e di cui è stata fatta da UNIDROIT una organica compilazione che va sotto il nome di “Principi dei contratti commerciali internazionali”»<sup>267</sup>.

I principi di *Nuova lex mercatoria* non si occupano espressamente della disciplina dell'invalidità del contratto, in quanto trattasi di norme di ordine pubblico che non possono essere demandate alla regolamentazione consuetudinaria. Tuttavia, nei Principi UNIDROIT vi è una norma molto importante sulla rilevanza di un fatto sopravvenuto rispetto ad un rapporto contrattuale di durata. Questa norma (artt. 6.2.2 e 6.2.3), senza parlare né di inefficacia sopravvenuta né di nullità sopravvenuta, si

---

<sup>265</sup> F. GALGANO, *Prefazione* a V. RICCIUTO, N. ZORZI, (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XXVII, Padova, 2002, p. XIV.

<sup>266</sup> F. GALGANO, *Prefazione* a V. RICCIUTO, N. ZORZI, (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., p. XIV fa riferimento a Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro italiano*, 1982, I, c. 2285, e richiama, peraltro, l'art. 834, comma 2°, c.p.c., che, nel regolare il diritto applicabile al merito nell'arbitrato internazionale, ha imposto agli arbitri di tenere conto, quale che sia la legge applicabile, degli usi del commercio.

<sup>267</sup> F. GALGANO, *Prefazione* a V. RICCIUTO, N. ZORZI, (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., p. XIV.

limita a descrivere le conseguenze che il fatto sopravvenuto può avere sull'assetto di interessi posto in essere dai privati.

Nei rapporti ad esecuzione continuata o differita possono, infatti, verificarsi eventi straordinari e imprevedibili che rendono la prestazione di una delle parti non impossibile, ma eccessivamente onerosa, al punto da alterare sensibilmente l'equilibrio economico del contratto e determinare un sacrificio sproporzionato di un contraente a vantaggio dell'altro. Questa situazione è meglio conosciuta nel commercio internazionale come *hardship*.

L'esigenza di far fronte ai rapidi cambiamenti del mercato ha indotto negli ultimi decenni gli operatori del commercio ad avvalersi del principio di autonomia privata, inserendo nel contratto un'apposita clausola che prende il nome di *hardship clause* e che assicura, in situazioni di eccessiva onerosità sopravvenuta, la prosecuzione del rapporto commerciale attraverso il suo continuo adattamento alle mutate circostanze<sup>268</sup>.

Con l'inserimento di una clausola di *hardship* in un documento contrattuale, quindi, le parti disciplinano come reagire ad una situazione in cui l'equilibrio contrattuale viene alterato da un fattore esterno, allo scopo di adattare i loro rapporti alle nuove circostanze, o attraverso la

---

<sup>268</sup> A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in U. DRAETTA e C. VACCA' (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, pp. 323 ss.

rinegoziazione delle condizioni contrattuali, o attraverso l'intervento di un terzo che ristabilisca la parità tra le rispettive prestazioni<sup>269</sup>.

L'evento di *hardship*, analogamente a quanto di solito previsto nelle clausole di forza maggiore, può consistere tanto in un evento verificatosi successivamente alla conclusione del contratto, quanto in una situazione preesistente alla stipulazione, ma che la parte che la subisce non conosceva o non poteva ragionevolmente conoscere.

Possono essere indicate, a titolo esemplificativo, delle ipotesi specifiche, quali eccezionali rialzi del costo delle materie prime, ribassi nel valore del prodotto finito, variazioni delle imposte o dei dazi doganali. In ogni caso deve trattarsi di situazioni del tutto imprevedibili e tali da alterare nella sostanza l'equilibrio contrattuale originario.

Le parti del contratto disciplinano il modo in cui la circostanza di squilibrio contrattuale deve essere accertata, documentata e comunicata alla controparte per poter dare esecuzione al procedimento di ristrutturazione del contratto. La parte che denuncia l'evento di *hardship* deve provare, da un lato, che la sua prestazione è diventata eccessivamente onerosa a causa di un evento fuori dal suo ragionevole

---

<sup>269</sup> E. C. ZACCARIA, *Sopravvenuto squilibrio delle prestazioni (hardship) e adattamento del contratto nel commercio internazionale*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, pp. 405 ss.; D. DI PIETRO, *La clausola rebus sic stantibus, hardship clause e le clausole di adeguamento automatico a fronte dei rischi relativi al cambio, alla svalutazione e al tempo di durata*, Torino, 2001, pp. 487 ss.

controllo e che non poteva essere ragionevolmente previsto al momento della conclusione del contratto, e che, dall'altro lato, non ha potuto ragionevolmente evitare o superare l'evento o le sue conseguenze sfavorevoli<sup>270</sup>.

È possibile che le parti prevedano, nel caso in cui i negoziati non vadano a buon fine, il ricorso ad un terzo imparziale con funzioni di arbitro, che si sostituirà alle parti nel tentativo di riequilibrare le condizioni contrattuali o, in alternativa, la possibilità di dichiarare risolto il contratto<sup>271</sup>.

La clausola di *hardship* attribuisce, dunque, una rilevanza al fatto sopravvenuto, tale da riconoscere alla parte svantaggiata il diritto potestativo di chiedere la rinegoziazione del contratto.

#### 4. Teorie sull'ammissibilità della nullità sopravvenuta

È opinione comune<sup>272</sup> che la nullità sia un vizio genetico del contratto che, per sua natura, deve essere contemporaneo alla formazione dell'atto.

---

<sup>270</sup> A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., pp. 323 ss.

<sup>271</sup> E. C. ZACCARIA, *Sopravenuto squilibrio delle prestazioni (hardship) e adattamento del contratto nel commercio internazionale*, cit., pp. 408 ss.

<sup>272</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 386; R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., pp. 899 ss.; V. SCALISI, *Inefficacia*, cit., p. 368.

La figura della nullità sopravvenuta, contravvenendo al principio della contemporaneità, è stata frequentemente negata sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza.

Le opinioni che negano che un fatto sopravvenuto o una norma sopravvenuta producano la nullità successiva del contratto poggiano sull'asserto che in questi casi la reazione dell'ordinamento non è contro il contratto ma contro i suoi effetti, e che piuttosto che di nullità sopravvenuta occorre dunque parlare di sopravvenuta inefficacia<sup>273</sup>.

«Benché largamente rappresentata, questa impostazione dovrebbe suscitare un secco rifiuto per motivi di rigore logico, a prescindere dal giudizio da dare sull'ammissibilità di una nullità sopravvenuta. Distinguere, infatti, tra gli effetti e il contratto è insensato tanto quanto distinguere l'immagine dalla luce. I cosiddetti “effetti” sono semplicemente la qualificazione che il contratto dà a certi comportamenti; qualificazione confermata dalla legge quando lo giudica valido, e da essa negata altrimenti»<sup>274</sup>.

Parte della dottrina si esprime contro l'idea stessa di una nullità sopravvenuta. Invoca per ciò addirittura un principio logico che consisterebbe nella impossibilità di sovrapporre due concetti collocati su due piani

---

<sup>273</sup>N. DISTASO, *I contratti in generale*, Torino, 1966, p. 1943.

<sup>274</sup> Queste parole si devono a A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1447. Nello stesso senso A. DI MAJO, *La nullità*, in A. DI MAJO, G.B. FERRI, M. FRANZONI (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, VII, Torino, 2002, pp. 98 ss.

cronologicamente distinti: l'atto perfezionato, valutabile in termini di validità e invalidità, e il rapporto che da quell'atto si origina, suscettibile di un giudizio di efficacia o inefficacia<sup>275</sup>.

La dottrina prevalente<sup>276</sup>, al contrario, ribadisce l'inseparabilità logica del rapporto dall'atto. La regola e il suo effetto non sono separabili e non possono avere vicende incompatibili; né si pongono su piani cronologici diversi: un diritto è un diritto finché una regola ne è titolo, e in base a quella si può pretendere il comportamento corrispondente<sup>277</sup>.

Poiché la norma proibitiva sopravvenuta in corso di durata del contratto governa attraverso la regola negoziale i relativi comportamenti, risulta inconsequente sostenere che il contratto antecedentemente concluso resti valido, e contemporaneamente ritenere che i dovuti comportamenti non siano più dovuti. È ragionevole pensare, invece, che lo *jus superveniens* incida da quel momento sulla regola negoziale con esso incompatibile, e impedisca a questa di operare da quel momento ulteriormente, salvo che la legge stessa disponga esplicitamente in modo diverso.

---

<sup>275</sup> F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, pp. 10 e 11.

<sup>276</sup> A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1450; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, pp. 730 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., pp. 98 ss.

<sup>277</sup> A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1450.

## 5.Nullità sopravvenuta e nullità derivata

In riferimento al c.d. collegamento negoziale quale particolare modo di atteggiarsi della causa del contratto, nell'ambito della categoria della nullità, taluni<sup>278</sup> hanno teorizzato la categoria concettuale della “ nullità derivata”, caratterizzata, così come quella sopravvenuta, non da un vizio genetico, ma da un vizio che emerge solo nella fase c.d. funzionale, dell'esecuzione dell'accordo.

La nullità derivata consisterebbe nella estensione della nullità da un contratto a un altro, nel presupposto di una connessione tra i due accordi<sup>279</sup>.

Secondo dottrina e giurisprudenza, più contratti si dicono collegati quando sussiste tra di essi un nesso di interdipendenza. In base all'orientamento maggioritario<sup>280</sup>, perchè vi sia collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorrano due requisiti: un requisito

---

<sup>278</sup> M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1937, pp. 323 ss.; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, pp. 1576 ss.

<sup>279</sup> M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., pp. 323 ss.

<sup>280</sup> N. GASPERONI, *Collegamento negoziale e connessione fra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, pp. 359 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 215; F. GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 161 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 960 ss.

oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario; e un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.

Il collegamento negoziale non dà luogo a un nuovo ed autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi. In queste ipotesi, il collegamento, pur potendo determinare un vincolo di reciproca dipendenza tra i contratti, non esclude che ciascuno di essi si caratterizzi in funzione di una propria causa e conservi una distinta individualità giuridica<sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup>R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 377 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, pp. 210 ss; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, pp. 5 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 28 giugno 2001, n. 8844; Cass., 24 luglio 2004, n. 14244; Cass., 12 luglio 2005, n. 14611; Cass., 5 aprile 1984, n. 2217; Cass., 16 maggio 2003, n. 7640.



Le parti, dunque, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono dare vita con un solo atto a diversi e distinti contratti che, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e pur rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, possono tuttavia risultare collegati tra loro, funzionalmente e con rapporto di reciproca dipendenza, in modo che le vicende dell'uno si ripercuotono sugli altri, condizionandone la validità e l'esecuzione<sup>282</sup>.

Il collegamento può essere necessario o volontario<sup>283</sup>. Nel primo tipo di collegamento, l'interdipendenza dei negozi è sancita direttamente dalla legge; nel collegamento volontario, invece, bisogna prestare maggiore attenzione alla volontà delle parti per valutare il grado di influenza tra i negozi<sup>284</sup>.

Per quanto riguarda gli effetti derivanti dal collegamento sulla disciplina giuridica dei contratti collegati si suole distinguere tra collegamento unilaterale e collegamento bilaterale<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup>Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007.

<sup>283</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 164 parla di collegamento tipico e atipico. Quando il collegamento fra contratti diversi risulta legislativamente fissato, è tipico (si pensi al contratto e al subcontratto); collegamento atipico è, invece, quello che fra più contratti si instaura in forza dell'autonomia contrattuale, in applicazione cioè dell'art. 1322 comma 2° c.c., e che prende vita da una atipica clausola, espressa o anche tacita, di più contratti.

<sup>284</sup> Si distingue, inoltre, tra collegamento genetico e funzionale. Si parla di collegamento genetico quando un contratto esercita la propria influenza sulla nascita (o sulla modifica o estinzione) di un altro contratto (si fa l'esempio del preliminare e del definitivo); si parla di collegamento funzionale quando i negozi tendono alla realizzazione di un solo scopo comune.

<sup>285</sup> In dottrina, cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., pp. 724 e 725; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 800; C.M. BIANCA, *Il*

Nella prima ipotesi, ogni vicenda del contratto principale si comunica al contratto subordinato (ma non viceversa). Così, ad esempio, le vicende del contratto di mutuo si comunicano al contratto di garanzia; le vicende del contratto preliminare si comunicano al contratto definitivo (a meno che quest'ultimo non venga concluso in regime di piena autonomia, ossia senza nessun influsso del preliminare).

In particolare, l'invalidità, la rescindibilità e la risolubilità del contratto principale coinvolgono il contratto accessorio; l'inadempimento del primo dispensa dall'adempimento del secondo (estensione del principio *inadimplenti non est adimplendum*: art. 1460 c.c.)<sup>286</sup>.

Nella seconda ipotesi, ossia nel collegamento bilaterale, l'interdipendenza consiste in una influenza reciproca, cioè ogni vicenda di un contratto si ripercuote sull'altro e viceversa (*simul stabunt, simul cadent*)<sup>287</sup>.

Una parte della dottrina, in realtà, esclude che il collegamento negoziale possa comportare la ripercussione

---

*contratto*, cit., p. 483. Tuttavia, si rileva da parte di R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, cit., p. 377 e da G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 210, che tale classificazione è di scarso interesse in quanto si ferma al lato esteriore del fenomeno, indicando unicamente la direzione operativa del nesso.

<sup>286</sup> Vi sono, poi, dei casi nei quali il contratto dipendente deve rivestire la stessa forma del contratto principale o viceversa (si pensi al contratto preliminare: art. 1351 c.c.; alla procura: art. 1392 c.c.; alla ratifica: art. 1399 comma 1° c.c.).

<sup>287</sup> Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Contratti*, 1999, p. 336.

di un negozio sull'altro sul piano della validità<sup>288</sup>. Si ritiene, infatti, che ciascuno dei negozi collegati abbia una distinta qualificazione in termini di validità; un giudizio, positivo o negativo, in termini di validità non si comunica da un atto all'altro, ma non può che formularsi con riferimento a ciascun atto.

Secondo questi autori, la nozione di nullità derivata non trova riscontro in alcuna figura reale, ed è una espressione imprecisa per indicare l'influenza, innegabile, che la nullità di un negozio può avere su una fattispecie collegata e che si risolve o in una incidenza sugli effetti di quest'ultima o in una sua autonoma nullità per un vizio ad essa intrinseco.

---

<sup>288</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Annuario dir. comp. e studi legisl.*, 1951, pp. 73 ss.; R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., p. 920.

## CONCLUSIONI

La nozione civilistica e la nozione contabile di sopravvenienza vengono messe a confronto alla luce dei Principi contabili internazionali con riferimento alla disciplina della s.p.a. e, in particolare, nelle operazioni societarie straordinarie e nelle operazioni sul capitale sociale. D'altra parte, non si può dire che sia solo il concetto contabile di sopravvenienza ad essere predicabile in riferimento ad una s.p.a.. Infatti, eccezion fatta per le s.p.a. unipersonali le s.p.a. si costituiscono per contratto e sicuramente la disciplina generale del contratto è suscettibile di applicazione diretta, seppur non nella sua interezza, al contratto di società.

Peraltro, la contrattualità del rapporto associativo consente di distinguere la fase genetica della società – il cui elemento fondamentale, nel caso di s.p.a., è costituito dall'acquisto della personalità giuridica – dalla fase funzionale, finalizzata al conseguimento dell'oggetto sociale. Rispetto al fenomeno associativo, si registra dunque la strumentalità della posizione del contratto alla operazione economica consistente nello svolgimento di un'attività organizzata, che abbina un momento negoziale accanto al momento organizzativo - con particolare evidenza nel contratto di società giusta la cristallizzazione normativa, all'art. 2247 c.c., del principio di contrattualità del rapporto associativo qui posto -. In particolare, questo principio si abbina alla convinzione che il contratto non esaurisce i suoi effetti una volta che l'organizzazione sia creata. Nel fenomeno associativo, il contratto assume una posizione strumentale rispetto alla operazione economica cui le parti intendono dar vita e che

pur sempre rimane l'esercizio in comune di una attività in vista di un fine comune, ma l'organizzazione finalizzata al perseguimento dello scopo comune non crea alcun ostacolo né logico né interpretativo all'applicazione delle norme sui contratti, le quali sono state già ritenute suscettibili di applicazione diretta ai contratti con comunione di scopo.

Anzi, la contrattualità del rapporto associativo induce a una svalutazione della fase genetica del contratto a beneficio di un'indagine scientifica concentrata sulla fase funzionale. L'esecuzione di un contratto di società di capitali, cioè la stessa vita della società, avviene attraverso lo svolgimento di un'attività prenegoziale e deliberativa, nonché attraverso la stipulazione di contratti tra soci (o terzi) e società conclusi in esecuzione di quell'attività deliberativa. Attesa la contrattualità del rapporto associativo, è possibile formulare una ipotesi di lavoro, abbinata all'intento scientifico di verificare se uno dei precipitati logici di questo aspetto della contrattualità sia la rilevanza della teorica civilistica delle sopravvenienze anche nei contratti associativi e, in particolare, nel contratto di società per azioni, terreno eletto di indagine scientifica.

Concludendo, in riferimento a tali fattispecie, rappresentate dalle operazioni sul capitale e dalle operazioni straordinarie, il presente progetto di ricerca si propone di analizzare come primo *step* le conseguenze contabili delle sopravvenienze, soprattutto se derivanti da esiti patologici di tali operazioni, quali la nullità sopravvenuta o l'inefficacia sopravvenuta ovvero dal loro mancato perfezionamento.

Lo IAS 10 costituisce uno strumento d'indagine scientifica funzionale alla costruzione, come già detto, di una piramide concettuale scandita dai tre passaggi fondamentali sopra esposti e dati (partendo dal più basso livello di astrazione al più alto) da equilibrio

contabile; equilibrio contrattuale ed equilibrio dell'impresa; equilibrio del mercato.

Il risultato sarà quello di un'analisi economica del diritto, più o meno compiuta, perché le sopravvenienze, anche quando non danno luogo a rettifiche di bilancio, e soprattutto l'informativa sulle stesse e sui loro profili contabili, civilistici, fiscali e fallimentari possono essere fonte di esternalità positive ovvero negative, cioè di effetti esterni positivi (in caso di libera e corretta informazione) ovvero negativi (in caso di disinformazione), esterni rispetto all'impresa che ha subito le sopravvenienze e aventi ricadute sulla stabilità del mercato e sulla libertà contrattuale dei soggetti che con questa impresa interagiscono.

#### Bibliografia

P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, *Il nuovo diritto delle società*, III, Torino, 2007.

G. AULETTA, N. SALANITRO, *Diritto Commerciale*, Milano, 2008.

F. ADDIS, *Diritto comunitario e “ riconcettualizzazione” del diritto dei contratti : accordo e consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, pp. 869 ss.

G. ALPA, *Il diritto privato europeo : significato e confini del sintagma*, in G. ALPA e G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, pp. 4 ss.

C. ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 2004, pp. 1038 ss.

L.A. BEBCHUK, *Corporate Law and Economic Analysis*, Cambridge, 1990.

G. BONFANTE, D. CORAPI, G. MARZIALE, R. RORDORF, V. SALAFIA, *Codice Commentato delle Società*, II, Milano, 2007.

M.T. BRODASCA, sub art. 2505 bis, in L. BIANCHI (a cura di), *Trasformazione, scissione, fusione*, in *Comm. Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari*, Milano, 2006.

M. CALÌ, *Incorporazione di controllata indirettamente e procedura semplificata ex art. 2504 quinquies*, in *Giur. comm.*, 2001, II, pp. 906 ss.

G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2012.

I. CAPELLI, *Fusioni e scissioni*, in A. BORTOLUZZI (a cura di), *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Torino, 2004.

P. COSTANZO, M. GAZZANI, F. NOVATI, *Le Società. Commento al D. lgs. 6/2003*, Milano, 2003.

F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Torino, 1989.

F. FERRARA, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006.

A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, Padova, 2009.

G. FERRI JR., G. GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo*

*diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, IV, Torino, 2007.

P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971.

A. FRIGNANI – M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. XII, Padova, 2010.

E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica* in *Rivista di diritto civile*, I, 2003, pp. 93 ss.

F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007.

F. GALGANO, *Le clausole generali fra diritto comune e diritto societario*, in G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. LXI, Padova, 2011, p.

P. GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.

N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011.

G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009.

U. LA PORTA, *Un " caso particolare" di fusione semplificata*, in *Le Società*, 2004, pp. 1 ss..

G. LO CASCIO, *La riforma del diritto societario. Società per azioni*, Milano, 2003.

F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2009.

H. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, VI ed. Muller, Heidelberg, 1994.



P.G. MARCHETTI, *Gli aumenti di capitale*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Raccolta di lezioni della scuola di notariato della Lombardia*, Milano, 2003.

U. MORERA, *I principi comunitari per le fusioni di società: analisi e riflessioni nella prospettiva di adeguamento*, in *Foro it.*, 1987, IV, cc. 250 - 261.

G.D. Mosco, *Studi sull'effettività delle regole societarie*, Roma, 2010.

G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, pp. 43 ss.

S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033 ss.

R. RINALDI (a cura di), *Il reddito di impresa tra norme di bilancio e principi contabili* in *Quaderni di Giur. comm.*, Milano, 2004.

D. U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. LVII, Padova, 2010.

M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione della società dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 823 ss.

