

## VALIDITA', RESPONSABILITA' E CUMULO DEI RIMEDI. A PROPOSITO DEL CASO CIR-FININVEST.

Di Giuseppe Vettori

| 279

**SOMMARIO:** 1. Il caso. – 2. La sentenza di primo grado. - 3. La sentenza della Corte di Appello di Milano. – 4. Le reazioni dottrinarie. – 5. La sentenza della Corte di Cassazione. – 6. Dal problema al sistema. Comportamenti e fattispecie. – 7. La cumulabilità dei rimedi nel sistema interno e comunitario e il diritto ad un rimedio efficiente. – 8. Cumulo dei rimedi e compatibilità. La responsabilità della Pubblica amministrazione. - 9. La tutela risarcitoria in presenza di un contratto valido. Responsabilità precontrattuale, contrattuale ex lege o aquiliana. – 10. Cumulo dei rimedi e danni endo-familiari.

### 1. Il caso

Un caso giudiziario risolto di recente dalla Corte di cassazione<sup>1</sup> ha segnato la storia finanziaria e politica degli ultimi venti anni ed ha posto all'attenzione dei giudici un problema che ha diviso il pensiero giuridico sul ruolo del contratto e dell'illecito, della fattispecie e dei contegni, della validità e della responsabilità, sì da costituire lo specchio di un tempo, dominato da una complessità sociale e giuridica, alla ricerca di un nuovo ordine negli istituti fondamentali del diritto dei privati.

Al centro di tutto sta la rilevanza di un comportamento illecito nella fase precedente un contratto concluso e non impugnato dalla parte che ha ritenuto di essere stata danneggiata. Vediamolo da vicino.

La fattispecie è riassunta nella sentenza di legittimità. Si richiama un primo accordo (Formenton-Cir del 21dicembre 1988) che aveva attribuito alla Cir il controllo del gruppo Mondatori e la successiva decisione della famiglia Formenton di trasferire, in violazione del patto, alla Fininvest le stesse azio-

ni. Da ciò scaturirono varie iniziative cautelari e Cir attivò la clausola arbitrale contenuta nel primo accordo. Il Collegio accertò l'obbligo dei Formenton di stipulare il contratto definitivo, ma il lodo fu impugnato e la Corte di Appello di Roma annullò la decisione degli arbitri e con essa tutte le pattuizioni relative alle azioni. Proposto il ricorso per Cassazione le parti iniziarono trattative per comporre la lite, spinte anche dalle forze politiche del tempo. L'accordo fu raggiunto (il 29 aprile 1991) dividendo i media di proprietà della società contesa: Espresso e Repubblica alla Cir, il gruppo Mondatori alla Fininvest. Il contenuto economico di tale transazione fu riferito da Cir ricordando che Fininvest, prima del lodo, era arrivata ad offrire, come conguaglio, sino a 400 miliardi, mentre invece dopo l'annullamento di tale decisione fu Cir a dover versare alla controparte, sempre come conguaglio, la somma di 365 miliardi «in conseguenza dell'indebolimento della propria posizione contrattuale dovuto proprio a quella pronunzia giudiziale»<sup>2</sup>. Infine la Corte di Appello di Milano accertò che un giudice della Corte di Appello di Roma era

Note:

<sup>1</sup> Cass., sez. III, 26 giugno 2013, n. 21255.

<sup>2</sup> Cass. 26 giugno 2013, cit. 9-10.



stato corrotto e lo condannò assieme ai corruttori.<sup>3</sup> Da qui l'azione di danni promossa da Cir<sup>4</sup>.

## 2. La sentenza di primo grado

Il Tribunale di Milano<sup>5</sup> decise, nel primo grado di giudizio, che la corruzione del giudice Metta aveva influito in modo rilevante sulla sentenza di annullamento del lodo perché il fatto illecito aveva determinato un contenuto della transazione ben diverso da quello che le parti avrebbero programmato in assenza della corruzione.

Ritenne che la lite iniziata da CIR davanti al Tribunale di Milano, ai sensi dell'art. 2043 c.c. era diversa da quella oggetto della transazione, sicché non poteva essere invocato il giudicato della Corte di Appello di Roma che aveva deciso sulla impugnazione del lodo. Né poteva essere preclusiva dell'azione di responsabilità aquiliana la validità o efficacia del contratto di transazione che era stato concluso a seguito della decisione della Corte di Appello di Roma. Non era, infine, decorso alcun termine di prescrizione, perché CIR si era costituita parte civile nei processi penali promossi contro chi aveva agito per conto del gruppo Fininvest.

Come si è osservato esattamente la sentenza risentiva della recente evoluzione giurisprudenziale che aveva ritenuto possibile esperire l'azione acqui-

<sup>3</sup> Silvio Berlusconi fu assolto per prescrizione del reato.

<sup>4</sup> V. sul punto G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento di posizione negoziale*, in *Resp.civ.prev.*, 9, 2011, 1807 ss. «La transazione poneva così fine alla complessa e combattuta lite intercorsa. Successivamente venne accertato che uno dei membri della Corte di Appello di Roma che aveva annullato il lodo Pratis era stato corrotto. Di tale fatto, obbiectivamente gravissimo, anzi abominevole, si è occupato il giudice penale che ha condannato il corrotto e il corruttore. CIR come abbiamo detto, aveva abbandonato il ricorso per cassazione nei confronti della sentenza della Corte di Appello di Roma preferendo la soluzione transattiva. Scoperta la corruzione del giudice Metta, CIR da un lato aveva evitato di coltivare la via della revocazione della sentenza della Corte di Appello romana e dall'altro aveva pure evitato di impugnare la transazione. La pietra tombale della transazione, non rimossa, presidiava dunque la "legge" che le parti si erano date. Senonché la difesa di CIR ebbe un'idea tanto geniale quanto giuridicamente ardita di aggirare il macigno della transazione giocando la carta della responsabilità extracontrattuale».

<sup>5</sup> Si veda il testo in *Resp. civ. prev.*, 2010, 586 con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*; ma v. anche M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondatori*, in *Cont. imp.*, 6. 2009, 1169 ss.

liana per «proteggere una parte(contrattuale)verso l'altra» secondo lo schema ipotizzato nell'art. 1440 c.c. che lascia intatta la validità di un contratto, oggetto di un comportamento in mala fede di una parte, compensando la vittima con un risarcimento pari allo svantaggio subito per effetto del contegno illecito. È noto che l'utilizzo, in via analogica o indiretta, di tale rimedio è stato possibile allorché la Corte di cassazione ha ritenuto, in modo innovativo rispetto al passato che la responsabilità precontrattuale prevista nell'art. 1337 sia esperibile anche in presenza di un contratto già concluso e perfetto<sup>6</sup>. Indirizzò questo<sup>7</sup> confermato poi da sentenze successive<sup>8</sup>.

I passaggi di questo indirizzo sono noti ma è bene ricordarli: «l'art. 1337 c.c. assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto».

Quando «il danno deriva da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente", il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il c.d. interesse positivo), non può neppure essere determinato, come nelle ipotesi appena considerate, avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che, in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto».

Sicché «non vi è motivo di ritenere che la conclusione di un contratto valido ed efficace sia di ostacolo alla proposizione di un'azione risarcitoria fondata sulla violazione della regola posta dall'art 1337 c.c. o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione, sempre che, s'intende, il danno trovi il suo fondamento (non già nell'inadempimento di un'obbligazione derivante dal contratto, ma) nella violazione di obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto»<sup>9</sup>. In tal caso

<sup>6</sup> M. FRANZONI, *op. cit.*, 1174 ss.

<sup>7</sup> Cass. n. 19024 del 2005.

<sup>8</sup> Cass., Sez. Un., n. 26724 del 2007 e n. 14056 del 2010.

<sup>9</sup> Le tre osservazioni sono contenute nella motivazione di Cass., 29 settembre 2005, n.19024. v. sul punto le osservazioni di M. FRANZONI, *op. cit.*, 1175-1176.



«il titolo dell'azione risarcitoria fatta valere può fondarsi sull'art. 1440 c.c., così come sull'art. 1337 o sull'art. 2043».

Di questo avviso è stato anche l'estensore della sentenza del Tribunale di Milano nel caso CIR-Fininvest perché, pur senza propendere per una precisa soluzione, la decisione sembra orientarsi verso l'art. 2043 c.c., modellando il danno ingiusto sulla base di tali articoli.

In buona sostanza, secondo il Tribunale di Milano, «tanto l'art. 1440 quanto l'art. 1337 possono essere letti in chiave di protezione dell'esercizio dell'autonomia privata di ciascuna parte, la cui lesione costituisce un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., a prescindere dalle vicende del contratto concluso e dalle regole che gli sono applicabili secondo l'art. 1321 ss. Così la parte che induce l'altra a concludere un contratto, carpandone la buona fede con raggiri causa di un pregiudizio per il *deceptus*, così come la parte che corrompe qualcuno per conseguire un risultato contrattuale che altrimenti non avrebbe ottenuto, commette un fatto illecito fonte di danno».<sup>10</sup>

### 3. La sentenza della Corte di Appello di Milano

La Corte di Appello di Milano con un'articolata motivazione ha respinto l'eccezione di Fininvest sull'effetto tombale della transazione conclusa il 29 aprile 1991 e ha ribadito che «il contenuto della transazione era relativo a rapporti contrattuali inter-

correnti fra le parti, mentre l'oggetto del giudizio riguardava pretese di CIR aventi natura extracontrattuale basate sulla corruzione del giudice Metta». Sicché «non poteva essere condiviso il riferimento di Fininvest all'art. 1972 c.c. (transazione su titolo nullo: è nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo...), in quanto nel caso di specie non era adottata alcuna invalidità riferita ad un contratto illecito, ma si agiva ai sensi dell'art. 2043 c.c.»<sup>11</sup>

La Corte ha precisato che «uno stesso accadimento può configurare, ad un tempo, illecito contrattuale ed extracontrattuale, addirittura con relativo concorso delle pretese»<sup>12</sup>.

Sul nesso di causalità fra la corruzione del giudice e il danno lamentato da CIR, la Corte ha ritenuto che la presenza di un giudice corrotto rende di per sé *tamquam non esset* la sentenza collegiale ed ha accertato, comunque in fatto, che il giudice Metta aveva condizionato la determinazione degli altri due componenti. Da ciò si trae che «il danno sofferto da CIR era conseguenza immediata e diretta della corruzione perché se la sentenza non fosse stata frutto della corruzione, essa sarebbe stata favorevole a CIR, che si sarebbe seduta al tavolo delle trattative finali in una condizione di forza e non nella condizione di debolezza nella quale si trovava».

La Corte ha considerata errata la conclusione del Tribunale che aveva espresso un dubbio su quale sarebbe stata la sentenza in assenza della corruzione e aveva pertanto liquidato il danno come perdita di una *chance* di ottenere una sentenza favorevole. Ciò perché l'applicazione del criterio di accertamento del nesso causale (basato sul parametro del «più probabile che non» v. Cass. n. 2119/2007) «rendeva ampiamente provata l'esistenza di un nesso di causalità immediato, diretto e non interrotto fra la corruzione del giudice Metta e l'annullamento del lodo». Da qui la conclusione che «la corruzione ha privato CIR non tanto della *chance* di una sentenza favorevole, ma senz'altro, della sentenza favorevole, nel senso che, con «Metta non corrotto», l'impugnazione del lodo sarebbe stata respinta»<sup>13</sup>.

Sempre sul nesso di causalità la Corte ha esaminato anche l'incidenza che la corruzione ebbe sulla rinuncia al ricorso per Cassazione di CIR contro la sentenza «comprata». Ciò perché la controparte aveva eccepito che la Cassazione avrebbe potuto annullare la sentenza. Si è reputato così che la rinuncia al ricorso fu conseguenza «doverosa e inevitabile

<sup>10</sup> Così M. FRANZONI, *op. cit.*, 1176. È solo il caso di ricordare che la sentenza di primo grado, una volta accertata la responsabilità, liquidò il danno sulla base dei seguenti parametri e criteri: la posizione di CIR nei confronti di Fininvest era stata indebolita dalla corruzione del giudice Metta e dalla conseguente sentenza che aveva annullato il lodo favorevole a CIR. Ciò aveva determinato la conclusione della transazione a condizioni diverse da quelle che sarebbero state sottoscritte in assenza del fatto illecito. Il danno fu stimato in Euro 284.051.294,49. Le spese di lite (per Euro 8.207.892,77) dovevano essere imputate a Fininvest. La sconfitta di CIR aveva prodotto un danno all'immagine che venne calcolato in Euro 20.658.276,00. La somma così realizzata rivalutata e con l'aggiunta degli interessi sfiorava i 900 milioni di Euro, ma il giudice ritenne di dover limitare il danno alla perdita di chance di contrattare in modo libero e privo di condizionamenti illeciti e l'importo fu ridotto del 20%. A ciò si doveva aggiungere il danno non patrimoniale, da liquidare in separata sede su richiesta dell'attore, che il Tribunale ritenne dovuto per la violazione del diritto costituzionalmente garantito ad avere un giudice terzo ed imparziale (art. 24 e 111 Cost.) e la lesione dell'onore e reputazione della CIR.

<sup>11</sup> V. il testo in G. IUDICA, *op. cit.*, 1809 ss. e in [www.giuffrè.it/riviste/resp](http://www.giuffrè.it/riviste/resp).

<sup>12</sup> Si citano: Cass., Sez. Un., 2001 n. 99, Cass. 2000 n. 6356; Cass. 1995 n. 2577; Cass. 2005 n. 27713.

<sup>13</sup> G. IUDICA, *op. cit.*, 1814.

della transazione» che «non poteva essere ritardata neppure per pochi mesi», stante anche le pressioni politiche che «erano diventate concretamente irresistibili».

Sulla scelta di CIR di non chiedere la revocazione della sentenza della Corte di Appello di Roma e la conseguente invalidità della transazione (ai sensi degli artt. 1972, 1973, 1974, 1975) la Corte ha osservato che «la revocazione della pronuncia della Corte di Appello non costituisce né logicamente, né giuridicamente, il presupposto necessario o una condizione di procedibilità per l'azione risarcitoria proposta da CIR» la quale ha legittimamente scelto di agire ai sensi dell'art. 2043 cc. e di richiedere «il danno da interesse positivo determinato da deteriori condizioni economiche della transazione» determinate dal fatto illecito riferibile a Fininvest. Un danno che «comunque lo si voglia descrivere nella fenomenologia degli eventi (indebolimento della posizione negoziale), non costituisce certo una inedita ipotesi di responsabilità; ci si trova viceversa dinanzi ad una lineare richiesta di risarcimento che troverà di seguito la sua quantificazione».

La Corte ha accertato dunque la responsabilità di Fininvest e liquidato il danno, anche a seguito di una CTU, in modo di poco inferiore a quello fissato dal giudice di primo grado.

#### 4. Le reazioni dottrinarie

Un'autorevole nota di commento reputa errata la sentenza della Corte di Appello di Milano per una pluralità di motivi. Si lamenta che si siano trascurati gli effetti preclusivi della transazione rispetto all'azione aquiliana, si imputa di aver ricostruito in modo inesatto il nesso causale fra corruzione del giudice e collegialità della sentenza, ma soprattutto si considera inammissibile l'inedito *danno da interesse positivo determinato da indebolimento della posizione negoziale*.<sup>14</sup> Su questa ultima critica, che più interessa il nostro tema, occorre soffermarsi.

La figura si reputa peculiare per una serie di considerazioni.

La posizione indebolita (di CIR), si osserva, «non è che la posizione di forza o di debolezza di una parte nell'ambito di una trattativa conclusasi con la stipulazione di un contratto. E tanto la disciplina del contratto e della responsabilità contrattuale, quanto la disciplina della responsabilità precontrattuale, contemplano e riconoscono sì la rilevanza della "debolezza" di una parte rispetto all'altra, ma non sempre e comunque bensì entro *precisi limiti*». Basta pensare alle figure dei vizi del consenso e alla

responsabilità precontrattuale che limita il danno all'interesse negativo (spese ed occasioni perdute e non l'utilità che può derivare dal contratto).

Tale indicazione sistematica sembra, all'autore della critica, superato dalla sentenza della Corte milanese per una serie di motivi precisi che inducono a respingere le conclusioni dei Giudici di Appello.

In primo luogo si osserva che «il riconoscimento della posizione di debolezza negoziale alla stregua di una situazione soggettiva qualificata ai sensi dell'art. 2043 c.c. sembra incompatibile con la tipicità e la *ratio* stessa dei rimedi conosciuti». Siamo anzi al cospetto, si afferma, «di un uso libertino e disinvolto, oltre che tecnicamente non corretto, della responsabilità civile, impiegata proprio per aggirare quei limiti che il legislatore ha posto alla tutela delle situazioni di debolezza contrattuale». Si precisa poi che «la Corte si astiene dal delineare i tratti costitutivi di questa nuova fattispecie di danno ingiusto che sotto l'egida rassicurante di un'affermata linearità pretende di introdurre nell'ordinamento». Sicché non sarebbero chiariti «la misura, la soglia di rilevanza, la natura, il carattere dell'indebolimento che consentirebbero di qualificare come ingiusto il danno, cioè meritevole in se stesso di essere risarcito in via aquiliana in quanto costituente lesione di una situazione soggettiva qualificata». Ne sarebbe una riprova la mancanza nella sentenza di una specifica trattazione della ingiustizia del danno in questione.

La nota termina con un fermo monito «C'è da augurarsi, per la tenuta stessa dell'ordinamento dei rapporti contrattuali, che questa decisione milanese resti un infortunio isolato e che non sia presa a modello dalla giurisprudenza a venire, sia di merito che di legittimità»<sup>15</sup>.

Su tutto ciò le opinioni sono diverse.

Una parte della dottrina critica la tendenza giurisprudenziale che considera esperibile un'azione di responsabilità per la presenza di un fatto illecito verificatosi nella fase precedente un contratto che sia poi validamente concluso. Non solo.

Le sentenze recenti<sup>16</sup> sono sottoposte ad una critica di sistema che giustificherebbe, secondo taluni, l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione sui «modi di concretizzazione della clausola generale»<sup>17</sup>. Secondo tale teoria l'obbligo di informazione

<sup>15</sup> G. IUDICA, *op. loc. cit.*

<sup>16</sup> Cass., n. 19024 del 2005, n. 26724 del 2007, n. 3773 del 2009, n. 14056 del 2010.

<sup>17</sup> V. E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nota a Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 9, 2011, c. 1987; Id., *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 12, 2010, 1155 ss; ed altresì G. D'AMICO, *Regole di vali-*

<sup>14</sup> G. IUDICA, *op. cit.*, 1819 ss.





previsto dall'art. 1337 non può oltrepassare i limiti fissati dalle fattispecie legali dell'art. 1338 e dalle norme sui vizi del volere e della rescissione. Ciò perché "la concretizzazione giudiziale del principio di cui alla clausola generale deve rimanere coerente al sistema normativo, pena la rottura della coerenza interna dell'ordinamento giuridico". Né può reputarsi rilevante, si osserva, "sul piano del rapporto che precede la conclusione di un affare, una circostanza che invece, sia sul piano del contenuto negoziale, che su quello dell'adempimento (e dunque del rapporto che segue la stipulazione del contratto) è irrilevante".<sup>18</sup>

Contro tale posizione si sono formate nel tempo visioni opposte.

Taluno replica che l'art. 1337 attribuisce rilevanza a scorrettezze non considerate nelle regole di validità, secondo il parametro offerto dall'art. 1440 c.c.<sup>19</sup>, altri giustifica l'autonomia delle due disposizioni in base alla differenza disciplinare dell'atto e dei comportamenti soggetti a regole di validità gli uni e di responsabilità gli altri, sicché una pronuncia di responsabilità per un contegno scorretto risulta compatibile con il persistere della validità del contratto che risponde a regole ed esigenze diverse.<sup>20</sup> Ma il dibattito è assai articolato<sup>21</sup>.

La giurisprudenza di legittimità in riferimento a fattispecie emerse nel diritto dei mercati finanziari a tutela degli investitori ha adottato, come si è riferito, un orientamento "a cui intende dare continuità". In base a tale convincimento "la violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase ante-

riore alla conclusione di un qualsiasi rapporto contrattuale espone all'obbligo di risarcire i danni a prescindere dal fatto che il contratto sia poi stato concluso o meno e che la violazione del dovere di buona fede possa o meno aver inciso sulla validità stessa del contratto"<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Cass. 11 giugno 2010, n. 14056 (est. Rordof). Si può solo ricordare per adesso che pronunciandosi su una richiesta di danni subito dal sottoscrittore di azioni offerte in base ad un prospetto infedele al vero la Corte precisa quanto segue. Il richiamo della disciplina della responsabilità precontrattuale (ricondata per lo più nel *genus* della responsabilità aquiliana) è scarsamente utile in settori come quello in esame ove «nessuna trattativa è concepibile e l'aderente all'offerta è in grado di determinare la propria scelta contrattuale non già sulla base di un'interlocuzione diretta con la controparte, bensì unicamente alla luce delle informazioni reperibili sul mercato. Ragione per cui la disciplina di settore... già all'epoca dei fatti di causa... poneva a carico del offerente l'obbligo di predisporre un prospetto informativo redatto secondo criteri ben determinati, soggetto a controllo da parte dell'a autorità di vigilanza e destinato appunto a consentire al pubblico di compiere le proprie scelte d'investimento o disinvestimento in maniera consapevole». «Nulla vieta di ricondurre la violazione dell'obbligo di (corretta) redazione del prospetto ad una più ampia nozione di responsabilità precontrattuale, ove per ciò si intenda qualsiasi responsabilità derivante da comportamenti antigiuridici posti in essere nella fase che precede il perfezionamento di un rapporto contrattuale; ma resta il fatto che si tratta di un obbligo diverso da quello cui più specificatamente allude l'art. 1337, al cui disposto, pertanto è lecito far riferimento, in situazioni come quella in esame, solo nella misura in cui si rinviene in esso un'applicazione del generale dovere di buona fede, che senza alcun dubbio deve improntare anche il comportamento di chi propone un'offerta pubblica di vendita di strumenti finanziari sul mercato». «Ove, quindi, vi sia stata violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che correda l'offerta, trattandosi di regole volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti per consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli, si configura un'ipotesi di violazione del dovere del *neminem laedere* e, per ciò stesso, la possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a rispondere del danno da altri subito a cagione della violazione medesima secondo i principi della responsabilità aquiliana». «La responsabilità non è esclusa dal fatto che il contratto di sottoscrizione delle azioni offerte pubblicamente in vendita o in sottoscrizione sia stato comunque concluso e che, pertanto, le azioni siano state comprate o sottoscritte dal destinatario dell'offerta male informato dal prospetto non correttamente redatto». Sul punto v. ora anche Cass. 26 settembre 2013, n. 22099.

*dità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 245 ss.; Id., *Buona fede in contraendo*, in *Riv. dir.civ.*, 2003, 351 ss.

<sup>18</sup> E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione del contratto valido: l'area egli obblighi di informazione*, cit. 1987.

<sup>19</sup> M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; e già F. BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 298; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, 68 e ss.

<sup>20</sup> G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese, op. cit.*, 74,75,78-79,80-81 e in part. 98 e sul rapporto fra regole di responsabilità e di validità: 100 ss., sull'autonomia dell'art. 1337: 112,114,115 ss., 124 ss.; Id., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenze*, Milano, 1988, 144 ss.; Id., *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1999; voce *Opponibilità*, in *Enc. Giur.* 1999, 1 ss.

<sup>21</sup> Alla sentenza della Corte di Appello, questa *Rivista* ha dedicato nel 2011 un ampio ventaglio di commenti da p. 1059 a p. 1113 con interventi di A. PALMIERI, B. TASSONE, L. VASQUES, F. Di CIOMPO, R. SIMONE, P.G. MONATERI, A. NICITA, G. LENER, A. MASTRORILLI.

## 5. La sentenza della Corte di cassazione

| 284

La Corte di cassazione<sup>23</sup> ha confermato la decisione della Corte di Appello, ad eccezione del capo relativo al danno non patrimoniale, con una articolata sentenza di cui si pongono in luce gli aspetti che più interessano la nostra indagine.

Si è respinto il ricorso sull'eccezione di prescrizione ritenendo esatta la sentenza di appello che fa decorrere l'inizio del termine dalla notifica alla CIR (15.12.1999) della richiesta di rinvio a giudizio degli imputati del reato di corruzione in atti giudiziari. Ciò perché solo in tale momento si erano realizzati i «necessari presupposti di sufficiente certezza in ordine agli elementi costitutivi del diritto azionato».

Si è ritenuto che non vi fosse alcuna «preclusione da giudicato conseguente alla mancata impugnazione della sentenza "corrotta" con il rimedio della revocazione», per una pluralità di motivi. In primo luogo perché con la transazione del 29 aprile 1991 le parti avevano risolto tutte le controversie insorte, sicché tale fatto, intervenuto quando ancora la sentenza della Corte di Appello non era passata in giudicato (neanche formale), aveva un effetto preclusivo rispetto «ai diritti ed ai rapporti oggetto dei precedenti accertamenti (arbitrali) e giudiziari in quanto sopravvenuto ad essi e tale da escludere *tout court* l'idoneità ad acquistare autorità di cosa giudicata (non soltanto) sostanziale». In secondo luogo perché «era sopravvenuta la giuridica impossibilità - per sopravvenuta inesistenza dell'oggetto della lite (i titoli azionari) - di veder accolta l'originaria domanda in sede di giudizio di revocazione». Sicché difettava nel nostro caso l'interesse ad agire in revocazione ed era possibile per il danneggiato dalla sentenza ingiusta esercitare un'autonoma azione risarcitoria in base ai principi costituzionali di effettività della tutela e del giusto processo, su cui occorre soffermarsi, per il particolare interesse della motivazione.

La Corte respinge anche il motivo basato sulla «eccezione di transazione», con cui Fininvest ha sostenuto che esistevano mezzi di impugnazione di tale atto che non erano stati esperiti, sicché la composizione transattiva della lite copriva il dedotto e il deducibile. Nella motivazione si affronta l'interrogativo «sulla funzione della responsabilità civile nella sua moderna dimensione di rimedio generale, ed i suoi rapporti concorrenti e/o alternativi con la sfera della libertà contrattuale» e la sentenza conferma, correggendola parzialmente, la decisione della Corte di Appello.

Il passaggio fondamentale è il seguente. Si reputa che nel caso di specie non «esistano ostacoli di sistema alla proposizione di un'autonoma azione di risarcimento del danno» in presenza della transazione. Per due motivi.

*Sotto un primo aspetto* perché l'eventuale impugnativa «sarebbe stata destinata ad una pronuncia di rigetto per difetto di interesse.. (perché) l'eventuale impugnazione avrebbe condotto ad un risultato non soltanto oggettivamente impossibile (stante la sopravvenuta inesistenza dei titoli azionari scambiati tredici anni prima dell'introduzione della domanda), ma soprattutto radicalmente contrario all'interesse della CIR di veder riconosciuti i propri diritti così come originariamente riconosciuti nel lodo Pratis». Si osserva, peraltro, che in precedenza (Cass. n. 20260 del 2006) si era ritenuto che il contraente vittima del dolo dell'altro può esperire la richiesta di risarcimento *ex art. 2043 c.c.*, anche «senza proporre contemporaneamente domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c.».

*Sotto un secondo aspetto* reputa la Corte che l'autonomia della azione risarcitoria deve essere affermata anche in presenza di un contratto concluso e valido. Ciò tenendo conto del principio oggi espresso nell'art. 30 del codice del processo amministrativo, ma anche di ulteriori considerazioni.

Si esclude che in tal modo sia possibile una riscrittura dei contenuti economici del contratto «attraverso il ricorso indebito alla responsabilità civile» per un motivo chiaro. Tale considerazione risente

di una obsoleta concezione del contratto giustificato da un astratta funzione economico-sociale, quando invece occorre considerare lo «specifico negozio oggetto di esame in sede di giudizio»<sup>24</sup>. Si riconosce che oramai nel nuovo diritto dei contratti è ammessa un'azione di risarcimento del danno nella fase delle trattative pur in presenza di un contratto valido o di un'impugnativa in difetto dei presupposti concreti. Su tutto questo si deve dire qualcosa di più.

*Sulla buona fede come rimedio risarcitorio* la Corte richiama la dottrina e la giurisprudenza di legittimità.<sup>25</sup> Affronta il tema della teoria dei vizi in-

<sup>24</sup> V. sulla causa concreta Cass. n. 29672 del 2008 e da ultimo V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv.dir.civ.*, 2013, 4, 957 ss. v. anche M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2, 2009, 273 ss.

<sup>25</sup> Cass., Sez. Un., 26724 e 26725 del 2007; Cass. n. 24795 del 2008, Cass. n.16937 del 2006, Cass. n. 2479 del 2007. e G. VETTORI, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb.cont.*, 2008, ora in *ID. Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 271 ss.

<sup>23</sup> Cass. 27 giugno 2013, n. 21255.



completi e le critiche mosse in dottrina ad un uso incontrollabile del rilievo giurisdizionale del difetto della libertà contrattuale, lesa da un fatto diverso da quelli tipicamente indicati nel codice civile. Fininvest aveva osservato che in tal modo sarebbe possibile un controllo del contenuto contrattuale al di là di specifiche previsioni normative in virtù della clausola generale di buona fede di difficile concretizzazione. Né sarebbe possibile utilizzare, sempre seconda tale tesi, la responsabilità aquiliana come “cerotto universale” di qualsiasi insoddisfazione equitativa” perché le ipotesi di invalidità assorbirebbero ogni valutazione diversa da quella indicata nelle diverse fattispecie. La Corte replica a tale argomentazione aderendo ad un impostazione dottrina che reputa la responsabilità aquiliana (2043 c.c.) e pre-contrattuale (1337 c.c.) espressiva della “dimensione funzionale del rapporto” autonoma rispetto alla struttura negoziale. Come si è osservato le regole di comportamento precedono e seguono la vicenda negoziale che è arricchita nella sua più intima essenza da doveri di che trovano la loro fonte nel sistema della responsabilità contrattuale, pre-contrattuale e, se del caso, extracontrattuale. Sicché queste tutele, < pur in presenza di un contratto valido, non sono necessariamente destinate a “compensare” eventuali lacune di sistema delle regole di validità, ma appaiono funzionali a governare secondo buona fede i differenti aspetti della complessa vicenda interpersonale... operando (nella diversa e più ampia) logica del rapporto e (della complessità) della fattispecie». Un rimedio di questo tipo, secondo la Corte, non è in contrasto con le esigenze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici per un motivo chiaro. La slealtà che «altera i presupposti della trattativa precontrattuale attraverso la commissione di un illecito penale» non può non avere conseguenze sul piano risarcitorio di natura riparatoria e compensativa. Non solo.

La sentenza si sofferma sul principio di effettività, qualificato esattamente come regola-cardine dell’ordinamento costituzionale, volta ad assicurare il diritto «ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato».

Il che significa riconoscere la «facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell’interesse azionato», in forza di “un itinerario di pensiero” indicato da precise norme. L’art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, l’art. 13 Conv. eur. dir. umani (v. Corte di Giustizia a partire dal caso Johnston del 1986), e l’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Le quali tutte indicano non solo un diritto di «accesso al

giudizio» ma «un diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela»<sup>26</sup>.

La buona fede nella trattative insomma instaura, secondo questa visione, «un’ipotesi peculiare di momento relazionale avente ad oggetto la reciproca pretesa a che quella fase non sia inquinata da comportamenti sleali», con il conseguente ricorso, in caso di violazione, al risarcimento dei danni.

Da qui la Corte trae il convincimento, confermato dall’art. 30 del Codice della giustizia amministrativa<sup>27</sup>, che la pretesa della CIR, ricollegata alla violazione della buona fede, debba trovare tutela con un rimedio autonomo rispetto alla validità o invalidità della transazione conclusa e conferma l’inquadramento di tale azione nell’area della responsabilità aquiliana di cui si individuano, nella specie, gli elementi costitutivi<sup>28</sup>.

## 6. Dal problema al sistema. Comportamenti e fattispecie

La rilevanza del tema induce a chiedersi se la decisione sia pericolosa «per la tenuta stessa dell’ordinamento dei rapporti contrattuali»<sup>29</sup> o se, invece, sia coerente con un ordine che si sta manifestando nella disciplina dell’illecito e del contratto.

<sup>26</sup> L’ampliamento della regola di buona fede è coerente con la responsabilità da contatto sociale riconosciuta prima come un’ipotesi affine a quella contrattuale e comunque distinta da quella extracontrattuale (Cass. 21 novembre 2011, n. 24438) e poi ricostruita in guida di contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, caratterizzato da tutti gli elementi dell’art. 1173 c.c. (Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648).

<sup>27</sup> L’art. 30 del Codice della giustizia amministrativa, «pur esprimendo un principio di settore» ha confermato «l’indipendenza del rimedio risarcitorio rispetto a quello demolitorio».

<sup>28</sup> Nel modo seguente: «il dipanarsi dell’atto doloso (il comportamento del giudice Metta) che cagiona ad altri (la Cir) un evento di danno (la sentenza corrotta) ingiusto (conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali) da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile (la transazione stipulata a diverse pregiudizievoli condizioni) in costanza del doppio e necessario nesso di causalità materiale (che lega la condotta all’evento) e giuridico (che lega l’evento di danno alla conseguenza dannosa risarcibile) volto a ledere un interesse giuridicamente rilevante del danneggiato (il diritto a stipulare una transazione priva di condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta, il cui aspetto speculare si identifica nell’indebolimento della posizione contrattuale in corso di trattative e di stipula della convenzione negoziale)».

<sup>29</sup> G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento della posizione negoziale*, cit. 1819.



Per motivare la mia piena adesione a questa seconda conclusione è necessario affrontare diversi aspetti. Dalla tipicità delle azioni di validità e di responsabilità, alla possibilità di un cumulo dei rimedi nel sistema nazionale e comunitario nell'ordinamento interno e comunitario, al rilievo dell'illecito (*fraus omnia corrumpit e neminem laedere*) in funzione correttiva del contratto. Iniziamo dal primo<sup>30</sup>.

Le sentenze come si è visto, con diverso rigore e profondità, utilizzano in pieno le clausole generali (buona fede e danno ingiusto), potenziano l'azione risarcitoria (ai sensi dell'art. 2043 e 1337) e sono alla ricerca di una compiuta disciplina positiva del rimedio. Le obiezioni sono chiare.

La disciplina del contratto e della responsabilità precontrattuale riconoscono la rilevanza della "debolezza" di una parte entro precisi limiti e non si può identificare in tale posizione una situazione soggettiva tutelata dall'art. 2043 e 1337 perché ciò sarebbe incompatibile con la tipicità e con la *ratio* stessa dei rimedi conosciuti. Di più. Saremo in presenza di un uso disinvolto della responsabilità civile, impiegata per aggirare i limiti che il legislatore ha posto alla libertà di contrarre.

Tali osservazioni, comprensibili guardando al passato, non tengono conto della pluralità di forme di valutazione del contratto che si manifestano, oggi, sotto vari profili.

Si consideri intanto che il rapporto fra illecito e contratto è da sempre al centro della riflessione teorica e pratica. In Francia nell'applicare l'art. 1382 del *code civil* si ammette il cumulo delle azioni di responsabilità ogni volta che si ravvisa la violazione di un rapporto obbligatorio. Il codice tedesco condiziona la responsabilità aquiliana alla violazione di un diritto (§ 823), ma le ipotesi di violazione di una situazione soggettiva aumentano progressivamente, anche perché si riconosce (§ 826) una responsabilità in presenza di norme di protezione e la progressiva equiparazione del dolo alla *culpa lata* espande le ipotesi di applicazione. Il codice civile italiano non segue né l'una né l'altra ipotesi, ma prevede la clausola generale del danno ingiusto lasciando alla giurisprudenza la sua concretizzazione. La casistica i-

<sup>30</sup> Sul punto v. ora il limpido saggio di A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur.dir.priv.*, 2013, 3, 787 ss.; e con una visione diversa affatto A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv.dir.civ.*, 2013, 5, 1105. Sulla possibilità di mutare la domanda di adempimento in quella di risoluzione v. ora Cass. (ord.) del 4 luglio 2013 con cui si rimette gli atti al Primo Presidente della Corte segnalando un contrasto fra le varie sezioni della Corte.

nizia sin dagli anni sessanta. La sentenza annotata da Rodolfo Sacco<sup>31</sup>, proprio nel 1960, ammetteva il concorso fra responsabilità contrattuale ed aquiliana, in un caso di informazioni inesatte fornite da un terzo. Negli anni Ottanta Francesco Galgano<sup>32</sup>, in dialogo con la giurisprudenza del tempo, poneva in luce come la responsabilità extracontrattuale era, già allora entro certi limiti, un'azione a protezione del contratto.

La seconda obiezione fa leva sulla mancata coerenza del sistema. L'esercizio di un'azione di danni in presenza di una trattativa o nella fase ancora precedente non si giustifica, si osserva, perché si reputa rilevante "sul piano del rapporto che precede la conclusione dell'affare una circostanza che invece è irrilevante" sul piano del contenuto negoziale e della fase di adempimento. Ciò si reputa illogico, perché il criterio della responsabilità dovrebbe essere sempre coerente alla fattispecie che «rappresenta il limite delle sue possibilità funzionali».

Mi sembra agevole replicare che non esiste un condizionamento reciproco fra struttura e funzione. Questa consapevolezza risulta già chiara dagli studi di Norberto Bobbio negli anni Settanta<sup>33</sup>, ove le due visioni del diritto sono valorizzate come interdipendenti e complementari, sicché l'interprete deve tener conto dell'una e dell'altra.

D'altra parte la dottrina civilistica aveva subito colto questa diversità. Proprio in quegli anni si prende atto che la fattispecie e la sua disciplina non possono essere definite solo in base agli effetti da cui andrebbero desunti tutti gli estremi del fatto<sup>34</sup>, ciò per un motivo chiaro. In tal modo si tende a risolvere sul piano degli effetti un problema che può essere affrontato solo riflettendo «sulla pluralità di valutazioni che la norma sollecita nei confronti di uno stesso negozio», la cui unità si frammenta «in una serie di prospettive diverse, a seconda che si consideri la formazione dell'accordo, la sua giustificazione causale, gli effetti od il suo rilievo ester-

<sup>31</sup> Corte d'Appello di Palermo, 11 giugno 1959, in *Il Foro Padano*, 1960, 1420 con nota di R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*. V. anche nello stesso anno P. SCHLESINGER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, I, 336 ss.

<sup>32</sup> F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Con.imp.* 1985, 1 ss.; per una visione diversa C. Castrovino, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1989, 1, 539 ss.

<sup>33</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Prefazione di M.G. Losano, Roma-Bari, 2007, e in particolare il saggio (del 1969) *La funzione promozionale del diritto*, 3 ss.

<sup>34</sup> G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 62 ss. G. VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, 50 ss.





no». Di più. Si è dimostrato che la sequenza di atti che disciplinano la conclusione del contratto è depurata dal piano della fattispecie dalla stesso codice civile che utilizza il criterio formale del procedimento, per quella fase essenzialmente dinamica<sup>35</sup>. Non solo.

Assumere il contratto e l'illecito «come termini alternativi per una valutazione delle situazioni soggettive tutelate», è un errore perché si vede solo metà del fenomeno e non si colgono «tutti i profili valutativi in ordine alla precisazione di un limite alla condotta che può derivare dalla presenza di un contratto»<sup>36</sup>. Sul punto la dogmatica ci è di aiuto in modo decisivo.

Ogni «figura di qualificazione giuridica si esaurisce logicamente in sé e non ha l'efficienza di dar luogo automaticamente a nuove conseguenze giuridiche»<sup>37</sup> e così nel contratto non è dato trovare gli elementi per risolvere un problema di sistemazione che è ad esso estraneo. Può accadere che una preesistente qualificazione giuridica di un atto sia la base per il sorgere di nuove conseguenze, ma in tal caso quel elemento di ordine formale precipita ad elemento di fatto. Ed è ciò che avviene nel nostro caso. «Nella valutazione delle interferenze e dei limiti alla condotta che si verificano per la presenza di un contratto questo non è che una situazione-presupposto per il sorgere di nuove ed eventuali conseguenze giuridiche, per la cui realizzazione entrano in gioco altre norme che assumono come elementi di fatto, appunto, la fattispecie e i contegni che in concreto determinano il verificarsi delle interferenze»<sup>38</sup>.

Se ciò è esatto la conseguenza che può trarsi è questa.

«Ogni assetto di interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei contegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronuncia di responsabilità. Perché la disciplina dell'atto e dei contegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità»<sup>39</sup>. Questa conclusione era già stata affermata dalla cassazione nel 2007 ma è ora ribadita con estrema lucidità e con

profili del tutto innovativi, condivisi da una parte della dottrina<sup>40</sup>.

La risarcibilità del «danno da scorrettezza» in «funzione correttiva dell'equilibrio economico risultante dal contratto» è stato ritenuto «compatibile con il principio di certezza e stabilità dei fatti giuridici» perché validità e responsabilità «operano su piani diversi e non possono entrare in contraddizione». Tale azione valuta un comportamento e il giudizio non incide sul controllo strutturale dell'atto di autonomia, ma corregge, sul piano risarcitorio<sup>41</sup>, il contenuto del contratto e può essere considerato una «trappola nominalistica» o un «eclisse nella coscienza dei valori»<sup>42</sup> solo da chi è uso a critiche spiacevoli e affrettate. Di più.

Ho ricordato più volte<sup>43</sup> che secondo questo autore tale soluzione avrebbe comportato una riprovazione della giurisprudenza e del legislatore europeo così forte da giustificare anche sanzioni corporali a carico del povero studioso o giudice che l'avesse affermata. Ebbene vedremo subito che il quadro europeo è in perfetta sintonia con il nuovo rimedio.

## 7. La cumulabilità dei rimedi nel sistema interno e comunitario e il diritto ad un rimedio efficiente

Uno sguardo ai Principi e alla giurisprudenza comunitaria conferma il quadro che sopra si è ricostruito per la disciplina interna. Basta un rapido cenno.

L'art. 8.102 dei PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) e l'art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del Charter 3 del DCFR affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli artt. 7:216 e 7:304 del Charter 7 del DCFR prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un'invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli art. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell'acquirente) prevedono la possibilità di cumulo

<sup>40</sup> Mi permetto di rinviare solo per una sintesi delle varie opinioni a G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, op.cit. 252 ss., 271 ss.

<sup>41</sup> Così G. VETTORI, negli scritti del 1983, 1988 e 1999 citati alle note 19 e 20 e M. Mantovani, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; e già F. Benatti, *Culpa in contraendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 298

<sup>42</sup> A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt.dir.civ.comm.*, Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1995, 745.

<sup>43</sup> V. da ultimo G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, 82. La polemica spero sia terminata. Ogni cosa ha la sua fine.

<sup>35</sup> G. BENEDETTI, *op. cit.*, 62.

<sup>36</sup> G. VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, cit., 144.

<sup>37</sup> A.E. CAMMARATA, *Limiti fra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano 1963, 390 ss. in part. 391.

<sup>38</sup> G. VETTORI, *op. cit.*, 145.

<sup>39</sup> G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit. 275.

fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all'art. 29 (Rimedi in caso di violazione di un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica l'applicazione dei rimedi previsti nell'art. 42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto.

La sentenza *Courage*<sup>44</sup> della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto a cui lui stesso ha dato causa. Alla Corte era stato richiesto se osta con il diritto comunitario «il risarcimento di un preteso danno subito a causa dell'assoggettamento della parte ad una clausola contrattuale, in contrasto con l'art. 85 e, di conseguenza, se il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che nega ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento dei danni». La risposta è stata netta. «Qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione». «La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza».

Ancora. Dagli artt. 3 e 24 della Costituzione si evince, con un sillogismo chiaro, il principio di effettività della tutela a fronte di diritti e interessi meritevoli. «Il titolare del diritto deve (poter contare) su mezzi che gli consentano di reagire alla violazione», e di reazione si può parlare solo là dove vi è proporzione tra tutela e offesa arrecata. Sicché non è in armonia con l'art. 24 una tutela che si esprime in un risarcimento non pari al danno cagionato o al sacrificio subito<sup>45</sup>.

L'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea esprimono tutti un principio che si manifesta, non solo come «un diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale», ma come «diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela»<sup>46</sup>.

La costruzione di un rimedio risarcitorio efficiente a partire da tale principio è scandita benissimo,

nel dialogo fra dottrina, Corti Supreme e legge, sulla vicenda della responsabilità della Pubblica Amministrazione. Dalla sentenza 500 del 1999, che amplia la nozione di danno ingiusto sino a comprendere la lesione di un interesse giuridicamente protetto, alla delicatissima questione del rapporto fra tutela demolitoria e risarcitoria in presenza di un provvedimento illegittimo dell'Amministrazione. Il conflitto sulla pregiudizialità o meno della eliminazione dell'atto impegna, ai massimi livelli, la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato ed è poi affrontata dalla legge nel Codice del processo amministrativo. La sequenza merita di essere ricordata.

### 8. Cumulo dei rimedi e compatibilità. La responsabilità della Pubblica amministrazione

Le sezioni unite della Cassazione hanno rafforzato, sul piano della tutela, la svolta sulla risarcibilità degli interessi legittimi affermando una regola che va ben oltre quella situazione soggettiva.

«Se l'ordinamento protegge una situazione sostanziale, in presenza di condotte che ne implicano o non ne consentano la realizzazione, non può non essere negato al suo titolare almeno il risarcimento del danno, posto che ciò costituisce la misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse, indipendentemente dal fatto che la protezione, assicurata dall'ordinamento in vista della sua soddisfazione, sia quella propria del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo». Ai sensi, dunque, degli artt. 24 e 113 Cost. «spetta al loro titolare l'azione e se a questa si aggiunge altra forma di tutela, spetta al titolare della situazione protetta, in linea di principio, scegliere a quale far ricorso in vista di ottenere ristoro al pregiudizio»<sup>47</sup> arrecato da una condotta altrui.

L'autonomia fra azione di impugnazione e azione di danni risulta nel sistema e nel diritto civile dove si regola in più occasioni il «concorso tra le varie forme di protezione della situazione soggettiva». Nel diritto societario l'art. 2377 c.c. limita la impugnativa della delibera assembleare condizionandola al possesso di una soglia minima di partecipazione al capitale sociale, ma non impedisce il diritto al risarcimento dei danni. Nel diritto del lavoro la giurisprudenza non esclude l'azione di danni quando sia preclusa l'azione di impugnativa del licenziamento.

<sup>47</sup> Cass. 23 dicembre 2008, n. 30254 e la nota di I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti fra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009.

<sup>44</sup> Corte di Giustizia 20 settembre 2001 C-453/99.

<sup>45</sup> Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

<sup>46</sup> Cass. 27 giugno 2013, n. 21255.



L'art. 1440 del codice civile sancisce espressamente la coesistenza di un contratto valido e di un'azione di risarcimento, in presenza di un contegno illecito della controparte. Da ciò si trae la conclusione che «nei diversi settori dell'ordinamento, sia possibile chiedere il risarcimento senza aver prima ottenuto l'invalidazione dell'atto». Per un motivo chiaro: «l'atto annullabile produce provvisoriamente i propri effetti; l'atto nullo, anche se non produce effetti, lascia dietro di sé, in ogni caso, la traccia di un comportamento»<sup>48</sup> illecito che giustifica la reazione dell'ordinamento e legittima un'azione di danni.

Il ragionamento evoca il metodo e l'essenza del saggio di Jering che, alla fine dell'ottocento, fu qualificato come una vera e propria «scoperta giuridica»<sup>49</sup> mossa dall'intuizione che un'adeguata tutela dei contraenti non può prescindere da una valutazione del loro comportamento nella fase antecedente la conclusione dell'accordo. La costruzione giuridica era scandita da precisi passaggi. L'autore muove dal problema se il soggetto, che è stato causa della nullità, debba risarcire il danno sofferto dall'altro per aver confidato sulla validità del contratto. Nel diritto romano non poteva essere concessa né l'*actio doli* (in assenza di una condotta dolosa) né l'*actio legis aquiliae* (che presupponeva una lesione alla persona o alle cose). La consultazione del Digesto offre al problema una soluzione. Jering trae da alcune fonti l'esperibilità di un *actio ex contractu* anche in presenza di un atto invalido (perché la cosa era extracommercio). Il motivo di ciò gli è chiara. Il contratto non determina solo un obbligo di adempimento, ma anche l'obbligo di risarcire il danno. La nullità esclude il primo effetto, ma non il secondo che permane e può essere oggetto di un'autonoma *actio*. Non solo. Fondamento di tale ulteriore obbligo è la colpa e da qui il nostro autore trae la regola generale. Ogni volta che ricorra una *culpa in contraendo* sorgerà un obbligo di risarcire il danno. Tale costruzione ha avuto fortuna in ogni ordinamento seppur con contorni diversi. In Italia si pensava, in passato (e non solo), che la clausola generale di buona fede ceda di fronte ad una regola speciale, come l'art. 1338 e alle regole di validità che dovrebbero assorbire ogni altro comportamento scorretto prima del contratto, ma la presenza di specifiche norme che ammettono la coesistenza di un contratto valido e di un obbligo risarcitorio (1440, 1812, 1821, 1892, 1893) smentisce tale rilievo.

<sup>48</sup> I. PAGNI, *op. cit.*

<sup>49</sup> BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur.*; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, II, 2000, 347; ID., *Correttezza*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, 423; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque... "contrattuale"?*, in *Cont. imp.*

La verità è che tale la compatibilità, fra validità e responsabilità, va verificata e disciplinata, volta a volta, nei vari settori dell'ordinamento.

Nel diritto amministrativo dopo la svolta della Cassazione e il conflitto con il Consiglio di Stato si doveva trovare una soluzione capace di «valutare la reazione che corre tra il diritto all'annullamento dell'atto e il diritto al risarcimento del danno»<sup>50</sup> in quella particolare materia. Si arriva così all'art. 30 del d.lgs. 20 luglio 2010, n. 104 che regola la coesistenza e l'autonomia dell'azione di danni derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa e precisa che il giudice, nel determinare il risarcimento, «valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti».

### 9. La tutela risarcitoria in presenza di un contratto valido. Responsabilità precontrattuale, contrattuale *ex lege* o aquiliana

I contorni della tutela risarcitoria in presenza di un contratto o di una relazione negoziale richiama in particolare due ipotesi.

#### *La responsabilità precontrattuale e da contatto sociale*

Se il contegno illecito si verifica nella fase di trattative e di conclusione del contratto siamo nell'ambito di una responsabilità precontrattuale che la giurisprudenza più recente inquadra nell'area contrattuale aderendo all'antica intuizione di Luigi Mengoni<sup>51</sup> o alla più recente discussa figura del

<sup>50</sup> I. PAGNI, *op. cit.*

<sup>51</sup> V. Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Foro it.*, 2012 ove si tratta della domanda di danni conseguenti a una gara in presenza di un comportamento «lesivo dell'affidamento in una condotta regolare e lecita del convenuto». In particolare si fa riferimento ad un'ignoranza di una «causa di invalidità del negozio nota a controparte» che comunque era tenuta a conoscerla, in una situazione analoga a quella prevista dall'art. 1338 c.c. Pur in assenza del contratto si afferma la responsabilità per «la violazione dell'obbligo di buona fede applicabile già per il contatto precedente e preparatorio del negozio, derivato tra le parti per effetto del bando e delle attività successive di gara». Tale violazione secondo la Corte «non deriva da mero inadempimento contrattuale né è effetto di un torto aquiliano» ma determina responsabilità perché la parte che ha indetto la gara era in mala fede e ha leso una posizione soggettiva preesistente nata da un contatto qualificato appunto dalla regola di buona fede.

contatto sociale<sup>52</sup>, la quale, in verità, aleggia in entrambe le ipotesi ed è oggetto di forti critiche<sup>53</sup>.

Si imputa alla giurisprudenza di legittimità dubbia consistenza del ragionamento e si critica il rinvio all'art. 1173 sulle fonti delle obbligazioni osservando che «in nessun luogo dell'ordinamento si parla del contatto» che la Corte di cassazione trarrebbe da un generico rilievo della «coscienza sociale», allineandosi ad una posizione che era emersa nella dottrina tedesca, ma che è stata poi superata dal nuovo § 311 del BGB interpretato, in Germania, nel senso di escludere dai «contratti simili» a quelli dei numeri 1 e 2 della norma l'ipotesi di «contatto sociale semplice»<sup>54</sup>.

Osservo solo che sin dalla prima sentenza della Cassazione la giurisprudenza italiana si è preoccupata di precisare la fonte che consente di trascorrere da una forma di mero contatto di fatto ad una figura dotata di rilevanza giuridica. Ed è bene ricordare che a tal fine non è affatto necessario che esista una norma espressa, ma la rilevanza può trarsi dalla osservazione attenta del sistema<sup>55</sup>. Analisi che si fonda sin dal primo precedente<sup>56</sup> dando rilievo ad un principio da cui si trae, assieme ad altri dati, la giuridicità del rapporto. Il caso di specie trattava di responsabilità medica e il criterio formale era ricavato dall'art. 32 della Costituzione. Negli altri casi la ricognizione specifica della relazione è stata condotta, in modo più o meno rigoroso e condivisibile, su altri elementi giuridici e non di fatto. Fra questi, ai fini del nostro caso è utilizzato quanto disposto dall'art. 1337.

Sul punto è possibile rivendicare una priorità della nostra dottrina che individuò subito una regola efficiente e utile che solo da poco è stata inserita nel

<sup>52</sup> Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648 vedila in *I contratti*, 2012, 4, con nota critica di F. Della Negra. Ma v. anche Cass. 26 aprile 2012, n. 6526 e Cass. 18 aprile 2012, n. 6061.

<sup>53</sup> A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialkontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 77 ss.

<sup>54</sup> V. ora sul punto A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, 812 ss.

<sup>55</sup> V. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979 p.133 ss..

<sup>56</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589 «La più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art.1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute) che trascendono singole proposizioni legislative».

BGB. Con essa, osservava nel 1957 Luigi Mengoni, si sottrae all'area dell'illecito indifferenziato e dalla sfera del fatto una relazione sociale che è qualificata dal rispetto della buona fede. Si può dubitare che da questo obbligo nasca la prestazione che è richiesta dal nostro art. 1174<sup>57</sup>. Ma su questo la nostra dottrina, in dialogo proficuo con la giurisprudenza, ha dimostrato in modo assai convincente la peculiarità e la piena giuridicità della figura di un obbligo senza prestazione. La diversa opinione della dottrina tedesca può incentivare una riflessione di indubbio interesse, ma non può certo chiudere, con una soluzione negativa, un'opera meritoria della nostra giurisprudenza teorica e pratica.

Si tratta certo di precisare i contorni della fattispecie risarcitoria.

Sull'onere della prova sussistono ancora incertezze una volta riconosciuta la natura contrattuale del rapporto. Si osserva che la parte che agisce «ha l'onere di allegare, e occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito», sicché l'attore «ha l'onere di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno»<sup>58</sup>. Sembra di capire, e in questo senso il ragionamento sarebbe condivisibile, che il danneggiato debba allegare un inadempimento qualificato dell'altra<sup>59</sup> parte, indicando i fatti da cui si trae la violazione del dovere di buona fede senza necessità di prova dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo. Dovrà provare altresì il danno in concreto subito. Spetterà alla controparte dimostrare che il suo contegno non è stato di mala fede.

Sull'entità del danno da scorrettezza le pronunzie della Cassazione sono chiare sin dal 2005<sup>60</sup>. Si dovrà risarcire il minor vantaggio o la maggiore perdita che è causa del comportamento illecito e ciò si inserisce bene in una nuova dimensione del danno contrattuale che è volto a ricomprendere «tutti gli interessi che in qualche modo, figurano insoddisfatti o lesi a seguito del mancato contratto e/o alla sua

<sup>57</sup> v. E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine dell'ingiustizia del danno*, in *Liber amicorum* per Francesco Busnelli, Milano, 2008, 628 ss., ID., in *Persona e Mercato*, A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 69 ss., e C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 679 ss.

<sup>58</sup> Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648 cit. p. 237-238.

<sup>59</sup> V. Cass. 20 dicembre 2011, cit.

<sup>60</sup> R. RORDOF, *La patologia del contratto: tra regole di validità e regole di comportamento*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Scritti per Adolfo di Majo, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012, 225.





violazione»<sup>61</sup>, superando le strettoie del riferimento all'interesse negativo e positivo per differenziare l'ipotesi della mancata conclusione del contratto da quella della presenza di un contratto su cui ha inciso un contegno illecito dell'altra<sup>62</sup>.

A tal fine sarà utilizzabile con necessario rigore sia il riferimento alla prevedibilità sia il concorso o l'esclusione della responsabilità ai sensi dell'art. 1227. Se la parte danneggiata era a conoscenza dell'illecito o della scorrettezza anteriore e conclude lo stesso il contratto non si potrà esperire un'azione sia per aver accettato implicitamente il contenuto sia per la chiara prevedibilità del danno subito.

Più delicata è l'applicabilità dell'art. 1227 con riferimento al mancato esercizio dell'azione di eliminazione degli effetti. L'art. 30 del codice del processo amministrativo attribuisce un rilievo importante al mancato esercizio delle azioni demolitorie, ma tale soluzione non può essere esportata al di fuori di quel settore di ordinamento ove il provvedimento dell'Amministrazione condiziona la stessa situazione soggettiva del privato.

Nei rapporti fra privati il principio di effettività della tutela ammette la scelta autonoma dei contraenti e la sentenza della Cassazione svolge un esame approfondito sul rapporto fra rimedi specifici e per equivalente. Ritenendo applicabile questo ultimo in modo ampio e sempre che non sia accordato in forma prevalente e con piena utilità il rimedio specifico.

#### *Illecito e contratto oltre la trattativa.*

Se il contegno illecito si verifica in una fase ove non è ravvisabile una trattativa o un contatto qualificato le ipotesi possono essere ancora diverse.

L'obbligo può derivare dalla legge come nel caso dell'offerta pubblica di acquisto e allora la responsabilità sarà *ex lege* di natura contrattuale. Per un motivo evidente.

Le disposizioni in tema di OPA disciplinano i comportamenti che i soci devono assumere in presenza di mutamenti degli assetti proprietari di società quotate. L'esigenza di tutela degli investitori azionisti è compresa nella finalità di tutela del mercato finanziario e dei capitali (prevista nell'art. 92 del T.U.F.) e si articola secondo una ricostruzione scandita in giurisprudenza secondo il seguente

schema. «L'obbligo di lanciare l'OPA si configura... come un obbligo contrattuale che *ope legis* si inserisce nel contratto sociale», ma la norma non prevede come sanzione, in caso di violazione, «il potere del singolo azionista pretermesso di ottenere coattivamente il risultato», bensì solo l'obbligo a carico dell'inadempiente di rivendere il pacchetto acquisito in eccedenza. Da qui l'esigenza di un'attenta interpretazione, la quale reputa che la disciplina « non esaurisca gli strumenti di autotutela accordati dall'ordinamento a chiunque vanti una posizione giuridicamente rilevante » e non esclude affatto la risarcibilità di un danno ingiusto<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Nella sentenza «il principio del *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 rappresenta il cardine dei diritti soggettivi contrattuali e non», incorporati nel nostro caso nelle azioni dei soci di minoranza. Ne segue la risarcibilità del danno in presenza di una responsabilità contrattuale (Trib. Milano, 9 giugno 2005, in *Foro it.* 2005, I, 3210). Il groviglio teorico è evidente. L'apparato sanzionatorio della legge è completato dal principio del *neminem laedere*. Non si parla di concorso di azioni o di cumulo di danni ma di una responsabilità contrattuale per la violazione della regola aquiliana. Senza contare la difficoltà della liquidazione del danno « correlata a titoli per loro natura destinati alla fluttuazione » (A. Palmieri, *Osservazione a Trib. Milano 9 giugno 2005*, in *Foro it.*, 2005, I, 3210) La Corte di Appello ha di recente ribaltato il ragionamento (App. Milano, 15 gennaio 2007, in *Giur.it.*, 2007, 1707). Si è sostenuto che la disciplina dell'OPA esclude l'esistenza di un diritto soggettivo degli azionisti a ricevere un'offerta di acquisto e, dunque, anche il diritto al risarcimento da inadempimento di un obbligo contrattuale. L'unico danno, ipotizzabile, si osserva ancora, è l'interesse negativo tipico della responsabilità precontrattuale e non l'utilità derivante da un contratto concluso. Resta dunque il dubbio sul danno dovuto in presenza di un comportamento scorretto imputabile alla controparte in presenza di un obbligo legale di comportamento. E la Corte di cassazione (n. 14400 del 2012) conclude per la natura contrattuale della responsabilità e del danno. «Sarebbe però errato dedurre che dal relativo inadempimento derivi una responsabilità di tipo precontrattuale, che secondo la tradizionale (benché controversa) impostazione della giurisprudenza avrebbe natura aquiliana; e sarebbe arbitrario ricondurre tale responsabilità alla previsione dell'art. 1337 c.c., non foss'altro perché, in una fattispecie di questo tipo, non si danno né le trattative né la formazione del contratto cui detta norma allude. Come è stato già affermato altre volte dalla corte (si veda, in particolare, la pronuncia di Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712), la responsabilità nella quale incorre "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta" (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte. In tale contesto la

<sup>61</sup> A. DI MAJO, *Una New age per le tutele contrattuali*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*. Scritti per Adolfo di Majo, Torino, 2012, 6 ed ivi G. TRAVAGLINO, *Il danno da inadempimento*, 547 ss.; G. SMORTO, *I criteri di determinazione del danno non patrimoniale e il danno morale*, 437 ss.

<sup>62</sup> Sul danno contrattuale v. ora P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 110 ss.; G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005.



La responsabilità sarà, invece, di natura aquiliana quando non si possa ravvisare né una trattativa né un obbligo di legge e si tratterà in tal caso di individuare, nella specie, tutti gli elementi di tale forma di responsabilità come nella sentenza che ha dato impulso a questo scritto, la quale motiva la decisione sul punto seguendo: «il dipanarsi dell'atto doloso (il comportamento del giudice Metta) che cagiona ad altri (la Cir) un evento di danno (la sentenza corrotta) ingiusto (perché conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali), da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile (la transazione stipulata a diverse pregiudizievoli condizioni) in costanza del doppio e necessario nesso di causalità materiale (che lega la condotta all'evento) e giuridico (che lega l'evento di danno alla conseguenza dannosa risarcibile) volto a ledere un interesse giuridicamente rilevante del danneggiato (il diritto a stipulare una transazione priva di condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta, il cui aspetto speculare si identifica nell'indebolimento della posizione contrattuale in corso di trattative e di stipula della convenzione negoziale)»<sup>64</sup>.

La compatibilità fra azioni contrattuali e responsabilità sta qui, come si è detto, nell'autonoma rilevanza dei conegni e della fattispecie negoziale. Il giudizio sui primi non può essere assorbito dalla valutazione sull'atto, perché non può rimanere senza conseguenza un contegno riprovato e illecito che ha inciso su una posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento. Altro naturalmente è il *quantum* del risarcimento che seguirà il principio della causalità giuridica e le regole espresse dall'art. 1227 del codice civile.

### 10. Cumulo dei rimedi e danni endofamiliari

È solo il caso di ricordare che il problema del risarcimento da parte di un coniuge del danno causato dalla violazione del dovere coniugale è affrontato nelle sentenze di legittimità, prima con incertezze e oscillazioni e poi con piena consapevolezza

qualificazione "contrattuale" non vale a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire, ma, in un quadro sistematico peraltro connotato da un graduale avvicinamento dei due tradizionali tipi di responsabilità, essa può discendere anche dalla violazione di obblighi nascenti da situazioni (anche non di contratto, bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l'ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento».

<sup>64</sup> Cass. 27 giugno 2013, n. 21255, cit. e la nota 28 di questo scritto

dell'ammissibilità e dei limiti del cumulo dei rimedi tipici della separazione personale e dell'illecito civile.

Una lontana pronuncia<sup>65</sup>, coeva alla riforma del 1975, non escludeva, in certe circostanze, la possibilità di un illecito a carico di un coniuge infedele, ma due sentenze più recenti avevano negato, a priori, la esistenza di un danno ingiusto in presenza della violazione dell'obbligo coniugale<sup>66</sup> e il risarcimento nel caso di separazione imputabile<sup>67</sup>, sulla base della autonomia e autosufficienza della disciplina familiare in ordine ai doveri coniugali. Pochi anni dopo l'inversione di tendenza è stata netta. Si è ammesso, in linea teorica, la piena risarcibilità di una lesione e di un danno cagionato da un coniuge all'altro che integri i presupposti dell'art. 2043 c.c.<sup>68</sup> e si è affermata la responsabilità di un genitore per la violazione degli obblighi di assistenza del figlio, evocando la categoria discussa del danno esistenziale<sup>69</sup>.

Una sentenza della Cassazione del 2005<sup>70</sup> ha segnato un punto di svolta, significativo sotto vari profili. Si è delineato il giusto equilibrio fra comunità familiare e diritti dei singoli. Ha acquisito concretezza il rilievo della dignità e della personalità di ogni componente del nucleo familiare. Si è precisata la fonte e la misura del danno risarcibile per la lesione di tali situazioni soggettive.

Insomma il passaggio dalla famiglia-istituzione alla famiglia-comunità è recepito pienamente come rilevanza giuridica di un modello delineato dal legislatore e dalla giurisprudenza teorica e pratica, sicché si è affermato, con molta precisione, che i singoli componenti del nucleo familiare «conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 della Costituzione», in virtù del quale «il rispetto della dignità e della personalità nella sua interezza

<sup>65</sup> La sentenza della Cass. n. 2468 del 1975, citata nella motivazione della sent. n. 9801 del 2005 in *Famiglia e diritto*, 2005, 2, 366, non esclude «che la violazione dell'obbligo di fedeltà, a prescindere dai rapporti di natura personale, possa determinare... un obbligo risarcitorio».

<sup>66</sup> Cass. 22 marzo 1993, n. 3367 in *Rep. Foro it.* 1993, *Separazione dei coniugi*, n. 34.

<sup>67</sup> Cass. 6 aprile 1993, n. 4108, in *Rep. Foro it.* 1993, *Separazione dei coniugi*, n. 60.

<sup>68</sup> Cass. 26 maggio 1995, n. 5866, in *Rep. Foro it.* 1995, *Separazione dei coniugi*, n. 82.

<sup>69</sup> Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.* 2001, 1, 187 ss. e, per la sintesi di tali precedenti giurisprudenziali, v. Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. e dir.*, 2005, 2, 366.

<sup>70</sup> Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit. 365 ss.



assume i connotati di un diritto inviolabile ... la cui violazione costituisce il presupposto logico della responsabilità civile». Né si può eccepire al riguardo la «specificità e completezza del diritto di famiglia», in ordine alla violazione di obblighi e diritti nascenti dal matrimonio. Ciò perché separazione, divorzio e relative discipline hanno «funzioni e limiti» che non sono «strutturalmente incompatibili con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti»<sup>71</sup>.

Ne segue un principio pienamente condivisibile. Non la violazione in sé del dovere coniugale è fonte di danno, ma quelle «condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona» e fonte del risarcimento di quei danni di cui si provi l'entità patrimoniale e non patrimoniale.<sup>72</sup>

Una recente pronuncia della Cassazione<sup>73</sup> consolida questo indirizzo motivando espressamente «la compatibilità e non la pregiudizialità tra i rimedi tipici della separazione fra coniugi e la disciplina dell'illecito civile»<sup>74</sup> utilizzabile dal coniuge, secondo i Giudici di legittimità, in presenza della prova del nesso di causalità fra la violazione del dovere coniugale ed il danno che non può consistere «nella sola sofferenza psichica causata dall'infedeltà ... ma deve concretizzarsi nella compromissione di un interesse costituzionalmente protetto»<sup>75</sup>.

La varietà dei casi e dei diversi criteri di compatibilità evoca una sola conclusione.

Le interferenze fra contratto e responsabilità, fra contatto «sociale» e illecito, non sono che segni della complessità del diritto dei privati che richiede oggi, come alle origini, un'opera sapiente della leg-

ge e dei giudici capace di «integrare organicamente, in un unico quadro solido e applicabile»<sup>76</sup> vecchi *iura* e nuove *leges*, sì da fissare orientamenti condivisi nelle risposte alle esigenze sempre più articolate della vita di relazione.

<sup>71</sup> Cass. 10 maggio 2005, n.9801 cit., 368.

<sup>72</sup> V. il commento alla sentenza di G. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005, 2, 372 ss.

<sup>73</sup> Cass., 15 settembre 2011, n. 18853 «Discende, infatti, dalla natura giuridica degli obblighi su detti che il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi dell'illecito civile».

<sup>74</sup> La relativa azione deve ritenersi del tutto autonoma rispetto alla domanda di separazione e di addebito ed esperibile a prescindere da dette domande, ben potendo la medesima *causa petendi* dare luogo a una pluralità di azioni autonome contrassegnate ciascuna da un diverso *petitum*.

<sup>75</sup> Traggo queste osservazioni dalle Dispense che ho messo a disposizione degli studenti del mio corso di diritto civile sul sito [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it) voci materiali. Il titolo è il seguente *La responsabilità fra regole e clausole generali*. Le pagine da p. 89 a 95. Non solo per queste pagine debbo un ringraziamento, per la collaborazione, al Dr. Mario Mauro.

<sup>76</sup> A. SCHIAVONE, (Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 8) riferisce con tali parole l'opera di Giustiniano nel rigenerare un ordine giuridico. «Nulla di simile era stato fatto prima: E l'obbiettivo era alto: rimodellare il pensiero degli antichi maestri nella forma di un diritto codificato».

