



Gerardo Villanacci

Professore ordinario di diritto privato – Università Politecnica delle Marche

RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ NELLA RILEVAZIONE DELLE SITUAZIONI DI RIDUZIONE *EX OFFICIO* DELLA CLAUSOLA PENALE

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

1. – 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 su cui fonda una certa comunità² da un lato, e quelli che l'ordinamento giuridico intende presidiare, dall'altro; infatti esso non si limita ad 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 collettività senza legami rigidi col dato positivo³.

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 storizzazione) realizzazione".

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

³ Cfr. S. RODOTÀ, *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.

JUS CIVILE



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 esegetiche 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 diritto⁶, determinando una sovrapposizione tra la buona fede, clausola generale⁷ dalla quale desumere obblighi e comportamenti da tenere nella

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*, cit.

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. 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. RODOTÀ, *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 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".

JUS CIVILE



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 nazionale¹⁰.

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 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.

⁸ Sul concetto 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.

JUS CIVILE



2. – Il principio di proporzionalità che trova la sua prima applicazione nel diritto amministrativo prussiano¹¹, è pacificamente inteso come criterio guida dell'azione amministrativa¹² 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 necessità 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 formulazione¹³ 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 complessività.

L'esaltazione del singolo e dei suoi diritti fondamentali, in conseguenza delle tragedie e dei

¹¹ 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. 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.

¹² Nella giurisprudenza si v. per tutte CdS., sez. V. 14.4.2006 n. 2087.

¹³ Per un approfondimento sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo italiano si v. G. D. ROMANOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, 15.

JUS CIVILE



genocidi che caratterizzano la prima parte del secolo scorso, comportano una parziale recessione dell'interesse generale in favore di un 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 della 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*¹⁴, comma secondo, della legge sul procedimento ammini-

¹⁴ 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 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.”

JUS CIVILE



strativo, 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 la 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 nei cui confronti incide il provvedimento.

Nel contesto sovranazionale il principio in parola, dopo essere stato catalogato¹⁵ 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, oltreché nel giudizio concernente gli atti emanati dagli Stati membri in funzione della limitazione della libertà e dei diritti fondamentali previsti dal Trattato¹⁶.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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

JUS CIVILE



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 germanico¹⁷.

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.

Così una volta acclarata l'idoneità del mezzo al fine da perseguire, la giurisprudenza non trascura di verificarne l'infungibilità con altri, mediante un giudizio che appuri l'inesistenza in *re-rum natura* di strumenti meno pregiudizievoli per il controinteressato¹⁸.

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 giustizia¹⁹ 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 ragionevolezza²⁰ e in un secondo momento di-

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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ C. giust., 11.07.1989, in C-265/87, *Schröder*, in *Racc.*, 1989, 2237 ss.

²⁰ 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



sancorandosi dallo stesso per effetto del rinvio disposto dall'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo²¹ 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 rinvengono anche nelle disposizioni ordinarie di recepimento delle direttive europee, che gli attribuiscono un ruolo significativo in settori sensibili come quello concernente la gestione dei rifiuti²², la tutela del risparmio e la regolamentazione dei mercati finanziari²³, 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 proporzione²⁴.

Da mero doppione del principio di ragionevolezza, privo di idonea positivizzazione, il principio di proporzionalità acquisisce una propria autonomia e una rinnovata considerazione²⁵ 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, men-

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.

²¹ 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."

²² 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.

²³ 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".

²⁴ Cfr. art. 6 della l. n. 180, 11 novembre 2011, recante *Norme per la tutela della libertà d'impresa*.

²⁵ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit. 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.

JUS CIVILE



tre l'altro rappresenta la misura di salvaguardia in concreto assegnata a ciascuno di essi per effetto delle direttive imposte da una 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 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 concretamente²⁶, tralasciando che proporzione e ragione – così come buona fede e buon costume²⁷ – sono sintesi descrittive a cui va attribuito un significato mediante degli *standards*²⁸ deducibili da una lettura funzionalizzata dei valori costituzionali²⁹.

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 temperamento 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.

²⁶ G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 939 ss.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

JUS CIVILE



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'espropriazione³⁰ per la realizzazione di un'opera pubblica, al quale va data formale comunicazione di avvio del procedimento e la possibilità di interloquire con l'amministrazione procedente sulla localizzazione e apposizione del vincolo prima della dichiarazione di pubblica utilità.

3. – 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 privati³¹, 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

³⁰ 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.

³¹ Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Giust. civ. Mass.*, 2003 e in *Dir. e giur.*, n. 1/2004, p. 105 ss.

JUS CIVILE



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'ordinamento³², sostanziandosi 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 questo 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 erosi da molteplici fattori³³.

Ecco che la valenza quantitativa del principio, come giusta misurazione tra elementi omogenei e raffrontabili tra loro si traduce in un giudizio di equità³⁴ in grado di eliminare la sproporzione tra valori economici³⁵ 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 equiva-

³² 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 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"

³³ 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*.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

JUS CIVILE



le 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.

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 inadempiente 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 prestazione³⁶.

L'interpretazione che ritiene la riduzione ad equità della clausola penale, ordinario esercizio di controllo del giudice³⁷ 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 normativo³⁸.

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.

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 –

³⁶ Cfr. Cass. sez. III, 28.6.2010 n. 15363 e Cass. sez. III, 8.7.2010 n. 16111.

³⁷ 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".

³⁸ 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.

JUS CIVILE



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, avvalorando 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 negoziale³⁹ 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.

³⁹F. 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 delle 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.