

IL RAPPORTO TRA RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ NELLA RILEVAZIONE DELLE SITUAZIONI DI ABUSO, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA RIDUZIONE EX OFFICIO DELLA CLAUSOLA PENALE

RELATIONSHIP BETWEEN REASONABLENESS AND PROPORTIONALITY IN ABUSE SITUATIONS RECOGNITION, WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE EX OFFICIO PENALTY CLAUSE REDUCTION

Gerardo Villanacci

Professore ordinario di Diritto Privato presso l'Università Politecnica delle Marche. Docente presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione. Roma. Avvocato abilitato al patrocinio innanzi alla Corte di Cassazione. Giornalista pubblicista iscritto all'ordine dei giornalisti (n. 3137 Iscrizione albo).

Riassunto: Da mero doppione del principio della ragionevolezza privo di idonea positivizzazione, il principio di proporzionalità acquisisce una propria autonomia e una rinnovata considerazione in tutti gli ambiti dell'ordinamento giuridico. La *vis* espansiva della proporzionalità non più in un rapporto di *genus a species* con la ragionevolezza ma espressione del principio del *neminem laedere* nonché misurazione oggettiva di interessi da bilanciare, impone un utilizzo generalizzato del principio non solo come metro di giudizio dell'azione pubblica ma anche come strumento di controllo dell'autonomia negoziale. La riduzione della clausola penale anche *ex officio* si traduce in un giudizio di equità in grado di promuovere un giusto bilanciamento, tra l'interesse del creditore da un lato e dal sacrificio concretamente esigibile del debitore dall'altro.

Parole chiave: Ragionevolezza. Proporzionalità. Interesse giuridicamente rilevante. Bilanciamento. Meritevolezza. Clausola penale.

Abstract: As a mere double of the reasonableness principle devoid of appropriate positivity, the proportionality principle acquires his own autonomy and a new consideration in all frameworks of the legal order. The expanding strength of the proportionality, no more in a *genus* and *species* relationship with the reasonableness, but *neminem laedere* (hurt no one) principle expression, as well as objective measurement of interests to balance, requires a generalised use of the principle not only as a judgement parameter of public action but also as a means of control of the negotiating autonomy. The penalty clause reduction also *ex officio* assumes form of equity judgement able to promote a right balancing between creditor interest on the one hand, and the debtor sacrifice chargeable in practice on the other.

Keywords: Reasonableness. Proportionality. Interest legally relevant. Balancing. Worthiness. Penalty clause.

Sommario: **1** Profili civilistici della ragionevolezza – **2** Il principio di proporzionalità – **3** La riduzione ex officio della clausola penale

1 Profili civilistici della ragionevolezza

Il principio di ragionevolezza a lungo ritenuto prerogativa esclusiva del giudice costituzionale¹ nell'ambito del giudizio di legittimità di una certa norma portata al suo vaglio, è strumento di portata generale finalizzato a scongiurare le obsolescenze del sistema giuridico formale attraverso un'analisi che tenga conto dei valori che fondano una certa comunità² da un lato, e quelli che l'ordinamento giuridico intende presidiare, dall'altro; infatti esso non si limita a superare le diseguaglianze tra consociati ovvero tra norme, ma assurge a fonte da cui attingere nella individuazione degli interessi che assumono rilievo in un determinato contesto storico, in una logica di adesione e rispetto delle istanze economiche e sociali che caratterizzano una certa comunità senza legami rigidi col dato positivo.³

¹ Per un approfondimento sul principio di ragionevolezza in ambito costituzionale si v. A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi* in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1994; L. PALADIN voce *Ragionevolezza* (principio di) in *Enc. giur.*, agg. I, Milano, 1997, 899 ss.; J. LUTHER *Ragionevolezza (delle leggi)* in *Dig. disc. pubb.*, XII, Torino, 1997, 341 ss.; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio Costituzionale*, Milano, 2000; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009. Il giudizio di ragionevolezza utilizzato dalla Corte Costituzionale opera principalmente, se non esclusivamente, in tre ambiti: il giudizio di eguaglianza, il bilanciamento degli interessi e il giudizio di congruità tra la legge e il suo fine. Per un'analisi volta a dimostrare che il giudizio di ragionevolezza non è uno strumento nuovo, ma si compone di strutture argomentative ben note alla tradizione ermeneutica dei giuristi, v. R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002, 62 e ss., secondo cui il terzo aspetto sarebbe in realtà inseparabile rispetto agli altri due e perciò privo di una sua specifica autonomia. Secondo A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 2000, p. 567 ss. "la ragionevolezza può essere vista, ad un tempo, e sia pure con una evidente, inevitabile, semplificazione, quale concetto-mezzo e concetto-fine. È una tecnica, se così si può dire, alla quale può e deve costantemente farsi ricorso nei processi decisionali, ma è anche una meta verso cui i processi stessi devono tendere: uno strumento per la soddisfazione di valori ma anche, proprio per ciò, esso stesso un valore, senza il quale gli altri valori vedrebbero gravemente compromessa la possibilità di una loro apprezzabile (se non pure compiuta, nei limiti segnati dalla loro storicizzazione) realizzazione".

² S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Milano, 2012.

³ Cfr. S. RODOTA', *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 84 ss.; A. RICCI, *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007. Cfr. S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Milano 2012, l'a. afferma che il principio in parola assurge a criterio interpretativo di norme incongrue, illegittime o contraddittorie che, mediante il grimaldello della ragionevolezza, si rimodulano in base alle circostanze ed alle esigenze economico-sociali del momento.

Oltre ad arginare l'operatività della clausola di buona fede⁴ intesa come parametro di valutazione della condotta o di imputazione della responsabilità per l'inosservanza di doveri, la ragionevolezza⁵ ha svolto ruolo di rilievo nel sindacato di legittimità delle condotte per scongiurare eventuali manipolazioni interpretative connesse alla valorizzazione in chiave etica del principio di correttezza, infatti una configurazione dai labili confini normativi avrebbe ingenerato non pochi dubbi interpretativi e una generalizzata diffidenza circa il suo utilizzo nella risoluzione delle controversie. Così in difetto di un preciso significato precettivo si è ritenuto che quest'ultimo dovesse essere inteso come sinonimo di ragionevolezza in un'accezione neutra e tecnica dai contenuti ben delineati, scevro degli eccessi del solidarismo.

Nella giurisprudenza di Cassazione si è fatta applicazione del principio in parola nel sindacato di abusività attorno all'utilizzo di un certo un diritto,⁶ determinando una sovrapposizione tra la buona fede, clausola generale⁷ dalla quale desumere

⁴ In questa direzione J. STEYN, *Contract law: fulfilling the reasonable expectation of honest men*, in *Law quarterly review*, 1997, pp. 438 ss., il quale, partendo dal presupposto che la buona fede svolge la funzione di assicurare la tutela degli affidamenti ragionevoli, giunge a concludere che non vi sarebbe necessità di recepire la nozione di buona fede nel diritto inglese, perché ciò genererebbe un'inutile duplicazione di principi. In senso analogo P. Schlechtriem, *Uniform sales law, The Un-Convention for International sale of goods*, Vienna, 1986, pp. 39 ss., secondo il quale la mancata enunciazione espressa di un principio generale di buona fede nella Convenzione di Vienna conduce a ritenere che la stessa possa desumersi dal concetto di ragionevolezza. Emblematica, in tal senso, appare anche la scelta operata dal codice civile olandese del 1992, dove ragionevolezza ed equità sono affiancate, con la funzione di sostituire la buona fede (*goude trouw*, termine che, infatti, scompare dal linguaggio legislativo): M.W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid en het Europese privaatrecht*, Dordrecht, 1999, pp. 27 ss.; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, p. 383 ss., il quale dichiara apertamente che la ragionevolezza, per quanto attiene al diritto privato, vada intesa quale "criterio di qualificazione delle condotte"; A. RICCI, *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007.

⁵ G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984, p. 733 ss.

⁶ Ci si riferisce in particolare a Cass. 18.9.2009, n. 20106, cit. In altre parole la ragionevolezza rappresenterebbe criterio di valutazione dei comportamenti posti in essere dalle parti al fine di individuare eventuali responsabilità, e si distinguerebbe dalla buona fede perché inidonea a fondare nuovi obblighi in capo ai soggetti del rapporto obbligatorio. Il giudizio si sostanzia in una valutazione del giudice che, tenuto conto delle circostanze concrete, stabilisce se il comportamento tenuto dalle parti sia il più adeguato al soddisfacimento del reciproco interesse: all'adempimento per il creditore da un lato, e alla liberazione dal vincolo del debitore dall'altro.

⁷ 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, per il quale la ragionevolezza, così come la proporzionalità, sono strumenti per valutare la meritevolezza di un atto di autonomia; In tal senso anche F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, pp. 185 ss., secondo cui il principio in questione consentirebbe di selezionare gli interessi meritevoli di tutela. Sulla buona fede quale fonte di integrazione del contratto da cui derivano obblighi ulteriori, rispetto a quello principale della prestazione, v. S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965. Sulla differenza tra obblighi di integrazione e obblighi di protezione, i quali trovano sempre origine nella buona fede permeata dal principio costituzionale di solidarietà, cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990. Sull'ambito di operatività del principio di buona fede, tra le numerose e autorevoli voci dottrinali, si segnala E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, secondo

obblighi e comportamenti da tenere nella vicenda contrattuale⁸ alla luce del principio di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost, e la ragionevolezza che, al contrario, seleziona a monte gli interessi⁹ da tutelare, esplicando una funzione complementare e preliminare alla meritevolezza che permea, controllandola, l'autonomia negoziale.

Non appare, pertanto, condivisibile l'assunto che attraverso la buona fede sia possibile garantire la ragionevolezza nei rapporti contrattuali giacché sono i principi che illuminano le clausole generali e non viceversa.

Nell'ideologia corporativo – fascista che faceva da sfondo alla promulgazione del codice civile la qualifica del contratto come meritevole era subordinata al raggiungimento di finalità economico-politiche del regime, coerentemente con quanto previsto nella relazione al Re del Guardasigilli sul libro «Delle obbligazioni», in cui si faceva menzione a concetti di “coscienza civile e politica”, “principi ispiratori dell'economia nazionale”, “buon costume”, “ordine pubblico”, accordandosi piena protezione solo a pattuizioni che avessero una funzione sociale, vale a dire finalizzate al raggiungimento di interessi della collettività nazionale.¹⁰

Tale impostazione subisce un radicale cambiamento a seguito dell'affermazione dei principi democratici dello Stato Repubblicano che promuovono una lettura restrittiva del concetto di meritevolezza relegando l'attività dell'interprete ad un sindacato di mera legittimità della pattuizione con i dettami dell'ordinamento giuridico.

Una scelta che, oltre a comprimere l'area di operatività del sindacato giudiziale riducendolo ad uno sterile controllo formale della pattuizione, rappresenta il futile

l'a. “la buona fede [...] per il fatto che abbraccia la totalità del contegno, ha precisamente la portata [...] o di ampliare gli obblighi letteralmente assunti mediante il contratto od eventualmente di restringere questi obblighi contrattuali, [...] il criterio della buona fede porta ad imporre, a chi deve la prestazione, di fare quanto è necessario per assicurare alla controparte il risultato utile della prestazione stessa”.

⁸ Sulle concetti di clausole generali, quale strumento di concretizzazione di valori normativi e principi superiori, il cui contenuto non è fisso, in quanto collegato agli interessi richiamati nel caso concreto v anche P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2^a ed., Napoli, 2004, p. 28 ss.; G. RECINTO, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2002 p. 271 ss.; G. PERLINGIERI, *La responsabilità precontrattuale di Francesco Benatti, cinquanta anni dopo*, in *Rass. dir. civ.* 2012, p. 1301 ss.; e Id., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003.

⁹ In senso opposto A. RICCI, *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, in *Contr. impr.*, 2005, pp. 643 ss.; M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 2005, II, pp. 511 ss. In giurisprudenza si v. Cass., 11 febbraio 2005, n. 2885, in *Corr. Giur.*, 2005, pp. 976 ss., secondo la quale “la buona fede, quindi, si pone come governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto, nel senso che essa opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di normalità sociale, e quindi di ragionevolezza”.

¹⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino *Rist.* 1994, p. 197 ss.

tentativo di trasporre nell'area dei negozi atipici il controllo di liceità della causa che il legislatore già prevede per i contratti tipizzati.

Orbene una lettura funzionalizzata dei principi costituzionali, impone di distinguere tra liceità e meritevolezza fornendo adeguata tutela a quegli interessi che seppur non immediatamente esplicativi di una funzione sociale, rappresentino in ogni caso esplicazione della personalità e dei valori che contraddistinguono i consociati in un certo momento storico.

1.1 La selezione degli interessi meritevoli

La ragionevolezza permette al sistema normativo astratto di adeguarsi alla realtà empirica mentre la meritevolezza rappresenta la riproposizione in sede negoziale del costante relazionarsi tra istanze sociali e dato costituzionale.

D'altra parte la composizione di interessi e valori antitetici in un ordinamento complesso e ispirato alla legalità costituzionale non riguarda precipuamente il settore pubblico ma si estende al campo privatistico dei rapporti negoziali, area in cui l'individuazione dell'interesse meritevole è frutto di un giudizio qualitativo che impone un bilanciamento di valori ontologicamente diversi ma coesistenti nella manifestazione negoziale oggetto di valutazione.

Il contemperamento di interessi rappresenta meccanismo ineludibile nella valutazione dell'atto negoziale al fine di promuovere i valori espressi dall'ordinamento giuridico in funzione delle premesse sistemiche indicate dalla Costituzione: procedimento che si concretizza nella scelta della regola da applicare, tenendo conto che essa non può mai compromettere definitivamente uno dei beni in gioco, ma deve incessantemente rimodularsi in funzione dei beni presi in considerazione.

Occorre evitare che l'operato si traduca in visioni assolutiste della vita o in formule apodittiche che contengano la risoluzione di qualsiasi conflitto giacché nessun diritto, anche se fondamentale, prevale in senso esclusivo e unilaterale sull'altro.

Non ha senso graduare in modo fisso e predeterminato i principi attinenti alla persona poiché nessuno di questi può dirsi meno inaffievolibile dell'altro nel proprio nucleo essenziale.

A ben vedere anche in ambito pubblicistico, in cui non è il singolo con i suoi interessi ma l'esercizio del potere pubblico che fa da contraltare al diritto fondamentale, si è affermato che ogni individuo convive insieme ad altri e i diritti inviolabili del singolo trovano limite invalicabile nei diritti non meno fondamentali dell'altro. L'opera di mediazione così prospettata non può essere svolta in modo

asettico da una legge, incapace per definizione di valutare l'atteggiarsi in concreto dei conflitti sociali, bensì dalla pubblica amministrazione chiamata ad espletare le sue funzioni individuando volta per volta le soluzioni che coniughino, senza sacrificarle completamente, posizioni tra loro differenti e incompatibili.

Così il fatto che i valori della persona prevalgono su quelli patrimoniali rappresenta una relazione di preferenza tra interessi di natura ontologicamente diversa che, malgrado la loro peculiare struttura, vanno tenuti in considerazione e contemperati in modo tale che la realizzazione dell'uno non determini una ingiustificata e sproporzionata compromissione dell'altro.

I diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un mosaico in cui altri valori e altri interessi costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata, mediante un bilanciamento che rappresenti il frutto del contemperamento di una pluralità di interessi costituzionali concorrenti e meritevoli di essere salvaguardati.

Nel caso ILVA recentemente esaminato dalla Corte Costituzionale¹¹ si fronteggiavano la tutela della salute dei lavoratori da una parte e l'esigenza di salvaguardare un'attività economica, di enorme spessore per il numero di posti lavoro in gioco, dall'altra. Tra i diritti in oggetto sussiste un rapporto di reciproca integrazione che non consente di stabilire la prevalenza assoluta dell'uno sull'altro, imponendo un incessante e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali che scongiuri il predominio di un bene su altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette. In questo contesto ritenere ambiente e salute valori primari o diritti fondamentali di straordinaria importanza non significa porli alla sommità di un ordine gerarchico assoluto, ma piuttosto assegnare agli stessi un particolare peso specifico nel giudizio di bilanciamento con altri.

La limitazione o la valorizzazione di un bene nel confronto con altri dipenderà dalla rilevanza attribuita a quel valore dal comune sentire sociale in un certo momento storico. Ecco come l'esaltazione del diritto ad un ambiente salubre e la centralità della prevenzione in materia di politica ambientale condiziona in prima battuta il giudizio di ragionevolezza relativo alla portata da assegnare al bene in questione e in secondo luogo il giudizio di proporzionalità nella misura della lesione in concreto prospettabile del diritto temperato con altri, in adesione all'impostazione secondo cui è più importante preservare che non ripristinare beni, come quello ambientale, caratterizzati da inestimabile valore e dalla problematica ricostituzione.

¹¹ Corte Cost. n. 85 del 2013.

Infatti all'accresciuto rilievo qualitativo del bene in oggetto è corrisposta in sede di giudizio di proporzionalità una maggiore tutela in concreto dell'ambiente attraverso l'adozione di misure meno incisive per l'ecosistema e più gravose per i beni con esso in conflitto: è il caso delle limitazioni in materia di libertà personale, circolazione di merci e libertà di iniziativa economica che in altro momento storico difficilmente sarebbero state adottate per salvaguardare l'ambiente. Infatti, fino alla metà del secolo scorso i problemi ecologici assumevano scarso rilievo¹² per il legislatore, tanto che la Costituzione del 1948 non faceva nemmeno riferimento all'ambiente,¹³ valore che assumerà rilevanza straordinaria nel più ampio contesto di revisione della parte seconda, del titolo V, della Carta fondamentale,¹⁴ con apposito richiamo in sede di redistribuzione delle competenze legislative tra Stato e Regione.¹⁵

La salvaguardia di tale bene non può astrarre dal principio di precauzione il quale ha un ruolo dirimente nella determinazione di una soglia accettabile di rischio per l'ecosistema. Il valore dei beni supremi iscritti nei principi dell'ordinamento non può essere valutato in modo teorico, ma in concreto sulla base dei rischi realmente prospettabili in termini quantitativi di pericolo effettivo. In questo senso il diritto ad un ambiente salubre o quello alla salute non vanno decontestualizzati dal loro perimetro di operatività giacché è proprio il contesto di appartenenza a dettare i parametri per misurare l'entità di un ipotetico pregiudizio, accertando in definitiva quanta parte del bene possa essere compresso ed eventualmente sacrificato.

La ratio del principio di precauzione si estrinseca nel benessere psico-fisico dell'individuo sia come singolo sia come consociato che opera ed espleta le sue attività nell'ambiente che la circonda. Pertanto vanno considerati danni non solo quelli certi, ma anche quelli che sulla base di leggi scientifiche possano

¹² V. GUARINO, *Tutela dell'incolumità da inquinamento, aspetti emergenti dell'interesse sociale nell'adozione dei provvedimenti straordinari*, in *nuova rass.*, 1978, p. 1942 s.; G. DE ROSA, *Il problema ecologico in Italia*, in *La Civiltà cattolica*, 1988.

¹³ S. GRASSI, *Costituzioni e tutela dell'ambiente*, in S. Scamuzzi (a cura di), *Costituzione, razionalità, ambiente*, Torino 1994, pp. 389 ss.; G. CORDINI, *Il diritto ambientale comparato*, in G. CORDINI - P. FOIS - S. MARCHISIO, *Diritto ambientale, Profili internazionali europei e comparati*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 95 ss.; R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente nella Repubblica Federale Tedesca: tendenze evolutive*, in «*Il Foro Italiano*», 1987, V, cc. 22 ss.

¹⁴ Art. 117 lettera -s della legge 18 ottobre 2001 n. 3.

¹⁵ M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 s.; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol II, Milano, 1996 p. 1121 s.; A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione* in *Riv. giur. edil.*, 1967; G. DE VERGOTTINI, *La ripartizione dei poteri in materia ambientale, tra comunità Stato e Regioni*, in C. Murgia (a cura di), *L'ambiente e la sua protezione*, Milano, 1991, p. 39 ss.; ID *La tutela e la valorizzazione del patrimonio storico artistico fra Unione Europea, Stato e Regioni*, in *Riv. giur. urb.* 1996, F. CARTEI, *La disciplina del paesaggio, tra conservazione e fruizione programmata*, Torino, 1995.

determinare, più probabilmente che non, una compromissione grave e irreversibile del diritto tutelato e della sfera giuridica del soggetto che si trovi in situazione di *proximity* con lo stesso.

La corretta individuazione di misure necessarie a prevenire il danno dipende dalla visione complessiva degli elementi che concorrono a definire un certo diritto, in quanto non è possibile decidere sul recesso totale o parziale di un bene nei confronti di un altro in difetto dei parametri su cui incardinare il giudizio di proporzione.

Dal confronto tra i valori e dall'elasticità che connota la minaccia discendono le precauzioni da adottare al fine di perseguire la cura ottimale dell'interesse generale, tenendo presente che i diritti e gli interessi coinvolti non possono essere arbitrariamente, inutilmente e irragionevolmente sacrificati, specie quando a venire in gioco sia un giudizio ipotetico di danno e non la lesione effettiva del bene che si vuole presidiare.

La ragionevolezza, nella sua funzione di scelta degli interessi meritevoli, ha svolto ruolo di primissimo piano nella esaltazione del rapporto tra uomo ed animale ed in particolare nella legittimazione al risarcimento del danno non patrimoniale afferente la lesione di questo speciale legame. Infatti la giurisprudenza di legittimità meno recente, non rinvenendo adeguata copertura costituzionale al rapporto affettivo tra uomo e animale, inquadrava il danno non patrimoniale da perdita dell'animale d'affezione tra le molteplici e fantasiose istanze risarcitorie in alcun modo idonee ad alterare il modo di esistere delle persone. La giurisprudenza di merito¹⁶ pur riconoscendo carattere di meritevolezza al rapporto tra uomo e animale, ha sempre negato, sulla scorta dei principi enunciati dalla Corte di Cassazione,¹⁷ che lo stesso potesse essere annoverato tra quelli aventi rango costituzionale inerenti la persona e perciò suscettibile di essere salvaguardato anche sul piano non economico.

Ad alcune pronunce¹⁸ va tuttavia riconosciuto il pregio di aver messo in luce la consistenza del rapporto e di averlo catalogato tra le attività realizzatrici della persona che la stessa Carta Costituzionale presidia in base a quanto previsto dall'art. 2 Cost. che riconosce e garantisce espressamente i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Nonostante il concetto di "formazioni sociali" sia genericamente collegato a relazioni intersoggettive e non a quelle interspecifiche tra genere

¹⁶ Cfr Trib. di Milano 20.7.2010, in *Danno e resp.* 2010, p. 1068 ss.; Trib. di Roma 19.4.2010, n. 8534, in *La resp. civ.*, 2010, p. 556

¹⁷ Cfr. Cass. 11 novembre 2008, n. 26972.

¹⁸ Si v. *ex plurimis* Trib. di Rovereto 18.10.2009, in *Il civilista*, 2011, 10, 68.

umano e genere animale, le pronunce evidenziano la rilevanza attribuita dal nostro ordinamento giuridico agli animali da compagnia.

Si tratta di un percorso logico che iscrive il rapporto affettivo con l'animale tra quelli fondamentali della persona e si pone in sinergia con il rilievo annesso a tale bene dall'attuale coscienza sociale che individua una stretta interconnessione tra la perdita dell'animale domestico e la lesione della libertà di estrinsecazione della personalità del padrone, la cui salvaguardia ha rango di diritto inviolabile.

A ben vedere anche l'evoluzione legislativa degli ultimi decenni è imperniata non tanto sulla tutela dell'animale ma sulla tutela del sentimento dell'uomo per lo stesso, come dimostrano: la legge n. 189 del 2004 che oltre a modificare l'art. 727 c.p., ha previsto una serie di reati che presidiano l'affetto o la pietà che l'individuo prova nei confronti dell'animale;¹⁹ il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea che intima alle istituzioni europee di tener conto del benessere degli animali quali esseri senzienti e non ultimo la convenzione di Strasburgo del 1987, recepita dall'ordinamento italiano con legge n. 201 del 2010, la quale intende favorire intese tra Stato e regioni per l'insegnamento negli istituti scolastici del sentimento per gli animali.²⁰

Tali innovazioni legislative oltre ad essere argomentazioni a sostegno dell'impostazione che ritiene opportuno collocare tale diritto tra quelli inviolabili dell'uomo ammettendone così la risarcibilità sul piano non patrimoniale, sono elementi sintomatici di come la ragionevolezza influisca sulla reale intensità da assegnare alla relazione in oggetto nel contesto socio economico di appartenenza.

Il rapporto con gli animali diventa fattore qualificante nello sviluppo della personalità dell'uomo e la sua protezione diventa inscindibilmente connessa alla ricerca della felicità da parte dell'individuo. Inoltre non va dimenticato che talvolta l'animale non è solo appiglio morale di importanza straordinaria ma unica relazione con il mondo esterno per anziani, malati o soggetti in condizione di minorazione o di ipocapacità che attribuiscono alla relazione valore inestimabile.

Tale rinnovata concezione frutto della sedimentazione di un valore all'interno di un certo contesto socio-economico, è per certi versi equiparabile al percorso logico che permette di addivenire ad una corretta definizione di patrimonialità della prestazione nel rapporto obbligatorio; infatti nonostante la giurisprudenza prevalente²¹ ritenga che la patrimonialità possa essere intesa sia in senso oggettivo che soggettivo, intendendosi nel primo caso una prestazione avente valore economico intrinseco quale il denaro o altro diritto reale, e nel secondo un bene

¹⁹ La legge 20 luglio 2004 n. 189 ha introdotto nel codice penale il titolo IX-bis, titolato "Dei delitti contro il sentimento per gli animali".

²⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *I diritti degli animali - Da res a soggetti*, Torino, 2005, p. 180 ss.

²¹ Cfr. Cass. 10.4.1964, n. 835, in *Gciv.*, 1964, I, 1604; Cass. 8.2.1961, n. 265 in *Gciv.* 1961, I, 585.

che, seppure non economico in senso stretto, sia valutato come tale dalle parti attraverso la fissazione di un corrispettivo o di una clausola penale che ne sanzioni l'inadempimento, appare più coerente con un ordinamento improntato a criteri di ragionevolezza e proporzionalità anettere valenza esclusiva all'impostazione che assegna valenza oggettiva al concetto di patrimonialità.

Se così non fosse si demanderebbe alla valutazione precipuamente soggettiva delle parti la scelta di cosa è economico e cosa invece non lo è, con il rischio di dare la stura a contratti aventi per oggetto beni che secondo ragionevolezza e in base alla coscienza sociale ancorata ad un certo momento storico non sono suscettibili di valutazione economica.

Si pensi alle relazioni nei rapporti umani, alle prestazioni sessuali, agli organi umani, alla vendita di armi, che seppur concretizzantesi in accordi *icto oculi* affetti da illiceità per contrarietà ai principi dell'ordinamento giuridico e più in generale alle regole afferenti l'ordine pubblico e il buon costume, in base a questa impostazione si fregerebbero del crisma della patrimonialità per il semplice fatto che i contraenti abbiano ritenuto le prestazioni in esse contemplati suscettibili di valutazione economica.

Per contrastare tale fenomeno la prestazione va sganciata dall'arbitrio delle parti e ancorata all'apprezzamento che i consociati gli conferiscono in un certo momento storico, in coerenza con la nota scissione disposta dall'art. 1174 c.c. che definisce la prestazione suscettibile di valutazione economica mentre non prende posizione sulla natura dell'interesse del creditore i cui scopi, a differenza della prestazione, possono avere anche valenza soggettiva.

In definitiva il giudizio di ragionevolezza è condizionato dal contesto in cui trova ad operare e seleziona diritti inviolabili da tutelare sulla base del confronto con quelli già esistenti, operando come collante tra istanze sociali e dato positivo. Ciò avviene tanto nella scelta degli interessi da salvaguardare quanto nella valutazione circa la patrimonialità di una certa prestazione. Si pensi al caso di un accordo che abbia ad oggetto l'affitto d'utero, negozio che prima ancora di essere affetto da nullità per contrarietà a norme di ordine pubblico e buon costume è disolto dalla nostra legislazione perché avente come oggetto un bene non disponibile e una prestazione che oltre a non essere commerciabile non è suscettibile di valutazione economica. Infatti la condotta di un terzo che disponga del proprio corpo ai fini della gestazione in cambio di una somma di denaro riguarda un diritto che non è nella disponibilità del soggetto e soprattutto non ha valenza economica nell'attuale contesto socio economico.

Tuttavia questa concezione è soggetta a mutamenti più o meno radicali a seconda delle coordinate spaziali prese a riferimento nella descrizione della fattispecie, in quanto la legge opera in un sistema culturale stratificatosi nel tempo, riferendo i propri dettami ad una certa comunità ben individuata.

Il divieto di maternità surrogata posto dalla legge italiana, benché presidiato da una sanzione penale di rilevante entità²² non risolve i problemi che si presentano allorché la norma sia stata ugualmente infranta o aggirata ed è innegabile che il rifiuto di questa pratica sia percepita come insoddisfacente a fronte delle crescenti istanze sociali aventi ad oggetto interessi inestimabili quali il diritto alla famiglia e alla procreazione; valori che annettono al divieto normativo valenza puramente transitoria, frutto di un'elaborazione storica non conclusa e di una mediazione tra valori ancora irrisolta.

Il profilo etico insieme ai persistenti fenomeni di sfruttamento nei confronti di donne in situazioni di estrema povertà sono argomenti insuperabili nella accezione negativa attribuita all'accordo in questione e alla sua inconciliabilità con il profilo del buon costume, tuttavia sotto il profilo causale tale pattuizione è diretta a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, identificabile nel diritto alla procreazione e alla creazione di una famiglia il cui solido ancoraggio costituzionale è rinvenibile nell'art. 2, 29, 30 e 31 della Carta fondamentale come estrinsecazione e svolgimento della personalità dell'individuo²³ tanto che in giurisprudenza si è tentato senza successo di distinguere tra affitto dell'utero a titolo oneroso e a titolo gratuito, rinvenendo in questo secondo caso una condotta non lesiva dei principi costituzionali e dunque non affetta da illiceità per contrasto con norme imperative.²⁴

Ciò non significa che il contratto in questione sia valido, al contrario esso continua ad essere nullo in base agli artt. 1418, comma secondo, e 1346 c.c. che fanno riferimento ai requisiti di possibilità e liceità dell'oggetto, tuttavia il dibattito attorno a questo tema conferma la centralità di un fenomeno culturale i cui contorni sono ancora incerti e la cui definizione sarà il frutto della prevalenza di alcuni valori della società su altri che si manifesteranno come recessivi.

Di queste coordinate sembra fare applicazione anche la giurisprudenza di legittimità nelle ipotesi di conflitto tra l'interesse dell'avvocato a svolgere una certa prestazione intellettuale in favore di un soggetto e il pregiudizio in concreto arrecabile a quest'ultimo per l'aver il professionista assunto in precedenza la difesa di soggetti collegati alla parte assistita nell'ambito di un medesimo giudizio o di altri collegati in tema di diritto di famiglia.

²² L'art. 12 della l. 40/2004 prevede la reclusione da tre mesi a due anni e multa da 600.000 a un milione di euro (sanzione applicabile, oltre che alle cliniche e al personale sanitario coinvolto nella procedura, anche ai soggetti che vi ricorrono (coppia committente e madre surrogata).

²³ Principio affermato da Corte Cost. 10.6.2014 che oltre a dichiarare l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa ha affermato il principio secondo cui non è ammissibile alcun limite all'esercizio del diritto a procreare, a meno che non sia giustificato dalla necessità di tutelare altri diritti costituzionali di medesimo rango.

²⁴ Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000 in *Giur. it.*, 2001, p. 300 ss.

Mentre in passato si è sempre preteso un effettivo conflitto di interessi ai fini dell'applicazione della sanzione disciplinare nei confronti del professionista, negli ultimi anni si è assistito ad un'anticipazione della tutela ritenendosi sufficiente la mera prospettazione di un pericolo in grado di determinare un danno all'assistito, mutamento che si pone in linea di tendenziale omogeneità con le esigenze sopravvenute che ispirano l'attuale contesto socio-economico e l'incessante dialogo tra ragione e proporzione.

L'ampliamento di tutela del singolo per effetto della stretta connessione tra gli interessi in gioco e il diritto di famiglia avente rango costituzionale, è il risultato dell'opera congiunta del principio di ragionevolezza e di quello di proporzionalità; mentre il primo accentua il rilievo dei valori strettamente collegati alla dignità della persona, innalzando il diritto alla famiglia ad un piano qualitativo più elevato rispetto all'interesse del professionista all'espletamento della propria attività, il secondo ne detta il contemperamento in concreto aumentando il grado di protezione dell'uno nei confronti dell'altro, in particolare anticipando la salvaguardia ad un momento precedente a quello della effettiva compromissione del diritto del soggetto rappresentato.

Così la proporzionalità finisce per rappresentare la misura della protezione giuridica dell'interesse in conflitto con altri di segno opposto evidenziando come il grado di protezione dell'uno o dell'altro dipenda dalla qualificazione di un certo bene in un definito momento storico.²⁵

2 Il principio di proporzionalità

L'astratto bilanciamento mediante il quale si arriva ad una tutela progressiva di situazioni prima inesistenti o ritenute minori, in funzione della dignità che il comune sentire sociale decide di attribuire ad un bene in un certo momento storico, non è di per sé sufficiente ad esaurire il tema della salvaguardia da assegnare in concreto ad ognuno di essi.

Infatti, pur assumendo connotazione di interessi degni di tutela, essi vanno assoggettati ad un sindacato di proporzione che individui la giusta misura di tutela.

Il principio di proporzionalità che trova la sua prima applicazione nel diritto amministrativo prussiano,²⁶ è pacificamente inteso come criterio guida

²⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Mercato solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995 p. 84 ss.

²⁶ Infatti, la dottrina giuridica è unanime nel rinvenire il fondamento del principio di proporzionalità nel caso *Kreuzberg* del 1882, in cui la Corte amministrativa prussiana aveva ritenuto invalida l'ordinanza di chiusura di un negozio alimentare perché privo di licenza per la vendita e distribuzione di alcool, senza che l'autorità avesse ponderato, in concreto, la possibilità di adottare un provvedimento sanzionatorio di minore gravità.

dell'azione amministrativa²⁷ e a partire dal noto caso *Kreuzberg* del 1882, prende a rappresentare parametro di valutazione dell'attività repressiva della pubblica autorità imponendo nella misura da adottare in concreto quella che sia al contempo la più idonea a raggiungere lo scopo pubblico prefissato e la meno incisiva per il cittadino che la subisce.

Nel caso di specie una Corte amministrativa prussiana aveva ritenuto invalida l'ordinanza di chiusura di un negozio alimentare, emanata dall'autorità competente senza adeguata istruttoria che valutasse in concreto la possibilità di adottare provvedimenti sanzionatori di minore gravità per sanzionare il mancato possesso da parte dell'imprenditore della licenza per la vendita di alcool.

La necessaria compresenza della idoneità, della necessarietà e della proporzionalità in senso stretto, quali elementi imprescindibili nel giudizio a tre gradini che connota il principio in parola, assumerà rilievo in un momento successivo rispetto a quello in cui il principio trova la sua prima enunciazione. Infatti, nella sua primissima formulazione²⁸ esso si presenta come mero autolimita all'azione statale e solamente con l'avvento dello Stato liberale riuscirà a mostrare la sua reale potenzialità nel diritto costituzionale e amministrativo germanico.

La prevalenza del bene comune rispetto ai diritti, alle aspirazioni materiali e spirituali dei singoli è alla base dell'ideologia che caratterizza le grandi dittature del primo Novecento, il cui credo fonda sull'incondizionata subordinazione dell'individuo ai valori facenti capo ad un certo gruppo sociale.

Il contesto storico in cui il principio muove i primi passi è per lo più contraddistinto da una visione assolutistica dell'autorità statale, alla quale si accompagna l'idea di un interesse pubblico quale bene sovraordinato ad ogni altro. Interpretazione che sarà messa in discussione solo al termine dell'esperienza totalitaria dello Stato nazionalsocialista quando maturerà la convinzione che l'intervento dello Stato va continuamente sottoposto ad un giudizio di legittimità che tenga conto oltre che dei benefici prodotti anche dei sacrifici arrecati dalla misura nella sua complessità.

L'esaltazione del singolo e dei suoi diritti fondamentali, in conseguenza delle tragedie e dei genocidi che caratterizzano la prima parte del secolo scorso, comportano una parziale recessione dell'interesse generale in favore di una

Proprio da questa prima formulazione si può cogliere il nucleo centrale del suddetto principio che è il seguente: "La Pubblica Amministrazione, nell'esercizio dei compiti attribuitigli dalla legge, è tenuta ad adottare la soluzione idonea e necessaria, comportante il minor sacrificio possibile per le posizioni dei privati coinvolti". Sul punto si veda A. BARAK, *Proportionality*, Cambridge University Press., 2012, 175-210.

²⁷ Nella giurisprudenza si v. per tutte CdS., sez. V. 14.4.2006 n. 2087.

²⁸ Per un approfondimento sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo italiano si v. G. D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, 15.

maggiore coinvolgimento dei soggetti interessati al processo decisionale utile al raggiungimento della migliore mediazione tra i diritti coinvolti nell'adozione del provvedimento.

Complessivamente intesa, dunque, la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo ha la funzione di far emergere gli interessi privati connessi all'azione amministrativa, in modo da orientare le scelte della P.A. sulla scorta di tutti gli elementi fattuali in gioco, in funzione della migliore soddisfazione possibile dell'interesse pubblico e del minor sacrificio del soggetto destinatario degli effetti del potere stesso. Si pensi alla legge sul procedimento amministrativo che a far data dal 1990 prevede vari istituti a garanzia del privato come l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento; il dovere della motivazione; il preavviso di rigetto che assicura la partecipazione dei titolari di interessi secondari al procedimento per favorire la ricerca ed individuazione di soluzioni alternative eque e meno gravose; o ancora gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni che favoriscono la partecipazione dei privati nella scelta del percorso da intraprendere da parte delle pubblica amministrazione. Esempi paradigmatici della portata applicativa della proporzione che, ponendosi come strumento di raccordo tra i vari interessi in gioco, favorisce la migliore ponderazione possibile tra l'*agere* pubblicistico e i diritti dei soggetti coinvolti.

Con l'avvento dello Stato Costituzionale in definitiva si ritiene che la composizione degli interessi debba tener conto, oltre che dei requisiti dell'idoneità e della necessità, di un ulteriore giudizio di bilanciamento tra pregiudizi inferti al singolo e benefici conseguiti dalla collettività, in modo tale che all'accrescimento del sacrificio dell'interessato, corrisponda un soddisfacimento più elevato del bene comune che con quell'attività si intende perseguire. Così la concretizzazione dell'azione pubblica si sostanzia in una valutazione comparativa necessariamente condizionata nel suo esito finale dall'incisività dell'intervento lesivo, nel senso che la misura adottata dai pubblici poteri in concreto non deve essere percepita come illogica, intollerabile e inaccettabile dall'interessato che ne subisce gli effetti.

Non solo, il principio in parola ha rilevanza straordinaria nella scelta della sanzione da comminare al provvedimento amministrativo allorché a venire in gioco sia una violazione formale o procedimentale che non condizioni in concreto il contenuto dell'atto posto in essere.

Norma cardinale di questa evoluzione e del contestuale passaggio dal giudizio sull'atto a quello sul rapporto è l'art. 21-octies,²⁹ comma secondo, della

²⁹ l'art. 21 *octies* della l. n 241 del 1990 espressamente prevede che "è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe

legge sul procedimento amministrativo, dalla quale si fa discendere la volontà legislativa di assicurare una cognizione più sostanziale del potere su cui insistono l'istanza del privato da un lato e gli scopi perseguiti con l'atto dall'altro, per effetto dell'adesione ad un modello di tutela giurisdizionale di tipo soggettivo in cui a rilevare non è la legittimità dell'atto, ma la fondatezza della pretesa del ricorrente.

Tale disposizione rappresenta più in generale tessera di un mosaico volto a rideterminare i cromosomi del processo amministrativo mediante l'assegnazione all'interprete di un sindacato che si estenda all'intera attività amministrativa espletata e più nello specifico al rapporto sotteso al bene della vita. La *ratio*, dunque, non è quella di contrastare illegittimità formali ma quella di attribuire al giudice il controllo della funzione amministrativa anche al di là del singolo provvedimento emanato ammettendo, in presenza di determinati presupposti, la permanenza nel mondo giuridico dell'atto illegittimo qualora il precetto in esso contenuto non possa avere esiti diversi.

Talvolta, infatti, l'eliminazione del contenuto di un provvedimento non determina effetti favorevoli per il soggetto che invoca la tutela di un proprio interesse giuridicamente rilevante, traducendosi nella mera riedizione del potere munito di valida cornice formale.

In casi del genere la pronuncia caducatoria emanata dal giudice rappresenta sanzione sproporzionata nel rapporto tra beneficio ottenuto dal singolo e danno prodotto alla pubblica amministrazione giacché la statuizione non produce alcun beneficio sostanziale al ricorrente, determinando al contrario una congestione della macchina amministrativa obbligata ad emanare un nuovo provvedimento scevro dai vizi di illegittimità e tuttavia identico a quello originariamente adottato.

L'emersione dei diritti fondamentali dell'individuo tra quelli costituzionalmente tutelati, determina una lenta rimodulazione del principio di proporzionalità e una graduale estensione della sua operatività a tutta l'area del diritto, tanto che da strumento di contenimento della funzione di autorità pubblica assurge a parametro su cui calibrare i provvedimenti normativi e quelli amministrativi, in maniera tale che il perseguimento degli interessi generali non determini una inaccettabile compromissione dei contrapposti diritti e delle libertà fondamentali che fanno capo al soggetto inciso dal provvedimento.

potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Nel contesto sovranazionale il principio in parola, dopo essere stato catalogato³⁰ tra i principi generali del diritto europeo in base al metodo della comparazione giuridica, ha assunto base positiva nel Trattato della Comunità europea (oggi Trattato dell'Unione Europea) assurgendo a vero e proprio pilastro da prendere a riferimento nell'espletamento delle funzioni di carattere normativo e amministrativo delle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, oltretutto nel giudizio concernente gli atti emanati dagli Stati membri in funzione della limitazione della libertà e dei diritti fondamentali previsti dal Trattato.³¹

Nonostante alcune decisioni della Corte di Giustizia forniscano una definizione del principio per certi versi analoga a quella promossa dall'ordinamento tedesco, molteplici sono le pronunce che fanno riferimento ai soli concetti di idoneità e necessarietà, a conferma di come la proporzione resti frutto di un peculiare giudizio, articolato secondo categorie logiche che solo in parte si sovrappongono con quelle fornite dal diritto germanico.³²

Idoneità e necessarietà rappresentano indici in base ai quali si realizza il controllo del giudice europeo, senza che ciò comporti l'adesione ad una nozione fissa e predeterminata del concetto poiché l'atto, lungi dall'essere oggetto di una verifica trifasica, è frutto di un giudizio complessivo dal quale scaturisce di volta in volta la sua adeguatezza al caso concreto in relazione agli scopi perseguiti dai Trattati.

Le misure normative o amministrative adottate dagli Stati membri e aventi come effetto la degradazione della libertà o dei diritti fondamentali contemplati dal Trattato o da norme di diritto derivato, seppure emanate nel contesto di un più ampio interesse generale facente capo all'Unione, sono sottoposte ad accertamenti che ne legittimino la loro conformità al principio di proporzionalità e la loro rispondenza al criterio della necessarietà, presupposto ineludibile nella scelta della misura.

³⁰ La Corte di Giustizia ha fatto esplicito riferimento al principio di proporzionalità sin dagli esordi della giurisprudenza. Si v. Corte giust. 16.7.1956, in causa 8/1955 *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56, 199 ss.; Corte giust. 14.12.1962, in cause riun. 5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 1962, 917 ss.; Corte giust., 19.3.1964 in causa 18/63 *Schmitz*, in *Racc.* 1964, 175 ss.

³¹ Ci si riferisce all'art. 5 T.U.E. ultimo capoverso ove si stabilisce che "In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità". Per un'ampia trattazione del principio di proporzionalità si v. N. EMILIOU, *The principle of proporzionalità in European Law. A comparative study*, London, 1996; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1999.

³² Cfr. C. giust., 14.5.2009, in C-34/08, *Azienda Agricola Disarò*; C. giust., 4.6.2009, in C-142/05, *Aklagaren*; C. giust., 11.6.2009, in C-33/08, *Agrana Zucker*; C. giust., 22.12.2008, in C-336/07, *Kabel Deutschland*; C. giust., 5.3.2009, in C-88/07, Commissione c. Regno di Spagna.

Così una volta acclarata l'idoneità del mezzo al fine da perseguire, la giurisprudenza non trascurava di verificarne l'infungibilità con altri, mediante un giudizio che appuri l'inesistenza in *rerum natura* di strumenti meno pregiudizievoli per il controinteressato.³³

Manca invece nell'iter logico seguito dai giudici UE la verifica della adeguatezza del mezzo, intesa come sostenibilità da parte degli interessati degli effetti negativi arrecati dall'azione normativa o amministrativa nel rapporto con i benefici realmente apportati; infatti, salvo in casi eccezionali, le pronunce delle Corti di giustizia³⁴ non danno conto di tale temperamento aderendo ad un modello prevalentemente oggettivo di giurisdizione della tutela in cui a rilevare sono gli interessi concretamente presi in considerazione e la corretta applicazione del diritto oggettivo.

Nel contesto ordinamentale italiano il principio in parola si manifesta a partire dagli anni novanta, dapprima sovrapponendosi al sindacato di ragionevolezza³⁵ e in un secondo momento disancorandosi dallo stesso per effetto del rinvio disposto dall'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo³⁶ ai principi unionali, tra cui vi è senz'altro quello della proporzionalità quale criterio generale volto a regolare l'azione amministrativa.

Diversi riferimenti al principio si rinvenivano anche nelle disposizioni ordinarie di recepimento delle direttive europee, che gli attribuiscono un ruolo significativo in settori sensibili come quello concernente la gestione dei rifiuti,³⁷

³³ C. giust., 22.12.2008, in C-336/07, *Kabel Deutschland*; C. giust., 5.3.2009, in C-88/07, Commissione c. Regno di Spagna; C. giust., 28.4.2009, in C-518/06, Commissione c. Repubblica italiana; C. giust., 17.9.2009, in C-182/08.

³⁴ C. giust., 11.07.1989, in C-265/87, *Schräder*, in *Racc.*, 1989, 2237 ss.

³⁵ Nella giurisprudenza si rinviene un uso promiscuo di termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità ma anche adeguatezza, congruenza e non arbitrarietà. Cfr. per tutte Corte Cost. 18.1.1999 n. 2 ove i giudici osservano che "l'automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza". Ragionevolezza, proporzionalità, razionalità ed eguaglianza costituiscono, tutti insieme e mediante un unico passaggio argomentativo, parametro per il giudizio di illegittimità costituzionale della legge impugnata; si v. Corte Cost. 29.5.1995 n. 220. In dottrina, pregevoli sono le riflessioni di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

³⁶ Ci si riferisce a L. 7 agosto 1990 n. 241 così come modificata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 che testualmente recita "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

³⁷ Ci si riferisce all'art. 178, co. 3 che fa espresso riferimento al principio di proporzionalità nella parte in cui specifica che "La gestione dei rifiuti è effettuata conformemente ai principi di precauzione, di prevenzione, di proporzionalità, di responsabilizzazione e di cooperazione di tutti i soggetti coinvolti nella produzione, nella distribuzione, nell'utilizzo e nel consumo di beni da cui originano i rifiuti, nel rispetto dei principi dell'ordinamento nazionale e comunitario, con particolare riferimento al principio comunitario 'chi inquina paga'". A tal fine la gestione dei rifiuti è effettuata secondo criteri di efficacia, efficienza, economicità e trasparenza.

la tutela del risparmio e la regolamentazione dei mercati finanziari³⁸ nonché nella predisposizione degli atti di regolazione generale e in tema di libertà di impresa ove si impone allo Stato, alle regioni, agli enti locali e agli enti pubblici di valutare l'impatto delle iniziative legislative e regolamentari, anche di natura fiscale, sulle imprese, prima della loro adozione, attraverso i criteri della proporzione.³⁹

Da mero doppione del principio di ragionevolezza, privo di idonea positivizzazione, il principio di proporzionalità acquisisce una propria autonomia e una rinnovata considerazione⁴⁰ in tutti gli ambiti dell'ordinamento giuridico, tanto da rendere necessario un distinguo tra i due concetti in parola.

Apparentemente involgenti concetti di medesima valenza semantica, essi si differenziano per il fatto che l'uno è la risultante dell'apprezzamento qualitativo di alcuni valori nel tempo, mentre l'altro rappresenta la misura di salvaguardia in concreto assegnata a ciascuno di essi per effetto delle direttive imposte da un certa comunità.

Si pensi all'art. 53 Cost. che prevede un apporto dei contribuenti alla spesa pubblica vincolato alla loro capacità contributiva. La connessione fra livello di ricchezza ed entità della tassazione sono influenzati dalle coordinate dettate e specificate di volta in volta dal legislatore secondo una certa scelta della ragione, che è la risultante di interessi diversi che si fondono nel fine pubblico da realizzare, come ad esempio nella scelta politica di colpire o, al contrario, di salvaguardare alcune categorie di contribuenti, oppure di stimolare o di limitare un certo genere di consumi ritenuti per ipotesi pregiudizievoli per la salute.

In definitiva associare questi principi, senza aver chiaro l'ambito d'incidenza di ciascuno, significa sovrapporre il piano dinamico della selezione di interessi meritevoli, in continua evoluzione per effetto della rielaborazione, graduazione e talvolta creazione di posizioni soggettive ad opera del comune sentire sociale in un

³⁸ Cfr. art. 23, comma 2, della l. n. 262, 28 dicembre 2005 il quale stabilisce che nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, prevede che "le Autorità di cui al comma primo tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori".

³⁹ Cfr. art. 6 della l. n. 180, 11 novembre 2011, recante *Norme per la tutela della libertà d'impresa*.

⁴⁰ 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. L'a. evidenzia che in talune norme costituzionali la proporzionalità assume il ruolo di parametro di valutazione ulteriore e successivo rispetto a quello di ragionevolezza. In particolare, esso consente una valutazione di carattere quantitativo, alla ricerca di una giusta proporzione. Così ad esempio l'art. 36 Cost. esprime il principio della retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato, mentre l'art. 53 Cost. stabilendo che tutti sono tenuti a concorrere alla spesa pubblica in ragione della loro capacità contributiva, costituisce un limite al potere legislativo tributario che deve ispirarsi non solo alla ragionevolezza, ma anche alla proporzionalità.

determinato periodo storico, con quello statico della misurazione che è il risultato di specifiche coordinate etero-imposte.

In alcuni casi l'approssimazione terminologica non si limita ad offuscare i contorni tra ragionevolezza e proporzionalità, ma determina interferenze tra i principi e i criteri per valutarli e misurarli concretamente,⁴¹ tralasciando che proporzione e ragione - così come buona fede e buon costume –⁴² sono sintesi descrittive a cui va attribuito un significato mediante degli *standards*⁴³ deducibili da una lettura funzionalizzata dei valori costituzionali.⁴⁴

Affermare che l'attività amministrativa si informa al principio di proporzionalità significa, in concreto, che tale valore sprigiona la sua efficacia non solo in sede di sindacato giurisdizionale sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa, ma su tutto l'*agere* pubblicistico che deve essere continuamente e incessantemente orientato sull'obiettivo indicato dalla norma attributiva del potere, mediante l'individuazione e il contemperamento dei valori in gioco.

Dovere dell'amministrazione è quello di vagliare le possibili alternative alla propria azione, in modo tale da individuare la condotta più rispondente all'interesse pubblico primario avendo cura di selezionare la misura meno pregiudizievole per il soggetto interessato.

Infine, l'intervento deve mirare ad una composizione dei valori in gioco che non si manifesti nella coscienza dei consociati come illogico e inadeguato, ragione per cui è necessaria un'istruttoria adeguatamente approfondita nell'ambito della quale assume importanza straordinaria la partecipazione dei privati mediante osservazioni, richieste e proposte alternative di esercizio del potere come nel caso del proprietario di un'area destinata all'espropriazione⁴⁵ per la realizzazione di un'opera pubblica, al quale va data formale comunicazione di avvio del procedimento

⁴¹ G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 939 ss.

⁴² A. TRABUCCHI, "Buon costume", in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 700 ss.; G. B. FERRI, "Buon costume, II) Diritto civile", in *Enc. giur.*, Roma, 1998 p. 3 ss. In particolare l'a. si occupa del rapporto tra buona fede e buon costume e osserva come sia difficoltoso tracciarne un confine, a conferma della difficoltà di individuare gli *standards* cui ancorare l'area di operatività delle clausole generali.

⁴³ Per un approfondimento sulla differenza concettuale tra clausole generali e *standards* si v. M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards in L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* (a cura di) P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, 1989, p. 311-344; ID Prefazione a E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, 2003.

⁴⁴ G. ALPA, *La solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 365 ss.; G. NICOLETTI, (voce) *Solidarismo e personalismo*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 170, 835 ss.; L. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. It.*, 2011, 1718 e ss.

⁴⁵ Cfr. l'avviso di cui all'art. 16, comma quarto, D.P.R. n. 327 del 2001 che realizza, infatti, una garanzia partecipativa non meramente formale rappresentando un necessario passaggio cognitivo-dialettico funzionale sia per la parte, che può opporre fatti e/o circostanze non considerati, sia per l'amministrazione che quelle osservazioni deve esaminare e valutare prima di approvare il progetto definitivo dell'opera.

e la possibilità di interloquire con l'amministrazione procedente sulla localizzazione e apposizione del vincolo prima della dichiarazione di pubblica utilità.

2.1 La misurazione oggettiva degli interessi in gioco

La *vis expansiva*⁴⁶ della proporzione non più in un rapporto di *genus a species*⁴⁷ con la ragionevolezza ma espressione del principio del *neminem laedere*⁴⁸ nonché misurazione oggettiva di interessi da bilanciare, impone un utilizzo generalizzato del principio non solo come metro di giudizio dell'azione pubblica ma anche come strumento di controllo dell'autonomia negoziale, con la precisazione che in questo particolare settore a venire in gioco non è l'espletamento di un potere pubblicistico ma le modalità di esercizio di un diritto o di un potere verso altri.

Il riempimento di tali locuzioni,⁴⁹ agevole nel campo amministrativistico ove i giudici si confrontano ripetutamente con i principi di ragionevolezza e proporzionalità

⁴⁶ V. F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001.

⁴⁷ Si v. *ex multis*, Corte Cost. 24 gennaio 2007, n. 26, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. 20 febbraio 2006, n. 46 (*Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento*), nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento [...]. La Corte, alla luce della principale censura mossa dai giudici remittenti condensatasi nel contrasto con il principio di parità delle parti nel processo (ex art. 111 Cost.), ha sostenuto che alterazioni alla simmetria della posizione delle parti processuali sono compatibili con il suddetto principio costituzionale, stante anche il differente ruolo dalle stesse rivestito nell'ambito del processo penale. Tuttavia, prosegue la Corte dette alterazioni sono ammissibili solo se ragionevoli: "Tale vaglio di ragionevolezza va evidentemente condotto sulla base del rapporto comparativo tra la ratio che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l'ampiezza dello 'scalino' da essa creato tra le posizioni delle parti: mirando segnatamente ad acclarare l'adeguatezza della ratio e la proporzionalità dell'ampiezza di tale 'scalino' rispetto a quest'ultima. Siffatta verifica non può essere pretermissa, se non a prezzo di un sostanziale svuotamento, in parte qua, della clausola della parità delle parti [...]". Nel ragionamento della Corte, dunque, la *proporzionalità* della misura adottata deve essere valutata con riferimento alla *ratio* della legge che va ad incidere sulla regola della parità delle parti nel processo. Il concetto di proporzionalità qui assume valenza per giustificare una formale disparità che però trova la sua giustificazione in ragione del diverso ruolo delle parti nel processo.

⁴⁸ Principio che entra a far parte del diritto amministrativo dalla nota sentenza Cass. sez. un. 22.7.1999 n. 500 in *Foro amm.*, 1999, 1990 con note di B. DELFINO, V. CAIANIELLO; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261 con nota di M.R. MORELLI; in *Foro it.*, 1999, I, 2487 con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, 2487 ss., R. CARANTA, F. FRACCHIA, A. ROMANO E. SCODITTI 3201 ss.

⁴⁹ Ampia la letteratura in tema di clausole generali: P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998 p. 1-8; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539-571; A. GUARNIERI, *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, 403-413; ID. *Le clausole generali*, G. ALPA, A. GUARNIERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Trattato di dir. civ. diretto da R. Sacco*, Torino, 1999, 132-154; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, 1986, *ibidem*, p. 5-19; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ibidem*, p. 21-30; ID. *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 97 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. It.*, 2011, p. 1697 s.; S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709-733; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, p. 1-20; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, *Ars interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, 373-386; N. IRTI, *Rilevanza giuridica in Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 35 ss; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010; F. ASTONE, *Le clausole generali tra diritto civile e filosofia analitica*, in *Giur. it.*, 2011, 1713 ss.

nella disamina dell'attività espletata dalla pubblica amministrazione,⁵⁰ diventa operazione complicata quando a venire in gioco è l'esercizio di un diritto in conflitto con altro o l'equilibrio tra sfere giuridiche: evenienza che impone di riflettere sul ruolo del principio in parola nel contesto civilistico,⁵¹ terreno di elezione della clausola di buona fede e ambito in cui l'applicazione di quest'ultima potrebbe essere da ostacolo alla presenza di ulteriori correttivi dell'autonomia negoziale.

Tale obiezione tuttavia non è da sola sufficiente ad impedire una generale estendibilità del principio di proporzionalità al settore delle contrattazioni sia per la sua posizione di supremazia gerarchica nel sistema delle fonti sia per la portata trasversale che gli viene assegnata dalla Carta Costituzionale. Si pensi all'art. 36 che dispone l'utilizzo della proporzionalità nel calcolo della retribuzione dovuta al lavoratore in relazione alla quantità e alla qualità del lavoro svolto; all'art. 39 che nel disciplinare l'organizzazione dei sindacati specifica che essi debbono essere rappresentati in proporzione ai loro iscritti; all'art. 53 che prevede la determinazione della capacità contributiva di ciascun cittadino in funzione alla capacità economica del singolo e infine all'art. 56 che dispone una distribuzione dei seggi elettorali del Parlamento proporzionata rispetto al territorio nazionale.

Inoltre il principio è espressamente richiamato in numerose disposizioni del codice civile precipuamente indirizzate ad assicurare l'equilibrio tra diritti e obblighi contrattuali. Fra queste valga ricordare l'art. 1384 c.c. che impone la riduzione della clausola penale quando dal confronto tra le prestazioni essa appaia manifestamente iniqua; l'art. 337 *ter* che prevede il mantenimento del figlio

⁵⁰ Il tema delle clausole generali, con osservazioni estese anche al settore del diritto pubblico, è affrontato fra gli altri da P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. It.*, 2011, 1689 ss., secondo l'a. le clausole generali costituiscono uno strumento «ineliminabile» nella tecnica legislativa, infatti «dopo che sono state abbandonate la tentazione e l'utopia di una minuziosa ed esaustiva disciplina casistica», le norme a contenuto indeterminato risultano «indispensabili all'attività dei giudici, una volta rimosso il pregiudizio che attraverso norme a contenuto elastico ed indeterminato dai giudici possa favorirsi l'arbitrio e la pretesa creativa di diritto». Si osserva inoltre che locuzioni come «correttezza», «buona fede», «lealtà», «buon costume», appaiano «ai più indispensabili nella società moderna, ed anzi meglio rispondenti alla pluralità di tradizioni e orientamenti che in essa convivono». Nello stesso senso si v. G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, 1704 ss., secondo cui le clausole generali costituiscono «una tecnica legislativa praticamente ineliminabile», al punto che sarebbe «ingenua una prospettazione del problema delle clausole generali che ponesse tra le domande rilevanti l'alternativa "Clausole generali: sì o no?" (oppure, se si vuole riformulare in altro modo la domanda: "E' preferibile una 'legislazione per principi' o una legislazione basata sulla tecnica della 'fattispecie'?"»), perché nessun ordinamento può evitare di ricorrere a "clausole generali", ma al contempo nessun ordinamento potrebbe basarsi esclusivamente su clausole generali». Infine, cfr. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. critica dir. privato*, 2011, 345 ss.; L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, *ibid.*, 473 ss.

⁵¹ Negano che il principio di proporzionalità possa trovare applicazione nel diritto privato, A. M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998 e U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, 1965. Secondo questi autori, infatti, tale principio presuppone l'intervento di un pubblico potere.

in misura proporzionale al reddito di ciascun genitore e la corresponsione di un assegno periodico il cui ammontare tenga conto del principio di proporzionalità; l'art 1893, comma secondo, c.c., che in ambito assicurativo prevede una rettifica del contratto volta a ristabilire l'equilibrio tra il rischio che l'assicuratore sopporta ed il premio che la controparte corrisponde, prevedendo nello specifico che qualora il sinistro si verifichi prima che l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza sia conosciuta dall'assicuratore, o prima che questi abbia dichiarato di recedere dal contratto, la somma dovuta è ridotta in proporzione della differenza tra il premio convenuto e quello che sarebbe stato applicato se si fosse conosciuto il vero stato delle cose; ancora l'art. 1455 condiziona la risoluzione del contratto alla gravità dell'inadempimento e al fatto che lo stesso non sia di scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altro e non ultimo gli articoli 1480, 1584, 1668 c.c. che attribuiscono al contraente la scelta tra risoluzione del vincolo e il ripristino dell'equilibrio contrattuale.

La buona fede, al contrario, trova il suo aggancio costituzionale nel principio di solidarietà sociale che si serve della speciale clausola nella regolamentazione dei rapporti umani e patrimoniali. A differenza delle altre fonti di integrazione previste dall'art. 1374 c.c., essa assume portata generale in funzione del carattere indeterminato che la disposizione gli attribuisce, affidando all'interprete ampi margini di discrezionalità nell'individuazione dei comportamenti esigibili in base ai canoni di lealtà e correttezza. Tuttavia la valenza applicativa della buona fede oggettiva che si sostanzia nel generale obbligo di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte fissando un limite ad ogni situazione negozialmente attribuita, appare inefficace all'esterno del paradigma contrattuale specie per far fronte a circostanze concomitanti alla pattuizioni, non direttamente riconducibili a regole di condotta e che vanno affrontate con l'ausilio di altri correttivi.

In particolare il principio di proporzionalità trova ad operare ogniqualvolta la sproporzione attenga ad asimmetrie tra soggetti contraenti, prestazioni illogiche, sanzioni ingiustificate o modalità di esercizio del diritto formalmente rispettose della cornice attributiva del potere che non si traducano in una condotta contraria a buona fede ma siano sostanzialmente illecite per il *vulnus* arrecato in relazione al beneficio effettivamente ottenuto.

Sono disolute dall'ordinamento tutte le *gross disparities* che si palesino inconciliabili con il principio di proporzionalità che si pone nella contrattazione e nel sistema civilistico più in generale, come valido sussidio dell'autonomia negoziale senza essere da ostacolo alle scelte delle parti.

L'incessante proliferazione di norme dirette alla creazione, ripristino o regolamentazione di settori particolarmente esposti al rischio di una contrattazione

iniqua avalora l'idea che buona fede e correttezza non siano sufficienti a contrastare situazioni preesistenti o afferenti un piano diverso da quello comportamentale. A titolo puramente esemplificativo si consideri la legge 7 marzo 1996 n. 108 che in materia di usura fissa il limite oltrepassato il quale gli interessi si presumono usurari e statuisce altresì l'illegittimità di quegli interessi che, seppure inferiori a tale limite, risultino comunque sproporzionati all'esito di un giudizio nel quale l'interprete deve tener conto delle concrete modalità della stipula e delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria del contraente.

L'influenza del principio di proporzionalità nelle scelte del legislatore è desumibile altresì dall'ampliamento del novero dei soggetti sussumibili nella definizione di contraente debole, categoria non più limitata al consumatore in senso stretto ma estesa al subfornitore che operi in condizione di soggiacenza nei riguardi del committente e del *franchisee* (detto anche affiliato) la cui attività dipenda in modo esclusivo dal *franchisor* (comunemente detto affiliante).

In tutti questi casi infatti la sopravvivenza del professionista "debole" è strettamente connessa alle esigenze e ai bisogni di un professionista dotato di maggiore forza contrattuale con il rischio di negoziazioni inique foriere di sacrifici illogici per una sola delle parti; sperequazione tuttavia non riconducibile in modo automatico ad un comportamento sleale di uno dei professionisti, potendo derivare dalla mera sudditanza psicologica in cui versa l'imprenditore più debole.

Non va dimenticata inoltre l'estensione operata in favore del piccolo imprenditore delle garanzie attribuite al consumatore nel delicato settore del pratiche scorrette e ingannevoli, come conseguenza dell'accorpamento sotto al termine "microimprese" di tutte quelle entità, società di persone o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica adottata, esercitino attività artigianali a titolo individuale o familiare.⁵²

Si consideri, infine, la volontà di regolamentare il giusto equilibrio e la corretta formazione della volontà pattizia tra un soggetto tenuto ad una certa somma e il suo creditore nel campo dei ritardi nel pagamento delle transazioni commerciali,⁵³ la cui disciplina è tesa ad impedire l'imposizione di clausole gravemente inique circa il termine di adempimento, il saggio degli interessi moratori o il risarcimento per i costi di recupero. In particolare, l'art 7, comma secondo, della legge in oggetto stabilisce che "il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura

⁵² Norma introdotta con il D.L. Liberalizzazioni (Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1) che ha modificato gli artt. 18 e 19 del Codice del Consumo (d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206).

⁵³ Cfr. d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, attuativo della direttiva comunitaria n. 2000/35.

della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero”.

Relegando la buona fede sullo stesso piano degli altri parametri da prendere a riferimento nel giudizio, la disposizione sembra confermare l'idea che in alcuni casi la speciale clausola non è sufficiente a riequilibrare le sfere giuridiche, specie allorché le conseguenze illogiche discendenti dalla pattuizione non dipendano in alcun modo dalla violazione di una regola di comportamento, ma da esigenze di giustizia tra prestazioni che possono essere salvaguardate solo attraverso il principio di proporzionalità, la cui vis espansiva acconsente, inoltre, di far luce sul concetto di buona fede contemplato dall'art. 33 del codice del consumo utile ad individuare le clausole vessatorie⁵⁴ disposte dal professionista nei confronti del consumatore.⁵⁵

Infatti, le critiche mosse all'interpretazione precipuamente soggettiva della buona fede fondano sulla irrilevanza che la stessa finirebbe per avere se intesa come ignoranza di ledere l'altrui diritto, nonché sulla mancanza di un solido parametro normativo diverso da quello della buona fede oggettiva cui ancorare il giudizio di abusività dell'interprete, il quale sarebbe costretto a fare appello al suo prudente apprezzamento causando derive arbitrarie in forte antitesi con il principio di certezza dei traffici giuridici.

Obiezioni che tralasciano di considerare che il giudice ha la possibilità di scandagliare la vicenda contrattuale non solo sul piano della buona fede ma anche su quello della proporzione, mediante un giudizio che consacri la meritevolezza della pattuizione in merito all'idoneità e alla necessità delle scelte fatte dai contraenti.

Inoltre, dalla lettera sintetica delle disposizioni sovranazionali si desume che la *ratio* di giustizia sostanziale e di equilibrio, rappresenta esigenza generale non limitata ai soggetti contraddistinti da diversa forza negoziale ma estesa all'intera area delle contrattazioni. Così l'art. 1.7 dei *Principi Unidroit* prevede il dovere di agire secondo buona fede nei rapporti del commercio internazionale, mentre l'art. 3.10 nel fare riferimento all'eccessivo squilibrio contrattuale⁵⁶ prevede la facoltà per il contraente di chiedere l'annullamento del contratto o di una sua singola

⁵⁴ Cfr. l'art. 1469-bis c.c., riprodotto dall'art. 33, d. lgs 6 settembre 2005, n.206.

⁵⁵ C.M. BIANCA, *Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, l'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di C.M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996, p. 359.

⁵⁶ G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 218 ss.; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 310 ss.

clausola qualora, al momento conclusione, il vincolo contrattuale o la clausola attribuiscono ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio abnorme.

Il giudice nella sua opera interpretativa deve tener conto di una serie di circostanze tra cui: l'ingiusto vantaggio di cui abbia goduto uno dei contraenti dallo stato di dipendenza dell'altro, le difficoltà economiche delle parti, le necessità immediate di quella che si trova in condizione di soggiacenza rispetto all'altra e i benefici ottenuti per effetto dell'imperizia, dell'ignoranza, dell'inesperienza o della mancanza di abilità a trattare di uno dei contraenti coinvolti, oltretutto della natura e dello scopo del contratto. All'esito di tale accertamento, su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento, il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio.

Ancora l'art. 5.1.7 rubricato determinazione del prezzo, stabilisce che la somma eventualmente stabilita dai giudici o dagli arbitri debba essere ragionevole, con la conseguenza che la pattuizione di un corrispettivo frutto di dolo, eccessivo squilibrio o colpa può essere sventata per mezzo dei rimedi espressamente previsti dall'articolo 3.11.⁵⁷

In definitiva l'azione di annullamento della singola clausola o dell'intero contratto da parte del soggetto svantaggiato non dipende esclusivamente dalla condizione di soggiacenza di un certo soggetto nei confronti dell'altro, ma anche dalle particolari difficoltà economiche, dall'imperizia, dall'ignoranza o dall'inesperienza, dalla natura e dallo scopo che in concreto possono condizionare la transazione. L'esigenza di equità permea l'intero settore privatistico e ripudia qualsiasi comportamento che pur formalmente rispettoso della cornice formale finisca per essere illogico sul piano degli effetti prodotti, vale a dire non idoneo alla realizzazione di un certo diritto o non necessario al suo soddisfacimento.

3 La riduzione ex officio della clausola penale

Tali considerazioni si pongono in linea di tendenziale omogeneità con gli arresti giurisprudenziali che hanno riconosciuto al giudice il potere di ridurre

⁵⁷ L'art. 3.11 dei principi Unidroit prevede che "qualora il dolo, la violenza, lo squilibrio eccessivo tra le prestazioni o l'errore di una parte siano imputabili o siano noti o avrebbero dovuto essere noti ad un terzo per i cui atti la controparte è responsabile, il contratto può essere annullato alle stesse condizioni che se il comportamento o la conoscenza fossero stati quelli della controparte in persona. Qualora il dolo, la violenza o lo squilibrio eccessivo tra le prestazioni siano imputabili ad un terzo per i cui atti la controparte non è responsabile, il contratto può essere annullato se la controparte era a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza del dolo, della violenza o dello squilibrio eccessivo delle prestazioni, o comunque se al tempo in cui il contratto è stato annullato essa non aveva ancora agito facendo affidamento sul contratto.

anche *ex officio* la clausola penale che si palesi sproporzionata nel confronto tra le prestazioni in gioco, alla luce delle condizioni contrattuali complessivamente intese.⁵⁸

L'art. 1384 c.c. prevede che la penale possa essere diminuita equamente dal giudice se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte, ovvero se il suo ammontare è manifestamente eccessivo in relazione all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Tale facoltà, da esercitare secondo equità, non determina tanto l'esigenza di una stretta equipollenza tra penale ed entità del danno verificatosi, quanto sostanzialmente una rimodulazione della somma pattuita sull'interesse del creditore giustificativo dell'adempimento e più in generale dell'intero negozio.

Nel silenzio della legge l'ammissibilità di un autonomo intervento giudiziario che verifichi in concreto l'adeguatezza della regola pattuita è inscritta nei limiti che incidono sull'autonomia privata, tra cui vi è senz'altro quello della meritevolezza che rappresenta correttivo del principio di proporzionalità.

Inoltre, dalla circostanza che il giudice possa e non necessariamente sia obbligato a rimodulare la penale eccessivamente onerosa, si desume non già l'esistenza di un diritto rimesso alle strategie difensive del *solvens*, ma l'obbligo in capo all'interprete di svolgere la sua funzione ortopedica tenendo debitamente conto dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali e il reale interesse del creditore che permea il contratto.

Si supera l'idea secondo cui la riduzione della somma rappresenta effetto di una specifica istanza del debitore e si aderisce a quella che ne valorizza la portata generale, quale rimedio nelle mani del giudice tenuto a ripristinare il corretto equilibrio tra le sfere giuridiche dei privati,⁵⁹ in base alla effettiva incidenza degli interessi in gioco a presidio dei quali soltanto è preposto il potere di *reductio ad aequitatem* della penale.

In questo senso la riduzione della clausola penale rappresenta normale estrinsecazione del potere di accertamento dell'organo giudicante sulla rispondenza dell'autonomia contrattuale al principio di proporzionalità e più nello specifico ai limiti entro i quali le posizioni soggettive delle parti possono qualificarsi come meritevoli di tutela.

Tale controllo va esercitato anche *ex officio* perché è potere-dovere assegnato all'interprete per la concretizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento,⁶⁰

⁵⁸ A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 1538 ss.

⁵⁹ Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Giust. civ. Mass.*, 2003 e in *Dir. e giur.*, n. 1/2004, p. 105 ss.

⁶⁰ A. RICCIO, *È dunque venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 98, che riconduce "il fondamento della riduzione della penale manifestamente eccessiva [...] all'interno di un più generale ed emergente fenomeno: il processo di

sostanziantesi nel giusto bilanciamento tra somma pattuita e inadempimento da prevenire o reprimere, la cui reale misura è determinata dall'interesse del creditore da un lato e dal sacrificio concretamente esigibile dal debitore dall'altro.

Il rischio di interferenze giudiziali che stravolgano l'originario assetto di interessi pattuito non è ragione da sola sufficiente a limitare il potere eterointegrativo del giudice che è istituzionalmente preposto a contemperare i principi solidaristici con la stabilità del sistema economico generale.

In un contesto di questa tipo il principio di proporzionalità è inscindibilmente legato al negozio nella sua accezione di punto di incontro tra interessi giuridici meritevoli in continua evoluzione, che per loro stessa natura possono essere incisi da molteplici fattori di erosione.⁶¹

Ecco che la valenza quantitativa del principio, come giusta misurazione tra elementi omogenei e raffrontabili tra loro si traduce in un giudizio di equità⁶² in grado di eliminare la sproporzione tra valori economici⁶³ al fine di scongiurare squilibri illogici e irragionevoli inidonei o non necessari alla realizzazione di un certo interesse, benefici del quale possono essere raggiunti dal titolare con modalità meno lesive della sfera giuridica della controparte.

Così il potere di pattuire una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno non equivale ad assegnare all'*accipiens* un potere incondizionato circa l'entità della clausola penale da concordare, ma a promuovere una leale collaborazione tra i protagonisti per l'individuazione del corrispettivo che sia idoneo a disincentivare l'inadempimento della prestazione senza tuttavia produrre sacrifici troppo onerosi nella sua sfera giuridica del debitore.

oggettivizzazione della tutela contro lo squilibrio delle condizioni contrattuali", laddove la clausola generale di buona fede rappresenta "lo strumento per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata".

⁶¹ G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1966, *passim*.

⁶² Tale principio si pone a fondamento del potere del giudice di ridurre d'ufficio la penale eccessiva (art. 1384 c.c.) Sul punto significative sono: Cass. 24.9.1999 n. 10511, in *Contratti*, 2000, p.; ID, in *Corr. giur.*, 2000, p. 68 s.; Cass., sez. un. 13.9.2005 n. 18128, in *Corr. Giur.* 2005, 1538 ss. *Contra* in dottrina si v. U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, il quale ritiene che la riduzione della clausola penale sarebbe semplicemente l'espressione del potere dell'interprete di determinare la misura del pregiudizio e non già manifestazione di un'esigenza di proporzione tra prestazioni.

⁶³ Cfr. sul punto P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, *cit.* Non va dimenticato per altro che l'operatività del meccanismo di riduzione giudiziale della penale è presente anche in materia di contratti commerciali internazionali. Ci si riferisce in particolare all'art. 7.4.13. dei principi elaborati dall'UNIDROIT in cui si afferma che "in ogni caso, nonostante qualsiasi patto contrario, la somma stabilita può essere ridotta ad un ammontare ragionevole ove essa sia manifestamente eccessiva in relazione al danno derivante dall'inadempimento di altre circostanze". In dottrina si v. I. TARDIA, *Interessi non patrimoniali e patti sanzionatori*, in quaderni della *Rass. dir. civ.*, diretta da P. Perlingieri, 2006, 63; Considerazioni analoghe valgono in materia consumeristica ove la proporzionalità va intesa come mezzo di riequilibrio tra prestazioni sproporzionate e non come necessaria proporzione tra prestazioni. Sul punto cfr. M. BIN, *Clausole vessatorie, una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, p. 439.

In senso analogo, l'azione di risoluzione del contratto non è risposta da dare a qualsiasi tipo di inadempimento, ma solo a quello che si sostanzia in una condotta inadempitiva di non scarsa rilevanza, la cui valutazione in termini di gravità dipenda dalla comparazione tra le sfere giuridiche di riferimento nell'economia complessiva del rapporto giuridico, potendo la misura caducatoria rappresentare mezzo idoneo alla realizzazione dell'interesse creditorio ma non essere all'uopo necessario per la sussistenza di mezzi parimenti efficaci e meno lesivi della sfera giuridica dell'obbligato. Pertanto, la gravità dell'inadempimento di una delle parti contraenti non va commisurata all'entità del pregiudizio, che per vero potrebbe anche non esserci, ma al rilievo assegnato alla violazione dalla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione.⁶⁴

L'interpretazione che ritiene la riduzione ad equità della clausola penale ordinario esercizio di controllo del giudice⁶⁵ sull'autonomia privata si inserisce nel più generale quadro ermeneutico incline ad individuare la strumentazione di cui il giudice dispone per ripristinare l'equilibrio tra sfere giuridiche: in questo senso la proporzionalità non si occupa dello *status* dei contraenti ma della reale posizione delle parti all'interno della vicenda contrattuale per approdare a soluzioni più sostanziali che abbiano come punto di riferimento la giustizia commutativa tra gli scambi piuttosto che la pedissequa e spesso insoddisfacente aderenza al dato normativo.⁶⁶

Si assiste ad un vero e proprio tentativo di annettere alle transazioni un plusvalore di carattere pubblicistico che faccia da contraltare alla nuova concezione di causa in concreto: se da un lato la funzione economico - individuale che connota ogni pattuizione non deve necessariamente coincidere con quella prevista in astratto dalla legge, dall'altro essa deve rispondere ad un principio di ordine pubblico economico che ne accerti idoneità e necessità mediante un giudizio, all'esito del quale soltanto, la pattuizione potrà dirsi meritevole di tutela e in grado di produrre i suoi effetti nel mondo giuridico.

⁶⁴ Cfr. Cass. sez. III, 28.6.2010 n. 15363 e Cass. sez. III, 8.7.2010 n. 16111.

⁶⁵ Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. Civ.*, 1999, pp. 2930 ss.; in *Corr. Giur.*, 2000, pp. 68 ss., con nota di M. FAUCELLI, in *Contratti*, 2000, pp. 118 ss., con commento di G. BONILINI, che definisce "improprio" il ragionamento seguito dalla sentenza, laddove "reputa non eccezionale l'intervento del giudice, bensì normale il controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata, che il giudice svolge a prescindere dalla richiesta della parte interessata", in quanto tale estensione contrasterebbe con la scelta del legislatore di esplicitare con chiarezza "i casi in cui quell'autonomia deve risultare mitigata".

⁶⁶ C. SCOGNAMIGLIO, *La causa e la giustizia del contratto* in *Trattato del contratto Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p.141 ss.

A sostegno dell'assunto valga considerare che in materia di usura la sanzione della nullità per le clausole con tasso di interesse usurario è comminata in base ad un parametro oggettivo – il tasso rilevato trimestralmente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – che non dipende in alcun modo da circostanze in grado di alterare il processo di formazione della volontà dei contraenti, avalorando la generale propensione dell'ordinamento all'equilibrio tra le prestazioni.

Né appare condivisibile l'idea che il legislatore si sarebbe limitato a presidiare il singolo disinteressandosi della giustizia degli scambi, sia sulla base del dato letterale che nulla esclude in tal senso, sia per la presenza nel panorama legislativo di altre norme con duplice valenza precettiva come la nullità di protezione prevista in materia consumeristica, la cui portata sanzionatoria è posta a salvaguardia sia della correttezza delle transazioni sia delle ragioni del consumatore nella sua veste di parte debole del rapporto.

L'intervento del giudice è strumento di cui l'ordinamento si avvale per controllare l'autonomia negoziale⁶⁷ evitando la produzione di risultati illogici che travalichino i limiti entro i quali le posizioni soggettive delle parti possono ritenersi meritevoli di tutela, con la conseguenza che il principio di proporzionalità assurge a limite dell'autonomia delle parti, da verificare caso per caso in base ai presupposti di legge e alle circostanze concrete.

3.1 La proporzionalità nella rilevazione di situazioni di abuso

Analoghe considerazioni valgono nella qualificazione di una certa condotta come abusiva; infatti, nella sua definizione generalmente riconosciuta, l'abuso del diritto si sostanzia nella titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto, nella possibilità di espletare quel diritto attraverso una pletora di modalità non prefissate e nella circostanza che seppur esercitato nel rispetto della cornice attributiva del potere esso sia svolto con attività censurabili sul piano, giuridico

⁶⁷ F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1999, p. 895, come sia apprezzabile l'iter argomentativo seguito da Cass. n.10511/99, nella quale, reputandosi di mutare opinione rispetto al precedente indirizzo della Cassazione, si sono chiarite le ragioni che hanno ispirato tale decisione, in relazione alla ritenuta mutata concezione del contratto: "Un esemplare modello di *overruling* si ritrova nella motivazione della pregevole Cass., 24 settembre 1999, n. 10511 [...] che affronta il problema della riduzione *ex officio* della penale eccessiva, analizzando con attenzione la precedente contraria giurisprudenza della Cassazione e rilevando come questa fosse legata ad una antica, e non più attuale, concezione del contratto basata sulla «intangibilità delle convenzioni» e sul «dogma della volontà», non compatibile con i nuovi orientamenti giurisprudenziali, che, muovendo dalla valorizzazione delle clausole generali di buona fede e correttezza, riconoscono al giudice il potere di verificare la congruenza dello scambio contrattuale"; in senso conforme si segnala, inoltre, Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128.

od extra-giuridico, che determinino una sproporzione ingiustificata tra il beneficio ottenuto dal titolare della situazione giuridica soggettiva ed il sacrificio patito dalla controparte.⁶⁸

La tendenza in materia è stata quella di aderire ad una interpretazione restrittiva del principio, tanto che le forme di controllo dei diritti soggettivi ascrivibili al nostro sistema giuridico sono state generalmente ricondotte al principio di buona fede in tema di rapporti obbligatori e al divieto di atti emulativi in materia di proprietà. Le resistenze inizialmente mostrate nei confronti di una positivizzazione dell'abuso fondavano precipuamente su esigenze di certezza dei traffici giuridici astrattamente pregiudicabili dall'arbitrio del giudice e più in generale sulla necessità di rendere prevedibili ed omogenee le decisioni prese dall'interprete; ragioni che hanno imposto un utilizzo prudente dell'abuso ai soli casi espressamente tipizzati dal codice.⁶⁹

Ciò non vale ad escludere, tuttavia, che il mero rispetto formale del diritto possa dar luogo ad una ingiustizia sostanziale e che il giudice, tutt'altro che discutibile esecutore, ben possa accertare l'idoneità e la necessità di una certa condotta in relazione al fine perseguito, come per altro avvalorata dai recenti arresti in tema di clausola penale.⁷⁰

Nonostante parte della dottrina sia contraria alla configurabilità di un generale utilizzo dell'abuso del diritto, la figura trova espressa menzione nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁷¹ e nella copiosa normativa tesa a scongiurare il fenomeno in settori particolarmente sensibili, esaltando la natura trasversale dell'istituto in tutta l'area del diritto civile⁷² coerentemente con l'idea di giustizia commutativa che influenza l'ordinamento.

A ben vedere in materia tributaria il legislatore ha espressamente previsto una norma volta a contrastare l'abuso disponendo l'inoppugnabilità all'amministrazione finanziaria degli atti, dei fatti e dei negozi, anche connessi tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento

⁶⁸ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 pubblicata in numerose riviste giuridiche tra cui *Guida al diritto*, 2009, 40, 38 ss.; *I contratti*, 2010, 5 ss.; *Danno e resp.*, 2010, 347 ss.

⁶⁹ Si pensi all'art. 10 c.c., in tema di abuso dell'immagine altrui all'art. 105 c.c., in materia di abuso dell'usufruttuario, e ancora all'art. 2793 c.c. afferente il caso in cui il creditore abusi della cosa data in pegno.

⁷⁰ Cfr. Cass. 24.9.1999 n. 10511 cit. e Cass., sez. un. 13.9.2005 n. 18128 cit.

⁷¹ L'art 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede che "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente carta".

⁷² Si pensi a titolo esemplificativo e non esaustivo agli artt. 24, 25, 33 ss. del codice del consumo; all'art. 7 del d. lgs. n. 231/2002 in tema di ritardi di pagamento, all'art. 3 della l. 287/1990 in tema di regolamentazione dei rapporti tra imprese, alla legge n. 129/2004 in tema di franchising e ancora all'art. 9 della l. 192/1998 sulla subfornitura, rubricato "abuso di dipendenza economica".

tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti.⁷³ La norma rende inefficace nei confronti dell'amministrazione finanziaria gli atti posti in essere con il solo fine di ottenere un vantaggio fiscale, qualificando la condotta immeritevole e inidonea a realizzare interessi degni di tutela secondo quanto previsto dall'art. 1322 c.c.

Non di meno, nell'applicazione della sanzione occorre valutare la natura e la specie delle operazioni poste in essere nella loro reciproca connessione per escludere che abbiano un fine diverso da quello fraudolento del risparmio di imposta in grado di conferire dignità e logicità alla condotta posta in essere.

Ecco quindi che nel diritto tributario l'abuso del diritto si sostanzia nell'aggiramento di una norma fiscale ritenuta sfavorevole mediante l'applicazione di altra più vantaggiosa tratta dalle contraddittorietà della disciplina legislativa, al fine di ottenere un beneficio apparentemente rispettoso del dato positivo ma che il legislatore non intendeva accordare. Ne deriva che il comportamento in concreto posto in essere, formalmente coerente con la cornice attributiva del potere, può essere qualificato abusivo qualora il giudice ravvisi una sproporzione tra l'interesse del singolo al risparmio di imposta e quello della collettività all'adeguata contribuzione alla spesa pubblica.

Nonostante l'assenza di una norma *ad hoc*, la giurisprudenza ha esteso la portata dell'istituto ai rapporti obbligatori facendo ricorso al principio della buona fede oggettiva, il cui legame alquanto controverso con l'abuso del diritto sarebbe caratterizzato da una sostanziale equipollenza delle funzioni. Tuttavia, l'utilizzo improprio dei due principi, in un settore da sempre regolato dal canone della buona fede ha dato vita a problematiche interpretative ancora irrisolte circa la corretta perimetrazione di ciascuna figura.

Nelle sue applicazioni giurisprudenziali l'abuso del diritto è stato utilizzato talvolta come parametro di valutazione ed integrazione delle condotte, sovrapponendosi in toto al principio di correttezza e buona fede, talaltra quale indice rivelatore della difformità tra lo scopo della norma e quello che gli attribuisce il singolo che se ne avvale.

In definitiva la giurisprudenza di legittimità ha riscontrato ipotesi di abuso del diritto non solo in presenza di condotte contrarie alla regola di correttezza, ma anche in circostanze di deviazione causale dell'atto rispetto al suo scopo: nel primo caso a venire in gioco è la buona fede oggettiva quale parametro di legittimità del comportamento posto in essere alla luce delle molteplici facoltà in astratto ammissibili per fare valere la posizione, mentre nel secondo ad avere rilevanza è

⁷³ Cfr. art. 37 *bis* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600.

l'elemento teleologico-finalistico che ispira l'operazione effettuata, nonché la sua conformità con la *ratio* che persuade l'ordinamento a conferire una certo bene.

L'incessante ricerca di un parametro positivo cui ancorare il sindacato del giudice scaturisce dall'incognita di giudizi altamente discrezionali privi di fondamenta oggettive a cui per altro si aggiunge la non agevole decifrazione del rapporto tra abuso e buona fede, in ragione della capacità generalmente riconosciuta alla speciale clausola di assicurare in modo pieno ed effettivo il regolare andamento dell'autonomia negoziale nell'ambito delle condotte che ne costituiscono esplicazione.

Il tema è stato affrontato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha assegnato particolare rilievo alla divergenza tra funzione e scopo perseguito: attenta all'esigenza di applicazione uniforme delle disposizioni comunitarie e al rispetto della certezza del diritto,⁷⁴ la giurisprudenza sovranazionale ha ritenuto sussistente una situazione di abuso ogniqualvolta abbia a verificarsi una discordanza tra l'atto di esercizio del diritto e le finalità per cui lo stesso è stato concesso, adottando una tecnica basata su un giudizio di proporzionalità degli interessi coinvolti secondo cui nella tutela una posizione soggettiva si deve tenere conto sia degli scopi effettivamente presi di mira sia delle tecniche adottate per realizzarli.

La negazione di tutela finisce per essere inscindibilmente connessa agli scopi perseguiti dall'interessato e al risultato prodotto dalla propria iniziativa in termini di costi-benefici, come per altro suffragato dalla stessa Corte di Giustizia che ha escluso di poter ricavare l'esistenza di una situazione abusiva dalla semplice facoltà rimessa all'azionista di avvalersi di un beneficio previsto da una direttiva,⁷⁵ specificando, tuttavia, che ciò non impedisce ai giudici nazionali di rilevare una situazione illecita "nel caso in cui il soggetto abbia optato, tra i rimedi giuridici disponibili per reagire ad una situazione determinata dalla violazione della direttiva, per quello produttivo di un danno talmente grave ai legittimi interessi altrui da risultare manifestamente sproporzionato".⁷⁶

La necessità di una valutazione dell'interprete nel bilanciamento tra interessi in conflitto – quello illogico a fondamento della condotta abusiva e l'altro coerente con l'ordinamento e perciò meritevole di essere presidiato – ha la sua

⁷⁴ S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, 293 ss.

⁷⁵ Ci si riferisce al disposto dell'art. 25, n. 1, seconda dir. Consiglio, 13 dicembre 1976, n. 77/91/Cee, intesa a coordinare, per renderle equipollenti le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'art. 48, comma 2, Ce (già art. 58 trattato Ce), per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi in relazione alla costituzione della s.p.a., nonché alla tutela e alle modificazioni del capitale sociale della stessa.

⁷⁶ Cfr. Corte di Giustizia CE 12 maggio 1998, C 367/96.

ragion d'essere non soltanto nel divieto di abuso del diritto, ma nel principio di proporzionalità che innerva l'area dei rapporti obbligatori e che stigmatizza una certa condotta non solo quando essa sia esercitata con modalità lesive del canone di buona fede, ma anche nei casi in cui l'espletamento del potere si manifesti in modo eccentrico alla luce della complessiva sproporzione prodotta tra l'utilità ottenuta e il sacrificio arrecato.

Appare corretto il riferimento alla meritevolezza⁷⁷ enucleata dall'art. 1322 c.c. per i contratti atipici e pacificamente riferibile a quelli espressamente tipizzati dal legislatore, norma che rimanda a concetti di utilità e di proporzionalità aventi ad oggetto la realizzazione delle esigenze del singolo ma anche a quelle di giustizia sostanziale che devono in ogni caso contraddistinguere il rapporto.

Inoltre, superando l'equazione tra abuso del diritto e violazione del canone di buona fede si implementa la strumentazione rimediale a disposizione del danneggiato per fronteggiare il comportamento abusivo; infatti non va trascurato che la violazione della regola di correttezza non afferisce concetti attinenti la struttura o il contenuto del negozio, i soli in grado di privare *ab origine* di efficacia il vincolo pattizio, ma il diverso piano del contegno dei contraenti la cui illegittimità può essere messa in discussione solamente con lo strumento risarcitorio.⁷⁸

Il principio di proporzionalità in questo senso favorisce un ampliamento dello spettro delle tutele a disposizione del singolo e dell'interprete per rimuovere la situazione illecita: si pensi alla tutela reale dell'*exceptio doli generalis* che attribuisce al titolare la possibilità di contrastare una pretesa astrattamente fondata e che tuttavia sia manifestazione di un esercizio scorretto del diritto teso al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico o, ancora, all'azione di nullità esperibile per violazione di un principio di ordine pubblico che inficia il contratto e la sua validità sotto il profilo causale.

Il tentativo infruttuoso di innalzare la buona fede a regola di validità e la carenza di rimedi volti a contrastare il fenomeno sono dati insuperabili di un apparato dogmatico ormai obsoleto⁷⁹ che impone un cambiamento di prospettiva nell'analisi della fattispecie anche mediante l'utilizzo di altri e nuovi principi come

⁷⁷ F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 53 ss.

⁷⁸ Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1479 ss., e in *Foro it.*, 2000, I, c. 3495 ss.; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contratti*, 2004, p. 145 ss.; Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, c. 1105 ss.; e Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 17, e in, in *Foro it.*, 2008, c. 784.

⁷⁹ Cfr. V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno resp.*, 2006, p. 30 ss.; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 230 ss.

quello di proporzionalità e di meritevolezza per la loro capacità di fare breccia nella struttura e nel contenuto del regolamento fornendo tutele reali al soggetto leso dal comportamento abusivo.

In questo contesto il canone della meritevolezza assurge a strumento in grado di invalidare rapporti caratterizzati da prestazioni sperequate e da vantaggi abnormi cui spesso corrispondono sacrifici ingiustificati in capo ad una delle parti, mediante un sindacato di proporzione che lungi dal rappresentare un giudizio etico-morale dell'interprete si traduce in una mediazione degli interessi che compongono la causa del negozio.

Ciò sta a significare, nello specifico, che la buona fede oggettiva serve ma non basta ad eliminare tutte le incongruenze che possono contaminare il sistema civilistico, rappresentando la sua violazione solo uno degli indici sintomatici dell'esistenza di una situazione di abuso, circostanza che potrà essere definitivamente superata all'esito di un test di proporzione che appuri la compatibilità dell'atto in questione con i dettami dell'ordinamento giuridico.

D'altra parte in tema di recesso della banca dall'apertura del credito,⁸⁰ si è affermato che la condotta dell'istituto creditizio integra abuso nei confronti del cliente non solo quando viene esercitata con modalità tali da ledere la controparte esorbitando dalla normale esecuzione del contratto e dalla legittima difesa dei propri interessi,⁸¹ ma anche nel caso in cui la revoca⁸² sia padrona di effetti sproporzionati rispetto agli interessi che sottendono il contratto. Il giudice è tenuto a verificare se le modalità di esercizio del diritto non siano state tali da arrecare sacrifici inutili al correntista e, in particolare, se la banca avrebbe potuto in ogni caso tutelare i propri interessi tenendo comportamenti alternativi meno invasivi per la sfera giuridica altrui anche se la condotta in concreto posta in essere appaia *prima facie* rispettosa del canone di buona fede.

L'interprete, nel decidere la controversia, non si limita ad accertare la sussistenza della giusta causa quale requisito perché possa dirsi legittimo il potere, ma controlla altresì che il recesso non sia stato esercitato con tecniche tali da produrre un sacrificio inesigibile per il debitore accreditato alla luce delle attività poste in essere nel rapporto dialogico tra i soggetti coinvolti.

⁸⁰ Ai sensi dell'articolo 1845 c.c. se il contratto ha un termine, la banca non può recedervi prima della scadenza se non per giusta causa e non senza aver concesso un termine di almeno 15 giorni per la restituzione di quanto dovuto. Se invece il contratto è a tempo indeterminato, la banca può recedere in qualsiasi momento, applicando il preavviso stabilito dal contratto.

⁸¹ L'art. 1845, comma terzo, c.c. prevede un preavviso di recesso di 15 giorni ma consente alla parti di derogarvi, con la conseguenza che l'istituto bancario talvolta esercita tale facoltà in modo del tutto arbitrario.

⁸² Cfr. Cass. 21.5.1997, n. 4538; Cass. 14.7.2000 n. 9321.

Considerazioni che non appaiono eccentriche se solo si considera che la giurisprudenza ha già fatto uso del correttivo previsto dall'art. 1322 c.c. per contrastare fenomeni del genere nei contratti di *leasing* che imputavano all'utilizzatore il rischio della mancata consegna della cosa da parte del fornitore, assegnando al concedente il diritto a pretendere in ogni caso il pagamento dei canoni a prescindere dall'effettivo godimento che del bene avesse fatto il beneficiario.⁸³

Nonostante la buona fede appaia a più riprese nel corredo motivazionale delle pronunce, essa non è menzionata tra le argomentazioni a sostegno dell'invalidità della clausola di inversione del rischio, la cui rimozione è frutto di un bilanciamento tra interessi perseguiti e quelli che vanno salvaguardati.⁸⁴

Il quadro così delineato è in forte controtendenza con l'impostazione che per decenni ha assegnato cittadinanza a pattuizioni che prevedessero la possibilità di addossare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna del bene senza valutare l'effettiva meritevolezza di tale scelta alla luce dei principi che ispirano una certa contesto socio-economico. Ne consegue che l'angolo di osservazione dell'interprete si sposta dal piano del contegno assunto dai contraenti in sede di formazione del contratto a quello degli interessi concretamente realizzati, accentuando incongruenze, illogicità e distonie palesemente lesive dei valori che informano l'ordinamento, primo fra tutti il principio di proporzionalità.

Il grave squilibrio che viene a delinarsi tra concedente e utilizzatore non supera il giudizio di meritevolezza in quanto il contenuto del negozio posto in essere non è mero esercizio della libertà negoziale ma vera e propria sede di estrinsecazione dei concetti di proporzione e giustizia sostanziale, in cui la volontà delle parti è solo una delle fonti da cui attingere tra quelle che concorrono a determinare obblighi, diritti e oneri della vicenda pattizia.

⁸³ Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in Foro it., 1998, I, c. 3081; I Contratti, n. 8-9/1999, p. 803 ss.; in *Giust. civ.*, 1999, I, 3385 ss., In relazione a tale clausola, la giurisprudenza ha dichiarato la nullità della clausola di inversione del rischio nel contratto di *leasing* ritenendo immeritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. le clausole che fanno ricadere sull'utilizzatore il rischio del mancato adempimento del fornitore

⁸⁴ La Corte di Cassazione in particolare ritiene che "la clausola di inversione del rischio, applicata alla mancata consegna, non realizza interessi meritevoli di tutela e non è quindi in sé valida". In senso contrario, v. F. Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 924, il quale ravvisa un'ipotesi in cui i giudici hanno censurato il contratto, alla stregua della congruità dello scambio contrattuale, dichiarando la nullità della clausola di inversione del rischio perché in contrasto con la buona fede oggettiva.

In termini di meritevolezza va altresì interpretata la scelta di colpire con la nullità⁸⁵ le clausole contrattuali che vietino l'ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare, nell'ambito del più generale divieto di sublocazione. Regola pattizia che si pone in contrasto sia con il dovere di solidarietà sociale che include tra le sue estrinsecazioni l'offerta di ospitalità ad un amico o ad altro soggetto in difficoltà, sia col principio di ragionevolezza in funzione del quale l'autonomia negoziale non può derogare a norme gerarchicamente sovraordinate assegnando maggiore rilievo alla famiglia fondata sul matrimonio rispetto a quella di fatto.

Considerazioni che hanno persuaso i giudici a ritenere illeciti gli scopi perseguiti mediante tale accordo invalidando gli strumenti utilizzati per raggiungerli.

Ad analoghe conclusioni si perviene in tema di abuso del processo, ove non è consentito al creditore di una certa somma di denaro dovuta in ragione di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime istanze giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, giacché tale scomposizione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione peggiorativa della posizione del debitore, "si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali".⁸⁶

A ben vedere anche in questo caso non è irragionevole ammettere che nella definizione della condotta abusiva la giurisprudenza abbia sperimentato il principio di proporzionalità: la condotta in esame, seppure idonea ad assicurare l'interesse del creditore, rappresenta modalità non giustificata alla luce dello spettro di possibilità a disposizione dell'attore, il quale opta per quella più sacrificativa per l'obbligato producendo una forte squilibrio tra le sfere giuridiche in gioco.

⁸⁵ Cfr. Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not.*, 2009, p. 1441 ss. e Cass., 18 giugno 2012, n. 9931, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, p. 805.

⁸⁶ Cass., sez. un., 15 novembre 2007 n. 23726 in *Corriere giur.*, 2008, 745.

A ciò si aggiunga che il sindacato di proporzione non è estraneo alle funzioni espletate dall'interprete, come si evince dalla valutazione comparativa effettuata nei casi di azione di rescissione del contratto stipulato in stato di pericolo, la cui definizione non è connessa a parametri precipuamente oggettivi.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VILLANACCI, Gerardo. Il rapporto tra ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di abuso, con particolare riferimento alla riduzione ex officio della clausola penale. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 19, p. 119-155, jan./mar. 2019.

Recebido em: 10.01.2019
1º parecer em: 24.01.2019
2º parecer em: 25.01.2019