

**PRINCIPI, REGOLE, INTERPRETAZIONE.
CONTRATTI E OBBLIGAZIONI,
FAMIGLIE E SUCCESSIONI**

SCRITTI IN ONORE DI GIOVANNI FURGIUELE

TOMO III

a cura di

GIUSEPPE CONTE e SARA LANDINI

e con la collaborazione di

MARCO RIZZUTI e GIULIA TESI



UNIVERSITAS
STUDIORUM

Il volume è pubblicato con finanziamenti della Fondazione Italiana del Notariato
su fondi per la ricerca della Prof.ssa Sara Landini
e con il contributo del
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze

© 2017, Universitas Studiorum S.r.l. - Casa Editrice
via Sottoriva, 9
46100 Mantova (MN)
P. IVA 02346110204
tel. 0376 1810639
<http://www.universitas-studiorum.it>

Finito di stampare nel *** 2017

ISBN 978-88-99459-**-**

ξυνὸν δέ μοί ἐστιν, ὅπποθεν ἄρξωμαι·
τόθι γὰρ πάλιν ἴξομαι αὐθις.

Indifferente è per me il punto da cui
devo prendere le mosse; là, infatti,
nuovamente dovrò fare ritorno.

PARMENIDE

ELENCO AUTORI

- Francesco Alcaro
Prof. ordinario Università di Firenze
- Guido Alpa
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”
- Carlo Angelici
Prof. emerito Università di Roma “La Sapienza”
- Alessandra Bellelli
Prof. ordinario Università di Perugia
- Antonio Bellizzi di San Lorenzo
Prof. aggregato Università di Firenze
- Giovanni Bonilini
Prof. ordinario Università di Parma
- Lucia Bozzi
Prof. ordinario Università di Foggia
- Andrea Bucelli
Prof. associato Università di Firenze
- Francesco D. Busnelli
Prof. emerito Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa
- Roberto Calvo
Prof. ordinario Università della Valle d’Aosta
- Remo Caponi
Prof. ordinario Università di Firenze
- Valeria Caredda
Prof. ordinario Università di Cagliari
- Gian Franco Cartei
Prof. ordinario Università di Firenze
- Angelo Chianale
Prof. ordinario Università di Torino
- William Chiaromonte
Ricercatore Università di Firenze
- Alessandro Ciatti Càimi
Prof. ordinario Università di Torino
- Renato Clarizia
Prof. ordinario Università di Roma Tre
- Giuseppe Conte
Prof. ordinario Università di Firenze
- Carlotta Conti
Prof. ordinario Università di Firenze
- Paoloefisio Corrias
Prof. ordinario Università di Cagliari
- Cecilia Corsi
Prof. ordinario Università di Firenze
- Vincenzo Cuffaro
Prof. ordinario Università di Roma Tre
- Giovanni D’Amico
Prof. ordinario Università di Reggio Calabria
- José Ramon De Verda
Prof. cattedratico Universidad de Valencia
- Enrico Del Prato
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”
- Fabrizio Di Marzio
Consigliere di Cassazione
- Helena Díez García
Prof. titular Universidad de León
- Filippo Donati
Prof. ordinario Università di Firenze
- Rocco Favale
Prof. ordinario Università di Camerino
- Paola Felicioni
Prof. associato Università di Firenze
- Giuseppe Ferri jr
Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”
- Vincenzo Franceschelli
Prof. ordinario Università di Milano-Bicocca
- Rosario Franco
Notaio in Sesto San Giovanni
- Lorenza Furguele
Ricercatore Università di Roma “Tor Vergata”
- Andrea Fusaro
Prof. ordinario Università di Genova
- Enrico Gabrielli
Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”
- Paolo Gallo
Prof. ordinario Università di Torino
- Antonio Gambaro
Prof. ordinario Università di Milano
- Wladimiro Gasparri
Prof. associato Università di Firenze
- Aurelio Gentili
Prof. ordinario Università di Roma Tre
- Fulvio Gigliotti
Prof. ordinario Università di Catanzaro
- Fausto Giunta
Prof. ordinario Università di Firenze

Patrizia Giunti
Prof. ordinario Università di Firenze

Giuseppe Guizzi
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Giovanni Gulina
Ricercatore Università di Firenze

Pilar Gutiérrez Santiago
Prof. catedrática acreditada Universidad de León

Sara Landini
Prof. associato Università di Firenze

Nicolò Lipari
Prof. emerito Università di Roma “La Sapienza”

Ettore M. Lombardi
Ricercatore Università di Firenze

Olivia Lopes Pegna
Prof. associato Università di Firenze

Angel M. López y López
Prof. emérito Universidad de Sevilla

Paola Lucarelli
Prof. ordinario Università di Firenze

Angelo Luminoso
Prof. emerito Università di Cagliari

Ugo Mattei
Prof. ordinario Università di Torino

Salvatore Monticelli
Prof. ordinario Università di Foggia

Giuseppe Morbidelli
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”

Anna Carla Nazzaro
Prof. ordinario Università di Firenze

Luca Nivarra
Prof. ordinario Università di Palermo

Marta Ordás Alonso
Prof. titular Universidad de León

Stefano Pagliantini
Prof. ordinario Università di Siena

Ilaria Pagni
Prof. ordinario Università di Firenze

Francesco C. Palazzo
Prof. ordinario Università di Firenze

Massimo Palazzo
Notaio in Pontassieve

Gianfranco Palermo
Prof. emerito Università di Roma “La Sapienza”

Michele Papa
Prof. ordinario Università di Firenze

Massimo Paradiso
Prof. ordinario Università di Catania

Baldassarre Pastore
Prof. ordinario Università di Ferrara

Salvatore Patti
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”

Mauro Pennasilico
Prof. ordinario Università di Bari “Aldo Moro”

Giovanni Perlingieri
Prof. ordinario Università della Campania

Pietro Perlingieri
Prof. emerito Università del Sannio

Marta Picchi
Prof. associato Università di Firenze

Mauro Ponzanelli
Prof. ordinario Università Cattolica del Sacro Cuore

Antonino Procida Mirabelli di Lauro
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Andrea Proto Pisani
Prof. emerito Università di Firenze

Vincenzo Putorti
Prof. associato Università di Firenze

Enrico Quadri
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Mariangela Ravizza
Ricercatore Università di Firenze

Lucia Re
Prof. associato Università di Firenze

Marco Rizzuti
Assegnista di Ricerca Università di Firenze

Ramon Romano
Dottore di Ricerca Università di Firenze

Orlando Roselli
Prof. ordinario Università di Firenze

Filippo Ruschi
Prof. associato Università di Firenze

Ugo Salanito
Prof. ordinario Università di Catania

Gabriele Salvi
Assegnista di Ricerca Università di Siena

Vincenzo Scalisi
Prof. emerito Università di Messina

Claudio Scognamiglio
Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”
Michele Sesta
Prof. ordinario Università di Bologna
Caterina Silvestri
Ricercatore Università di Firenze
Pietro Sirena
Prof. ordinario Università Bocconi di Milano
Alessandro Somma
Prof. ordinario Università di Ferrara
Mario Stella Richter *jr*
Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”
Irene Stolzi
Prof. associato Università di Firenze
Francesca Tamburi
Ricercatore Università di Firenze
Keiko Tanimoto
Prof. ordinario Ritsumeikan University of Kyoto

Giovanni Tarli Barbieri
Prof. ordinario Università di Firenze
Giulia Tesi
Dottore di Ricerca Università di Firenze
Paolo Tonini
Prof. emerito Università di Firenze
Maria Luisa Vallauri
Prof. associato Università di Firenze
Antonio Vallini
Prof. associato Università di Firenze
Giuseppe Vettori
Prof. ordinario Università di Firenze
Simona Viciani
Ricercatore Università di Firenze
Alessio Zaccaria
Prof. ordinario Università di Verona
Giuseppe Zaccaria
Prof. ordinario Università di Padova

I CONTRATTI IMMOBILIARI DELLA CRISI E L'APPORTO DELLA PRASSI NOTARILE ALLA FORMAZIONE DEL DIRITTO VIVENTE

ANDREA FUSARO
Prof. ordinario Università di Genova

SOMMARIO: 1. I riflessi giuridici della crisi e i formanti dell'ordinamento. - 2. La tutela del compratore dal rischio di dissesto del venditore. - 3. La protezione patrimoniale del bene. - 4. Gli incentivi negoziali all'acquisto. - 5. La prassi notarile tra le fonti.

1. Il civilista si confronta da tempo con la crisi economica, che ha preso a mettere a tema, perlopiù abbinandola a specifici settori -spesso l'impresa e le procedure concorsuali- o singoli istituti, in particolare le obbligazioni e i contratti. Analisi colte e aggiornate, talora affacciate anche su altri sistemi, i cui risultati sono rifluiti in pregiati volumi collettanei¹, hanno operato una selezione nell'ambito dei formanti dell'ordinamento, privilegiando l'osservazione di quelli in cui la temperie è più visibilmente riflessa, ossia la legislazione e la giurisprudenza, dedicando ben inferiore attenzione alla prassi, com'è consueto al di fuori dei circuiti strettamente professionali.

Eppure, a fianco della creazione - o della recezione- legislativa di nuovi contratti, si registrano ben più numerosi adattamenti di quelli usuali, realizzati mettendo a frutto tecniche e affinando sensibilità frutto di addestramento e sperimentazione; senza considerare che invenzioni di schemi inediti e torsioni di quelli esistenti vengono talora formalizzati dal legislatore, basti pensare a *rent to buy*² e patto marciano³.

Nella circolazione immobiliare l'osservazione della realtà restituisce alcuni dati e fenomeni, tra cui l'intensificata trascrizione dei contratti preliminari e la loro redazione attenta al rischio di pignoramento presso terzi, il superiore riguardo al pericolo di revocatoria fallimentare, il più frequente ricorso al deposito del prezzo presso il notaio rogante o altro professionista.

A lato, fioriscono le tecniche di protezione patrimoniale, variamente realizzate, tra le quali spicca l'intestazione fiduciaria attuata tramite mandato senza rappresentanza, poi

1. G. GRISI, *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, Napoli, 2014.

2. L'art. 23, c. 4, D.L. 133/2014 ha notoriamente recepito i modelli in uso, che avevo descritto in *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. Impr.*, 2/2014, p. 419 ss. Del testo legislativo mi sono occupato in *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 497-499.

3. L'art. 2 D.L. 59/2016 convertito in Legge 119/2016, ha introdotto nel TUB l'art. 48-bis, ove si prevede che il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico, iscritto all'albo degli intermediari autorizzati dalla Banca d'Italia, di cui all'art. 106 TUB, possa essere garantito dal trasferimento in favore del creditore, ovvero di una società dallo stesso controllata o collegata, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore. Il divieto dell'art. 2744 c.c. è conservato, dando corpo a un patto marciano, da sempre considerato legittimo.

l'acquisto a nome di società, intensificato al punto da sollecitarne la riconduzione all'abuso del diritto⁴, a volte mettendo in gioco- anche sotto il profilo dell'illegittima sottrazione dei beni all'esecuzione fiscale (art. 11 D. L.vo 74/2000) - la correttezza dell'operato del notaio che abbia formalizzato atti verosimilmente mirati esclusivamente alla messa in sicurezza⁵; a questo ambito si collega l'affidamento fiduciario, a seconda delle prospettive colto quale invenzione del terzo millennio⁶, oppure riedizione del negozio venerando⁷.

Altri accorgimenti sono funzionali ad allettare il compratore- in particolare la garanzia di redditività del bene ceduto-, oppure a consentirgli il reperimento della provvista necessaria per il prezzo, quale il condizionamento dell'efficacia del contratto preliminare all'ottenimento di mutuo.

Il successo degli schemi prodotti dall'autonomia privata non è necessariamente inferiore a quello dei modelli varati dal legislatore: sono state diffuse testimonianze notarili secondo cui le impostazioni spontanee risultano preferite al nuovo tipo legale di *rent to buy*⁸.

2. La crisi economica incrementa l'esigenza di tutele nei confronti del rischio di dissesto del venditore. Nella contrattazione preliminare esse trovano sbocco nella più frequente formalizzazione notarile in funzione della trascrizione, ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. Nei compromessi, nonché nei contratti definitivi, sono inoltre adottati accorgimenti volti a proteggere da una eventuale azione revocatoria ordinaria e fallimentare, tra cui la manifestazione dell'intento di destinare l'unità acquistata ad abitazione o sede dell'impresa⁹.

4. Cass., ord. 13 aprile 2017 n. 9610 ha sottolineato che il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, sebbene non direttamente contrastante con alcuna specifica disposizione normativa, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in mancanza di ragioni economicamente valide e che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di ottenere quel risparmio fiscale. Costituisce pertanto una condotta abusiva l'operazione economica che ha quale suo elemento predominante ed assorbente lo scopo di ottenere dei risparmi fiscali e dunque di eludere il fisco.

5. Cass, 29 gennaio 2016, n. 1716 ha condiviso la condanna in sede disciplinare del notaio che aveva ricevuto lo stesso giorno e in sequenza tre atti: costituzione di trust, di fondo patrimoniale e di rendita vitalizia.

6. M. LUPOLI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

7. C. TENELLA SILLANI, *Appunti sul contratto di affidamento fiduciario nella legge n. 112/2016*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017.

8. Valentina Rubertelli, consigliere nazionale del Notariato, nell'intervista resa a Dario Aquaro, riferita nell'articolo *Rent to buy, più annunci ma pochi contratti chiusi*, pubblicato su *Il Sole 24 ore*, del 24 aprile 2017, testimoniava che il c.d. help to buy, ossia il preliminare trascritto, è preferito al rent to buy introdotto dal DL 133/14, in ragione dell'assenza di obbligo all'acquisto nel tipo legale.

9. Ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. c) r.d.16 marzo 1942, n. 267, sostituito dall'art. 4, comma 4, lettera a), D. Lgs. 12 settembre 2007 n.169, e successivamente modificato dall'articolo 33, comma 1, lettera a), numero 1), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, "non sono soggetti all'azione revocatoria...c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente...".

Altra cautela incrementata dalla crisi è il deposito del prezzo presso il notaio, previsto già dall'art. 1, comma 63 ss., legge 27 dicembre 2013, n. 147¹⁰, poi dall'art. 1, comma 33, legge 147/2013, come modificato dall'art. 1, comma 143, legge 124/2017. Ad onta delle visioni riduttive da cui i doveri del custode escono banalizzati, si tratta di un rapporto - trilatero - che implica una serie articolata di obbligazioni, di indole eterogenea, che trascorrono dalla scelta dell'investimento delle somme, alla loro separazione patrimoniale, sino alla individuazione dei presupposti per la consegna¹¹.

3. Il timore di subire aggressioni patrimoniali dissuade l'acquirente dall'intestazione del bene, suggerendo di dirottarla in favore di soggetti non esposti; diversamente viene fatto ricorso agli strumenti rivolti alla separazione: fondo patrimoniale, atto di destinazione, trust¹², la cui redazione è spesso decisiva per l'efficacia. Si assiste, invero, all'articolazione del contenuto dei rogiti redatti ai sensi dell'art. 167 c.c. attraverso la specificazione degli scopi e delle modalità di impiego, in modo da integrare fondo e atto di destinazione, adottando per entrambi l'individuazione dettagliata delle finalità e poi la descrizione delle modalità prescelte per attuarla¹³, del resto in sintonia con le indicazioni della giurisprudenza più recente che le postula a margine del fondo patrimoniale, pena l'agevole revocabilità¹⁴ e talora la dichiarazione di simulazione¹⁵.

10. In proposito, cfr. il mio saggio *Il deposito del prezzo presso il notaio in prospettiva comparatistica tra escrow account e conti fiduciari*, in *Annuario del contratto* 2014, Torino, 2015, p. 3 ss.

11. Guida preziosa in passato era il protocollo notarile dell'affidamento di somme: "... nel documento col quale viene conferito al notaio l'incarico debbono essere chiaramente indicati: i contenuti, le modalità e i tempi di adempimento dell'incarico; le somme o i valori affidati (denaro contante assegno bancario - che presenti tutti i requisiti previsti dalla normativa vigente ed informate le parti sulla natura e sulla efficacia di detto titolo - o circolare all'ordine del notaio o di una delle parti, bonifico sul conto corrente bancario del notaio, consegna di titoli di credito ecc.); le modalità di impiego delle somme o valori nelle more dell'adempimento dell'incarico (libretti di risparmio, conto corrente bancario separato da quello dello studio o personale del notaio, dossier titoli, e comunque in modo tale da assicurare la separazione contabile dal patrimonio del notaio ecc.); la corresponsione di interessi nella misura percepita dal notaio a seconda delle modalità di impiego determinate dalle parti; la misura del compenso dovuto al notaio; - l'esatta individuazione dei soggetti ai quali devono essere versate le somme con la espressa previsione che la consegna di esse (sia nel caso di mancato adempimento, sia nel caso in cui l'incarico consista proprio nella consegna ad un determinato soggetto quando si sia o non si sia verificato un determinato evento, sia nel caso in cui adempiuto l'incarico residui un quid da consegnare ad un determinato soggetto) debba essere fatta alla presenza di tutte le parti; tale previsione potrà essere omessa nel caso in cui la consegna di una somma sia dovuta inequivocabilmente al verificarsi di un evento, oggettivamente controllabile. I Consigli Notarili dovranno vigilare sulla osservanza delle disposizioni di cui sopra".

12. Rinvio al mio saggio *Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2010, n.12, pp. 813 - 825.

13. Come avevo illustrato in *Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?*, Studio del Cons. Naz. Not. n. 357-2012/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 20 luglio 2012, dal Consiglio Nazionale il 13 settembre 2012.

14. Cass, 8 agosto 2007, n. 17418, stigmatizzava che: "Né i ricorrenti hanno indicato ai giudici di merito (neppure tardivamente, in questa sede) le peculiari ragioni per cui i loro interessi familiari avrebbero richiesto la costituzione di un fondo patrimoniale, proprio in quella particolare data e con l'impiego di tutti i loro beni".

15. Trib. Pescara, 7 luglio 2008, in www.ilcaso.it: "La mancata deduzione di circostanze che giustificano la costituzione di un fondo patrimoniale ovvero dei bisogni che lo stesso è destinato a soddisfare può costituire

Il frequente perfezionamento dell'acquisto a nome di familiari, quali coniuge e figli, ha condotto ad affinare il mandato senza rappresentanza, da sempre strumento cardine per le intestazioni fiduciarie¹⁶, il cui impiego negli ultimi decenni è stato intensificato anche quale tecnica per tracciare la provenienza delle somme destinate a sovvenire il prezzo, in maniera ostensibile all'Amministrazione finanziaria, dando corso alla registrazione del contratto- comunque doverosa, in assenza di scambio di corrispondenza -, e inevitabile laddove si ricorra alla formalizzazione notarile. Puntuali accorgimenti assicurano al mandante il pronto recupero del bene, in particolare attraverso l'affiancamento di una procura speciale a vendere, rilasciata- per scrittura privata autenticata- a suo favore, con autorizzazione a contrarre con se stesso e dispensa dal conflitto di interessi.

4. È diffusa la constatazione che le crisi economiche sollecitano l'ideazione di operazioni inedite; in ogni epoca, d'altra parte, la prassi innova gli strumenti giuridici. L'analisi della contrattazione immobiliare evidenzia anche in tempi recenti escogitazioni degne di nota, sebbene esse consistano spesso, piuttosto che nell'elaborazione di nuovi schemi, nell'adattamento di alcuni già noti. Da qualche decennio hanno fatto la comparsa compravendite con prestazione da parte del venditore della garanzia di redditività annua, assicurata mediante la corresponsione all'acquirente di un conguaglio annuo pari alla differenza rispetto al reddito percepito in base alle locazioni¹⁷. A causa della nota stretta creditizia, è divenuto altresì frequente, come già sopra evidenziato, l'inserimento nei contratti preliminari della previsione che subordina l'impegno dell'acquirente all'ottenimento

la prova presuntiva della simulazione del negozio in realtà stipulato allo scopo di sottrarre i beni alle ragioni dei creditori". Trib. Napoli, sez. VI, 5 febbraio 2008, in Redazione Giuffrè 2008: "Mentre l'azione revocatoria (nel caso di specie esercitata in relazione alla costituzione del fondo patrimoniale da parte del debitore) può essere promossa solo dai creditori pregiudicati nell'esercizio dei propri diritti dall'atto dispositivo, l'azione di simulazione può essere promossa da chiunque abbia interesse alla caducazione del negozio, e non forma oggetto di accertamento l'atteggiamento soggettivo di mala fede di uno dei contraenti, rilevante sotto il diverso profilo della dimostrazione che le parti non intendevano affatto concludere il negozio simulato".

16. Atteso che nella materia immobiliare il difetto di forma scritta ostacola la prova testimoniale: "In tema di prova della simulazione di una compravendita immobiliare, contratto che esige la forma scritta *"ad substantiam"*, la mancanza della controdi chiarazione osta all'ammissibilità dell'interrogatorio formale, ove rivolto a dimostrare la simulazione soggettiva relativa, giacché la confessione, in cui si risolve la risposta positiva ai quesiti posti, non può supplire al difetto dell'atto scritto, necessario per il contratto diverso da quello apparentemente voluto; viceversa, ove sia diretto a dimostrare la simulazione assoluta del contratto, l'interrogatorio formale è ammissibile, anche tra i contraenti, perché, in tal caso, oggetto del mezzo di prova è l'inesistenza della compravendita"(Cass., 10 marzo 2017, n. 6262).

17. "L'atipicità della causa di un contratto di compravendita immobiliare determinata dall'assunzione della garanzia di redditività del bene venduto non esclude la corrispettività tra le prestazioni a carico delle parti e la conseguente operatività, nel caso di eccessiva onerosità, non dell'art. 1468 c.c., bensì dell'art. 1467, commi 1 e 3, c.c., secondo cui è attribuito alla parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per avvenimenti straordinari e imprevedibili unicamente il potere di chiedere la risoluzione del contratto e soltanto alla parte, contro la quale è domandata la risoluzione, quello di evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto": Cass., 25 marzo 2009, n. 7225.

del mutuo rivolto a procurare la somma da versare come prezzo¹⁸. Ancora, il contratto di locazione stipulato dal proprietario che, pochi giorni dopo, venda il bene e convenga con l'acquirente di mantenerne il godimento nonostante l'alienazione, non integra necessariamente una simulazione¹⁹, ma può assecondare l'aspirazione a continuare ad abitare nell'alloggio alla cui titolarità si è dovuto rinunciare²⁰.

Si è già fatto cenno agli accorgimenti rivolti a forgiare artigianalmente le operazioni oggi etichettate *rent to buy*- oggetto di attenzione legislativa-, *help to buy*, *buy to rent*²¹.

5. Nell'ermeneutica strumentale all'applicazione, nell'adeguamento dei precetti generali e astratti della legge scritta, ricorre certamente una produzione di regole, cosicché gli attori rientrano nel novero degli interpreti qualificati; la prassi negoziale viene, dunque, a

18. "Nel caso in cui le parti subordinino gli effetti di un contratto preliminare di compravendita immobiliare alla condizione che il promissario acquirente ottenga da un istituto bancario un mutuo per poter pagare in tutto o in parte il prezzo stabilito - patto di cui non è contestabile la validità, poiché i negozi ai quali non è consentito apporre condizioni sono indicati tassativamente dalla legge -, la relativa condizione è qualificabile come "mista", dipendendo la concessione del mutuo anche dal comportamento del promissario acquirente nell'approntare la relativa pratica, ma la mancata concessione del mutuo comporta le conseguenze previste in contratto, senza che rilevi, ai sensi dell'art. 1359 c.c., un eventuale comportamento omissivo del promissario acquirente, sia perché tale disposizione è inapplicabile nel caso in cui la parte tenuta condizionatamente ad una data prestazione abbia anch'essa interesse all'avveramento della condizione, sia perché l'omissione di un'attività in tanto può ritenersi contraria a buona fede e costituisce fonte di responsabilità, in quanto l'attività omessa costituisca oggetto di un obbligo giuridico, e la sussistenza di un siffatto obbligo deve escludersi per l'attività di attuazione dell'elemento potestativo in una condizione mista": Cass., 18 novembre 1996, n. 10074.

19. "Non è nullo il contratto di locazione stipulato da chi, essendo già proprietario dell'immobile locato, pochi giorni dopo detta stipula venda il bene ad altro soggetto e convenga con quest'ultimo di mantenerne il godimento nonostante l'alienazione, atteso che la locazione deve considerarsi conclusa sulla base della presupposizione che ad essa sarebbe seguita la stipula del contratto di vendita e, pertanto, sull'esplicito richiamo ad una circostanza ad essa "esterna" che, pur se non specificamente dedotta come condizione, costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia del regolamento pattizio, assumendo per entrambe le parti valore determinante ai fini della sua conclusione e del mantenimento del vincolo contrattuale": Cass., 3 dicembre 2009, n. 25401, in *Arch. locaz.*, 2010, 391, che nella specie ha altresì escluso che l'accordo di vendita fosse simulato, attesa la piena aderenza della realtà fattuale alla previsione negoziale, rientrante nella figura del costituito possessorio.

20. Com'è noto, si offrono strumenti alternativi: "Nella vendita con effetti reali, in cui l'acquirente, una volta concluso il contratto, consegue, immediatamente e senza bisogno di materiale consegna, non solo la proprietà ma anche il possesso (in senso giuridico) della cosa, l'obbligo del venditore di trasferirne il possesso materiale può essere derogato allorché il venditore d'accordo con l'acquirente mantiene la relazione immediata con la cosa venduta, possedendola non animo domini bensì, ad altro titolo. Tale risultato è raggiungibile sia attraverso la costituzione di usufrutto per riserva del venditore - che, trattandosi di immobili, esige la forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1350 n. 2 c.c. - sia attraverso qualsiasi negozio (tipico o atipico, a titolo oneroso o gratuito) che sia idoneo ad attribuire al venditore un diritto di ritenzione della cosa a scopo di godimento, di uso o di garanzia e che, dando luogo ad un rapporto di natura personale, richiede la stessa forma solo se si concreti in uno degli atti compresi nell'art. 1350 citato, con le correlative conseguenze in ordine alla prova": Cass., 16 marzo 1984, n. 1808.

21. Nota 2 e testo corrispondente.

collocarsi tra le fonti del diritto a fianco della giurisprudenza²², come già autorevoli osservatori hanno anche di recente segnalato²³.

La modulistica contrattuale immobiliare proviene, invero, per buona parte dai notai: gli schemi da loro affinati sono impiegati sia da privati per regolare affari perfezionati tra loro, sia da società costruttrici o immobiliari. I contratti preliminari di compravendita comunemente conclusi perlopiù rispecchiano testi di matrice notarile, mentre quelli che vedono come parti le imprese spesso sono rielaborati dai loro uffici interni o dai consulenti. Le differenze riflettono, intanto, la contrapposizione tra la imparzialità notarile e la - altrettanto doverosa - faziosità forense: essa è sistematicamente arginata dal notaio sul piano dell'informazione resa all'acquirente, oltre che con l'espulsione delle clausole a rischio di invalidità.

Le rispettive predisposizioni si traducono in diversi approcci nei confronti dei tipi legali. Da un lato, si registra il frequente rinvio alle regole depositate nel codice, ritenendole custode di un assetto mediano di distribuzione del rischio contrattuale; ancora, sono predisposti accurati meccanismi negoziali a presidio della posizione dell'acquirente, in quanto soggetto da proteggere e al quale - non a caso - è affidata la designazione del professionista. Dall'altro, si assiste all'introduzione di deroghe alle norme suppletive, sostituite da clausole favorevoli al venditore.

Lo scarto tra l'indole dei testi risulta dall'operare di ulteriori fattori. Tra questi la fiscalità, sotto un duplice rilievo: per un verso, laddove sia coinvolta un'impresa, l'attenzione è estesa alle imposte dirette, mentre diversamente è perlopiù circoscritta alle indirette; per altro, nella scelta della formalizzazione dei rapporti tra privati il trattamento tributario è spesso arbitro delle decisioni, come del resto prova l'attenzione già prestata dal Notariato.

All'interno del comparto immobiliare si assiste, dunque, al riprodursi dell'antica distinzione tra contratti civili e commerciali, che nell'ambito delle categorie attuali trova corrispondenza solo parziale. Nella prospettiva dell'apporto della prassi alla sedimentazione dei formulari contrattuali rileva sottolineare che i due contesti - civile e commerciale - adottano distinti modelli: il primo impiega quelli affinati dalla manualistica notarile²⁴, il secondo utilizza i precedenti reperibili nel circuito professionale, la cui raccolta e catalogazione non ha ad oggi ricevuto sbocchi editoriali altrettanto classici, almeno in materia immobiliare. Inoltre, con specifico riferimento a questo settore, si rileva l'ulteriore peculiarità costituita dalla natura strutturalmente domestica di tali contratti che li rende

22. Un'efficace sintesi è offerta da M. PALAZZO, *Ars notaria e cultura giuridica tra storia ed attualità*, in *La modernità degli studi storici: principi e valori del Notariato*, Atti del Convegno di Genova, 16 maggio 2014, Milano, Il Sole 24 ore, 2014, p. 118 ss., p. 123 ss.

23. P. GROSSI, *Conclusioni*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, Atti del Convegno di Firenze, 8 maggio 2015, Milano, Il Sole 24 ore, 2016, p. 182.

24. In particolare, il *Formulario degli atti notarili*, curato da A. Avanzini, A. Lovato, L. Iberati, edito da Utet Giuridica, nonché il *Formulario notarile commentato*, diretto da G. Petrelli, edito da Giuffrè.

largamente insensibili alla prassi internazionale o transnazionale che potrebbe conseguire a una impostazione dei contratti commerciali nella dimensione della *lex mercatoria*²⁵.

Nell'elaborazione e nell'affinamento di modelli contrattuali si realizza, in definitiva, un apporto della prassi all'elaborazione di regole. Pertanto le analisi del concreto operare dell'attività notarile sono fondamentali per la conoscenza della reale dimensione del fenomeno giuridico²⁶, a fianco del prodotto dell'attività delle corti.

Le regole giurisprudenziali sono spesso vestite della forma legislativa allorché sono versate in testi normativi redatti sulla scorta di orientamenti consolidati²⁷; il fenomeno non è solo italiano, come dimostra agevolmente la recente riforma del diritto dei contratti e delle obbligazioni contenuta nel *Code civil* francese²⁸. Qualcosa di simile accade alla prassi notarile, che pure possiede attitudine a tradursi in legge, basti pensare alle discipline italiane del *rent to buy* e della circolazione dei diritti edificatori, che hanno recepito strumenti contrattuali forgiati dalla pratica, ricavandone norme dispositive e suppletive, aggiugnendone altresì alcune inderogabili, in assoluto o per coerenza con la fattispecie.

25. Rinvio all'ultimo paragrafo del mio saggio *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, cit.

26. Ancora doveroso l'omaggio a M. PALAZZO, *Ars notaria e cultura giuridica tra storia ed attualità*, cit., p. 123 ss.

27. A somiglianza dei *Restatements of Law* pubblicati dall'*American Law Institute*.

28. Rinvio al mio lavoro *Gli effetti del contratto nella riforma del Code civil francese*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 31ss.

APPUNTI SULLE AUTOTUTELE CONTRATTUALI*

ENRICO GABRIELLI

Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”

SOMMARIO: 1. L'autotutela quale “rimedio” nel diritto dei contratti. – 2. L'ambito di applicazione delle eccezioni dilatorie. – 3. L'eccezione di inadempimento. – 4. Eccezione di inadempimento ed eccezione di risoluzione. – 5. L'inadempimento reciproco. – 6. Onere della prova ed eccezione di inadempimento. – 7. Il giudizio di proporzionalità dell'inadempimento – 8. L'eccezione di «insicurezza». – 9. (segue). La prestazione di idonea garanzia. – 10. L'eccezione “solve et repete”. – 11. La sospensione degli effetti della clausola. – 12. Il problema della disponibilità dei rimedi sinallagmatici e della loro esclusione e limitazione convenzionale.

1. L'autotutela quale “rimedio” nel diritto dei contratti.

Nel nostro diritto dei contratti si parla di fattispecie di autotutela privata, di eccezioni dilatorie, ovvero di rimedi, quando si vogliono indicare quegli istituti predisposti dall'ordinamento a favore del contraente *in bonis* al fine di tutelare in via preventiva la sua posizione all'interno del rapporto contrattuale, rispetto all'inadempimento attuale o prospettico della controparte e quindi al rischio di perdita della propria prestazione¹.

L'inadempimento, il rifiuto di adempiere, la sospensione del proprio adempimento, possono infatti essere l'effetto di una reazione del contraente all'altrui inadempimento, totale o parziale, ovvero all'altrui ritardo nell'adempimento; oppure, come nel cd. “inadempimento reciproco”, può dipendere dalla circostanza che nessuna parte adempie alle obbligazioni sorte da un contratto sinallagmatico².

*. Il testo, che sviluppa precedenti riflessioni, raccoglie e riordina gli appunti predisposti per le lezioni impartite nel mese di aprile 2016 presso la *Maestria de derecho civil* della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica dell'Uruguay.

1. Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, p. 215 ss.; ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 14 ss.; SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, in *Tratt. di dir. civ. del notariato*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 35 ss.; A. M. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, in *Comm. del cod. civ. dir.* da E. Gabrielli, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, IV, p. 480 ss.; ID., *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Comm.*, dir. da Busnelli, Milano, 2011, *passim*; CARNEVALI, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *Il contratto in generale. L'inadempimento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2011, p. 244 ss.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, vol. 3, p. 2173; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, dir. da Rescigno e Gabrielli, 2^a ed., Torino, 2006, II, p. 1777; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, nel *Trattato dei contratti Roppo*, Milano, 2006, V, p. 413 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, 331; p. 222; A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, p. 354; C. M. BIANCA, *Eccezione d'inadempimento e buona fede*, in AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, p. 528; MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, Napoli, 1990, p. 9 ss.

2. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 112 ss., osserva come la questione può nella realtà presentarsi sotto vari aspetti, poiché potrebbe accadere, ad esempio, che le prestazioni corrispettive debbano essere

L'art. 1460, c.c., infatti, consente nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive³ a ciascun contraente di rifiutare l'adempimento della sua obbligazione⁴, se l'altro non adempie o non offre contemporaneamente di adempiere la propria, salvo che siano stabiliti termini diversi per l'adempimento o che questi risultino dalla natura del contratto. È la cosiddetta eccezione di inadempimento, espressa tradizionalmente nel principio *inadimplenti non est adimplendum*.

Gli effetti dell'eccezione di inadempimento, però, non si limitano alla paralizzazzione dell'altrui pretesa nel caso in cui l'altra parte risulti inadempiente⁵, o in ritardo nell'adempimento, ma possono produrre effetti ulteriori nel futuro eventuale giudizio di inadempimento, poiché uno dei caratteri fondamentali su cui si fonda la figura dell'eccezione di inadempimento, è rappresentato dal fatto che il rifiuto da parte del contraente di adempiere la propria obbligazione, quale esercizio di autotutela privata, per essere qualificato legittimo, e quindi non arbitrario e non abusivo, non deve essere contrario a buona fede.

La seconda eccezione tipicamente dilatoria prevista nel codice civile italiano è quella disciplinata dall'art. 1461, c.c., cioè il potere del contraente di «sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono diventate tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia».

adempite contemporaneamente e contestualmente, così che se una parte, dopo aver ricevuta la prestazione dell'altra, la contesta e si rifiuta di eseguire la propria, innescando in tal modo ad opera della parte adempiente la domanda giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento dell'altra, e quest'ultima chieda pure lei, in via riconvenzionale, la risoluzione per inadempimento della prima; oppure che le prestazioni debbano essere eseguite contemporaneamente, ma non contestualmente (cioè in luoghi diversi), e che nessuna di esse venga eseguita. In alcuni casi l'inadempimento reciproco è ascrivibile alla circostanza che le contrapposte domande di risoluzione seguono temporalmente ad una *exceptio inadimplenti contractus*, poiché il contraente che l'ha sollevata (in via stragiudiziale) può successivamente proporre domanda di risoluzione, con la conseguenza che resta poi preclusa ogni questione relativa all'*exceptio*, in quanto la stessa deve considerarsi assorbita dalla pretesa risolutoria, che è rimedio sinallagmatico di più ampia e definitiva portata.

3. Per l'esame di alcuni significativi problemi connessi con il rapporto di corrispettività sul quale si innesta il meccanismo dell'autotutela privata, cfr. CARNEVALI, op. cit., p. 247 ss.

4. Sottolineano come l'eccezione di inadempimento sia un "mero potere di rifiuto", PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, p. 337 ss.; PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, p. 11.

5. Cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 333, secondo la quale nella previsione dell'art. 1460 c.c. l'inadempimento, anziché assumere il ruolo di fatto estintivo dell'obbligazione, come nella risoluzione, diviene «fatto *impeditivo* ad efficacia paralizzante temporanea degli effetti del contratto», così che la temporanea inesigibilità dell'altrui prestazione, che deriva dall'esercizio dell'eccezione, diviene il mezzo per conservare l'equilibrio tra le posizioni di diritto e di obbligo di entrambe le parti del rapporto sostanziale. Si osserva in dottrina (A. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, cit., p. 510) che le parti, nella fissazione dell'assetto contrattuale, possono variamente disciplinare, introducendo limiti, restrizioni, ampliamenti o varianti, il meccanismo dell'*exceptio*, salvo che la legge garantisca una piena utilizzabilità dell'eccezione a garanzia degli interessi di una parte contrattualmente debole, come ad esempio accade per la limitazione o l'esclusione dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore, inclusa nell'elenco delle clausole presunte vessatorie dall'art. 33, lett. r), del codice del consumo.

Questa eccezione, a differenza dell'*exceptio inadimpleti*, che come detto costituisce una legittima reazione all'altrui inadempimento, seppure rientra nel novero degli strumenti di autotutela negoziale, se ne differenzia tuttavia per i presupposti e le condizioni di operatività.

L'eccezione di «sospensione», infatti, presuppone non già l'inadempimento, ma l'insicurezza di ricevere l'adempimento (*id est*: il mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore), cioè a dire il mero e futuro pericolo dell'inadempimento altrui, per l'evidente timore di non conseguire la controprestazione⁶.

Il rimedio può essere attivato anche dal contraente il cui credito non sia ancora esigibile, ma che abbia fondate ragioni di temere per il conseguimento futuro della controprestazione, una volta che essa sarà divenuta esigibile⁷.

Con la conseguenza che, dopo che sia stata esercitata legittimamente da un contraente la facoltà di sospendere l'adempimento, alla scadenza del termine stabilito per l'esecuzione della prestazione a carico del contraente in situazione patrimoniale difficile, la intervenuta sospensione del rapporto contrattuale troverà la propria soluzione.

In quel momento infatti si scioglierà l'alternativa tra: l'adempimento del contraente in difficoltà, con la conseguenza che, superata la propria situazione di «pericolo nella capacità ad adempiere», l'esecuzione del rapporto tornerà in una situazione di normalità, e

6. Costituisce oggetto di discussione se il mutamento delle condizioni patrimoniali deve essere sopravvenuto alla stipulazione del contratto, ovvero se può essere anche anteriore ad essa, poiché non potrebbe legittimamente esercitare l'*exceptio* colui che *ab origine* fosse stato a conoscenza della grave situazione di difficoltà economica di controparte, anteriore alla stipulazione del contratto, e della consapevolezza in capo a questi di aver negoziato a proprio rischio, se poi egli, al contrario, si servisse dell'eccezione dilatoria, darebbe luogo ad un comportamento contrario a buona fede. Discorso diverso sarebbe quello in cui, seppur conosciuta dall'altro contraente, l'originaria situazione di difficoltà economica avesse avuto un peggioramento successivamente alla stipulazione del contratto, raggiungendo poi un livello tale da creare l'evidente pericolo di non ricevere la controprestazione. Il tema, di fronte a queste due ipotesi, si restringe sostanzialmente a valutare il caso in cui la grave situazione economica di un contraente, tale da legittimare il ricorso all'eccezione dilatoria, risultasse anteriore alla stipulazione del contratto, ma l'altro contraente ne fosse venuto a conoscenza solo dopo la stipulazione, poiché in questo caso, nonostante la formula restrittiva della norma (che con il termine «mutamento» parrebbe fare riferimento unicamente al caso in cui la situazione di difficoltà economica fosse venuta ad esistenza dopo la conclusione del contratto), l'orientamento prevalente è nel senso che il contraente adempiente potrebbe legittimamente avvalersi dell'eccezione dilatoria, se egli dimostri di avere ignorato senza colpa la preesistente inaffidabile situazione economica dell'altro contraente (CARNEVALI, op. cit., p. 257, ed ivi riferimenti). Sul punto, anche per un raffronto comparatistico, cfr. ADDIS, *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006, p. 11 ss.; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., p. 121 ss., il quale fa riferimento alla locuzione «insorgenza del mutamento» per designare «il momento dal quale il divenire della situazione patrimoniale di un contraente acquista rilievo al fine di stabilire la legittimità della sospensione dell'esecuzione della prestazione ad opera della controparte» (op. ult. cit., p. 199 ss.).

7. Così Cass., 22 gennaio 1999, n. 602, e Cass., 24 febbraio 1999, n. 1572, in *Giur. It.*, 2000, p. 736, secondo cui l'eccezione può essere sollevata anche quando l'adempimento di entrambe le parti deve essere contestuale; cfr. anche A. BENEDETTI, *Mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente*, in *Comm. del cod. civ. dir.* da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, IV, p. 511.

l'eccezione potrà far cessare la sospensione del rapporto e pretendere la prestazione a cui aveva diritto; oppure il contraente in difficoltà non adempie e il contraente non inadempiente agisce per far accertare e dichiarare l'inadempimento.

Al medesimo tempo, una volta che l'eccezione abbia esercitato il diritto alla sospensione della propria prestazione, l'altro non potrà far valere nei suoi confronti l'eccezione di inadempimento.

Gli strumenti di autotutela e rimediali presenti nel diritto comune dei contratti trovano una significativa espressione ed applicazione anche nel diritto della crisi d'impresa (art. 72 ss. l. fall.), ove le regole generali vengono modellate in funzione della particolare situazione nella quale viene a trovarsi il contratto quando, non ancora eseguito, ovvero non completamente eseguito, una delle parti dello stesso viene dichiarata fallita⁸.

Il principio, che si fonda sulla tutela della funzionalità del sinallagma, nonostante un'autorevole voce in senso contrario⁹, è stato infatti costantemente considerato, sia negli orientamenti dei dottori della legge, sia delle Corti, quale regola in grado di giustificare il senso della disciplina¹⁰, poiché concretizza l'esercizio di un diritto e di un potere sostanziale¹¹ rivolto, per un verso, a conservare l'originario equilibrio contrattuale nella prospettiva dell'esecuzione del rapporto; per un altro, a paralizzare, mediante lo strumento della sospensione della sua esecuzione, gli effetti che l'insolvenza di una parte produce sulla vita del contratto, in attesa della scelta del curatore in ordine alla prosecuzione, ovvero allo scioglimento, del rapporto.

A tale regola seguono, come corollario, quelle che hanno ad oggetto lo scioglimento ovvero la continuazione del vincolo obbligatorio, sia in generale, sia *ex lege* con riguardo a determinati tipi contrattuali (cfr. art. 72-*bis* ss. l. fall.), ovvero ai contratti di durata ovvero ad esecuzione continuata o periodica (art. 74 l. fall.).

Le articolazioni di queste regole consentono, secondo una rappresentazione sintetica, di classificare le tipologie contrattuali sulle quali il legislatore è intervenuto, ricomprendendole in tre ambiti tra loro omogenei, a seconda che l'incidenza del fallimento sul contratto produca: lo scioglimento automatico del rapporto; ovvero la sua continuazione; ovvero che tali rapporti abbiano ad oggetto beni del fallito non compresi nel fallimento (cfr. art. 46, l. fall.), con la conseguenza che tali rapporti, in quanto non soggetti allo spossamento fallimentare, non sono inclusi nel patrimonio destinato alla soddisfazione dei

8. Sul punto mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in *Tratt. del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, dir. da Vassalli – Luiso – Gabrielli, Torino, 2014, p. 121 ss.

9. VASSALLI F., *Diritto fallimentare*, II, Torino, 1997, p. 153 ss.

10. Cfr. per tutti GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 4^a ed., Torino, 2011, p. 122.

11. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 333 pone in risalto che l'art. 1460 c.c., fa nascere in capo alla parte il diritto potestativo di provocare unilateralmente l'inesigibilità della prestazione ad essa dovuta, e «che si tratta di un potere *sostanziale*, non di un diritto potestativo che operi attraverso l'intermediazione della sentenza costitutiva del giudice».

creditori del concorso e per essi, non verificandosi nel rapporto la sostituzione del curatore al fallito, si applica il diritto comune dei contratti dato che proseguono, come prima della dichiarazione di fallimento, tra il fallito ed il contraente *in bonis*¹².

La diversità di disciplina offerta dalla regola generale, rispetto a quella disegnata dalle regole speciali, pone però in evidenza, se non altro sul piano ricostruttivo, il problema del rapporto tra disciplina «di diritto comune» e disciplina «di diritto concorsuale», cioè speciale, del contratto.

Profilo il cui rilievo è dato dalla constatazione, per la verità da qualcuno negata¹³, che la regolazione concorsuale dei rapporti preesistenti al fallimento subisce l'influenza dei principi del diritto generale dei contratti¹⁴.

In senso contrario appare invece evidente che il fondamento del loro inserimento nel corpo del diritto fallimentare è giustificabile sul tendenziale principio di uniformità del sistema.

L'ordinamento infatti pondera le proprie scelte al fine di rendere il sistema unitario e quindi tende ad applicare, mediante la tecnica della interazione tra discipline, le regole di parte generale del diritto comune dei contratti, anche per la regolazione di profili del diritto speciale, laddove quelle regole trovino coerente e razionale applicazione per la disciplina degli interessi di volta in volta oggetto di tutela secondo i valori dell'ordinamento.

E ciò a maggior ragione quando il rilievo assunto dal sinallagma si manifesti, al di fuori delle fisiologiche situazioni prospettate dal normale diritto degli affari e della circolazione della ricchezza, e si inserisca nell'ambito di un procedimento esecutivo, come quello concorsuale.

Sul punto si è piuttosto, e correttamente, osservato¹⁵ che la facoltà del curatore di scegliere fra subentro e scioglimento del rapporto, nei contratti caratterizzati dalla corrispettività e non ancora eseguiti, trova il proprio fondamento sia nella disciplina di regolazione

12. MEOLI – SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Tratt. dir. comm. dir. da Buonocore*, Padova, 2010, p. 397, distinguono invece tra regole speciali e regole eccezionali sui contratti pendenti, inquadrando le relative disposizioni secondo un criterio funzionale, piuttosto che secondo una sistemazione che tenga conto della sorte che tali regole riservano al rapporto pendente.

13. INZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in AA. VV., *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, p. 4, secondo il quale il contenuto della disciplina dei rapporti pendenti nel fallimento «non appare segnato da un sicuro rapporto di stretta consequenzialità con i principi civilistici generali in materia di contratto e di autonomia privata».

14. A. JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. di dir. comm. dir. da Cottino*, Padova, 2009, p. 470, pone in evidenza che il settore della disciplina dei rapporti pendenti è quello nel quale, più che in ogni altro, «si verificano la compenetrazione e la sovrapposizione dei principi della legge del concorso alle regole civilistiche dei contratti ed ove le soluzioni normative possono mutare a seconda che si privilegino le ragioni della procedura ovvero quelle del contraente adempiente e a seconda che si rimanga ancorati ad una visione più squisitamente liquidatoria o ci si spinga verso una prospettiva di conservazione dell'impresa».

15. GUGLIELMUCCI, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, cit. p. 150; sul punto cfr. anche ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, p. 156.

concorsuale dei crediti, che esclude il diritto del creditore di pretendere il pagamento integrale, sia nella disciplina di diritto privato del sinallagma, che non consente al curatore di far valere le pretese derivanti dai contratti corrispettivi ineseguiti se non si obbliga ad eseguire integralmente la controprestazione.

La regola generale impone dunque al curatore, che voglia sostituirsi al fallito nell'esercizio dei diritti connessi al contratto corrispettivo pendente ed ineseguito, di subentrare nel contratto determinando in tal modo una trasformazione del credito del contraente adempiente da credito concorsuale in credito prededucibile, e quindi suscettibile di essere soddisfatto integralmente, e non in moneta fallimentare.

Il curatore, per altro verso, non avendo il contraente *in bonis* diritto al soddisfacimento integrale della sua pretesa di credito, in ragione della sinallagmaticità del rapporto ineseguito, può rinunciare a far valere la pretesa di adempimento che spettava al fallito, ma per far ciò deve sciogliersi dal contratto¹⁶.

2. L'ambito di applicazione delle eccezioni dilatorie.

L'ambito di applicazione dei "rimedi dilatori", come detto, è quello dei contratti a prestazioni corrispettive, categoria caratterizzata dal principio secondo cui ciascuna prestazione trova la sua giustificazione nell'altra, così che la mancata (o inesatta) esecuzione dell'una prestazione legittima la mancata (anche se non l'inesatta, né la definitiva) esecuzione dell'altra.

Si attua così un principio generale di tutela del contraente adempiente, o comunque pronto ad adempiere, che trova analoghe manifestazioni anche in altri ordinamenti¹⁷.

L'applicazione delle eccezioni dilatorie alla categoria dei contratti a prestazioni corrispettive non crea problemi particolari se non quando si tratti di quelle ipotesi nelle quali, alla fine del rapporto, è previsto che una parte debba consegnare¹⁸ o restituire all'altra un determinato bene, connesso all'esecuzione del vincolo contrattuale come

16. GUGLIELMUCCI, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, in *Scritti in on. di G. Lo Cascio, La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, p. 150.

17. Cfr., ad esempio, la recente *Ordinanza* 2016 – 131 dell'11 febbraio 2016, agli artt. 1219 e 1220, ove viene riprodotta la *ratio legis* dell'eccezione di insicurezza ed introdotta l'*exceptio timoris*, che richiama i Principi europei sul contratto (art. 9: 201), consistente nell'utilizzo in via preventiva dell'eccezione d'inadempimento, per cui quando risulta evidente che uno dei contraenti non eseguirà la prestazione, l'altro può notificare l'intenzione di sospendere la propria.

18. Cfr. Cass., 4 novembre 2009, n. 23345, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 466, secondo cui la parte evocata in giudizio, per il pagamento di una prestazione rivelatasi inadeguata, può non solo formulare le domande ad essa consentite dall'ordinamento in relazione al particolare contratto stipulato, ma anche limitarsi ad eccepire - nel legittimo esercizio del potere di autotutela che l'art. 1460 c.c. espressamente attribuisce al fine di paralizzare la pretesa avversaria chiedendone il rigetto - l'inadempimento o l'imperfeito adempimento dell'obbligazione assunta da controparte, in qualunque delle configurazioni che questo può assumere, in esse compreso, quindi, il fatto che il bene consegnato in esecuzione del contratto risulti affetto da vizi o mancante di qualità essenziali.

nel caso dei contratti reali, ovvero di pertinenza del medesimo, come nel caso di alcuni tipi contrattuali quali la locazione, il trasporto, il deposito, il mandato, il contratto d'opera, e così via dicendo.

In questi casi infatti, per un verso, la consegna del bene fa parte dell'obbligo connesso al regime di esecuzione del vincolo restitutorio, ovvero di corrispettività delle prestazioni, e quindi, a fronte della mancata riconsegna, del mancato pagamento, della non esecuzione del rapporto, l'eccezione di inadempimento potrebbe condurre alla mancata consegna della cosa; per un altro verso, però, i crediti per le prestazioni e le spese relative alla conservazione e al miglioramento delle cose mobili, nonché i crediti del vettore, del mandatario, del depositario e del sequestratario sono tutelati dal diritto di ritenzione (artt. 2756, comma 3, e 2761, comma 4, cod. civ.). Secondo una parte della dottrina, in questi casi, si potrebbe parlare di ritenzione in senso tecnico solo quando i crediti menzionati dall'art. 2756 cod. civ., e quelli derivanti dai contratti di cui all'art. 2761 cod. civ., non riguardino il corrispettivo contrattualmente previsto, ma unicamente le spese sostenute o i danni patiti in occasione dell'esecuzione del contratto; quando invece tali crediti riguardano il corrispettivo previsto in contratto, il diritto di ritenzione assumerebbe più propriamente la veste di un'eccezione d'inadempimento¹⁹.

L'eccezione di inadempimento è inoltre ammessa sia nel caso di prestazioni accessorie alle obbligazioni principali, ma nelle quali tale vincolo abbia comunque una particolare rilevanza nell'assetto complessivo di interessi regolato nel contratto, sia nel caso di obbligazioni collaterali di collaborazione e informazione²⁰; sia nel caso di contratti di cooperazione o di natura gestoria, ovvero di contratti c.d. bilaterali imperfetti (come il mandato), quando una delle parti abbia diritto ad ottenere dall'altra la corresponsione (anche in forma di anticipazione) dei mezzi necessari per l'esecuzione del contratto, dato che l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento è in tali casi ammessa dalla parte che non riceve tale corresponsione.

Nelle ricordate ipotesi, infatti, ci si appella all'idea della "interdipendenza" tra le prestazioni, intesa come espressione di più ampia portata rispetto alla mera nozione di corrispettività in senso tecnico²¹.

19. A. BARBA, voce *Ritenzione (dir. prin.)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1989, p. 1380.

20. Cfr. Cass., 6 febbraio 2008, n. 2800, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 469, secondo la quale il contenuto delle prestazioni corrispettive da valutarsi comparativamente al fine di stabilire se l'eccezione di inadempimento è stata correttamente fatta valere, è esteso alle c.d. obbligazioni collaterali di protezione, di collaborazione e di informazione, privilegiandone l'apprezzamento quando il loro inadempimento abbia dato causa a quello dell'altra parte.

21. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 14. In giurisprudenza cfr. Cass., 6 febbraio 2008, n. 2800, *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 470, secondo cui il principio che sorregge l'eccezione di inadempimento trae fondamento dal nesso di interdipendenza che nei contratti a prestazioni corrispettive lega le opposte obbligazioni e prestazioni nell'ambito di un rapporto sinallagmatico.

La rilevanza dei vincoli di unitarietà, di reciprocità o di dipendenza che possono tenere uniti determinati assetti contrattuali emerge anche in altre ipotesi, come nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, laddove, se un contraente può rifiutarsi di eseguire la propria prestazione, qualora l'altro contraente sia rimasto inadempiente in relazione ad una precedente coppia di prestazioni²², tale rifiuto non è consentito (e quindi il contraente deve pagare la prestazione già ricevuta) se l'altra parte rimane inadempiente ad una prestazione successiva²³.

L'*exceptio inadimpleti contractus* è ammessa ad esempio nel caso di contratti collegati, se il nesso di interdipendenza tra gli stessi è tale che si è in presenza di un'unica ed unitaria operazione economica, la cui realizzazione presuppone l'esecuzione di tutti i contratti tra loro collegati, di modo che l'inadempimento di un contratto possa essere fatto valere dal contraente per rifiutare l'adempimento dell'altro contratto collegato²⁴.

È altresì ammessa l'applicabilità dell'*exceptio*, con riferimento alle reciproche prestazioni di natura restitutoria, tra i contraenti che derivino da una sentenza di annullamento o di risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive, che sia già stato eseguito da entrambe le parti, poiché in tal caso le prestazioni restano tra loro connesse da un nesso di interdipendenza, con la conseguenza che l'esecuzione di una di loro non si giustifica senza l'esecuzione dell'altra, e l'applicazione analogica dell'art. 1460 cod. civ. supererebbe il fatto che tali obblighi di restituzione non hanno fonte contrattuale²⁵.

Nei contratti plurilaterali con comunione di scopo l'opponibilità dell'*exceptio* è invece dubbia, poiché se, da un lato, la giurisprudenza si mostra contraria (sul presupposto, ad esempio con riferimento al contratto di società, che gli interessi delle parti al raggiungimento dello scopo comune non si pongono in una relazione di corrispettività, né vi sono interessi contrapposti tra il singolo e l'ente sociale che consentirebbero di individuare delle prestazioni corrispettive tra il singolo e l'ente); dall'altro lato, la dottrina afferma invece l'applicabilità analogica dell'art. 1460 cod. civ., in ragione della circostanza che nei contratti plurilaterali alla parte non inadempiente è attribuita la facoltà di far valere la risoluzione per inadempimento (e quindi, se ad esempio un socio non esegue il conferimento da lui dovuto, l'altro socio può legittimamente rifiutarsi di eseguire il conferimento a proprio carico²⁶).

22. Secondo la giurisprudenza infatti (cfr. Cass., 15 maggio 2012, n. 7550, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1411) nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, poiché l'esecuzione avviene mediante coppie di prestazioni in corrispondenza di tempo, il sinallagma, alla cui tutela è predisposto il rimedio ex art. 1460 c.c., va considerato separatamente per ciascuna coppia di prestazioni; ne consegue che in tali contratti l'eccezione d'inadempimento può essere sollevata unicamente con riguardo alla prestazione corrispondente a quella richiesta all'eccipiente, restando escluse, ai sensi dell'art. 1458, 1° comma, c.c., le prestazioni già eseguite.

23. CARNEVALI, op. cit., p. 248.

24. Cass., 5 giugno 1984, n. 3397, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3331; Cass., 11 marzo 1981, n. 1398, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, c. 378, con nota di CIRILLO.

25. CARNEVALI, op. cit., p. 250.

26. Cass., 4 dicembre 1995, n. 12487, ha ammesso l'*exceptio* quando, verificatesi una causa di scioglimento di

3. L'eccezione di inadempimento.

La regola codificata nell'eccezione di inadempimento è antica²⁷, e – seppur non contemplata nel precedente codice civile del 1865, se non per il caso del contratto di vendita (art. 1469, c.c.) – era ciononostante applicata ed ammessa anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza dell'epoca²⁸.

Il principio assolve una funzione di autotutela del contraente *in bonis* che trova espressione sia nel diritto comune dei contratti (art. 1460 c.c.), sia nel diritto speciale (art. 1822, c.c., dettato in tema di mutuo) poiché indica una regola generale di tutela del contraente, pronto ad adempiere, a presidio delle proprie ragioni sia attuali, sia prospettive (per il diverso caso di cui all'art. 1461 c.c.), per l'ipotesi in cui l'altro contraente non sia in grado di adempiere alla propria prestazione sia nell'immediato, sia in futuro.

L'interpretazione del rimedio è stata variamente configurata nel corso del tempo: alcuni lo intendono come un mezzo di coazione psicologica verso il debitore il quale, volendo ottenere la controprestazione, è consapevole di dover adempiere alla propria per conseguire quella dovuta da controparte²⁹; altri lo motivano in ragione dell'esistenza, nel quadro degli strumenti di autotutela negoziale assegnati alle parti dall'autonomia privata³⁰, di un diritto potestativo «di provocare la temporanea inesigibilità della prestazione da lui dovuta»³¹; altri ancora lo individuano come uno strumento avente funzione di garanzia contro l'altrui inadempimento, ed in quanto tale diretto ad assicurare la fruttuosità della futura azione esecutiva, conseguente alla risoluzione del contratto³²; ovvero come strumento di conservazione del rapporto di corrispettività tra le prestazioni³³.

una società di persone tra due soci, uno dei soci proponga nei confronti dell'altro domanda di adempimento di un'obbligazione avente la sua fonte nel contratto costitutivo della società e l'altro opponga l'eccezione di inadempimento, dal momento che in tale caso le obbligazioni facenti capo ai due soci non devono essere valutate nell'ambito di un rapporto sociale ormai disciolto.

27. Cfr. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Annali Palermo*, 1921, p. 74, ed ora P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 54 ss.

28. Cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit. p. 35 ss.

29. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 239; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Iudica-Zatti, Milano, 2001, p. 989; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 272.

30. Cfr., tra coloro che lo inseriscono nel quadro degli strumenti di autotutela, VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino 2002, p. 378 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V. *La responsabilità*, Milano 1994, p. 329 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Eccezione d'inadempimento*, cit., p. 331. CARNEVALI, op. cit., p. 244, osserva però che tale prospettiva, in realtà, non sembra che conduca a conseguenze pratiche di rilievo.

31. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1974, p. 193 ss.

32. Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 300 ss.; in senso critico cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 345.

33. Cfr., fra gli altri, MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano, 1952, p. 534; BETTI, voce «Autotutela (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 531, che la considera una clausola funzionale a quella reciprocità su cui i rapporti sinallagmatici sono imperniati; A. DALMARTELLO, voce «Eccezione di inadempimento», cit., p. 355; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3^a ed., in *Comm del cod. civ. UTET*, Torino, 1980, p. 637; C.M. BIANCA, op. ult.

Nella prospettiva rimediale parte della dottrina lo inquadra come uno «strumento offerto a difesa del debitore» il cui effetto consisterebbe nel giustificare un inadempimento astrattamente in violazione di legge (*contra ius*)³⁴; fino a giungere a chi, collocandolo nella più ampia categoria delle eccezioni dilatorie, ritiene che l'*exceptio* possa trovare il suo fondamento in ragioni di economia processuale³⁵.

Pur nella diversità delle opinioni³⁶, tuttavia, è riscontrabile un dato costante nell'interpretazione della fattispecie: vale a dire che si tratti di un effetto naturale della tutela del sinallagma contrattuale proprio della categoria dei contratti a prestazioni corrispettive³⁷.

La norma predispose infatti uno strumento di tutela e di reazione all'altrui inadempimento³⁸, in forza di una sostanziale «*legittima difesa*» contrattuale che si fonda sulla circostanza che esso costituisce una reazione (dilatoria e provvisoria) all'altrui inadempimento, o ritardo nell'adempimento, al punto tale che essa giustifica perfino un rifiuto di adempiere (che in sé considerato, e quindi al di fuori del caso della reazione all'altrui inadempimento, darebbe luogo ad un inadempimento rispetto ad un contratto vincolante).

Appare allora evidente che il creditore non inadempiente può, a fronte dell'inadempimento del suo debitore, e pur senza attuare la clausola risolutiva espressa e quindi

cit., p. 344 ss., segnatamente nella prospettiva della tutela della parte a non privarsi della prestazione senza avere il vantaggio della controprestazione; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 425, secondo cui è uno come strumento predisposto dall'ordinamento e diretto a preservare la corrispondenza tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale. Cfr. anche, in giurisprudenza, Cass., 17 marzo 2006, n. 5938; Cass., 28 maggio 2003, n. 8467; Cass., 16 novembre 1999, n. 12669; Cass., 5 gennaio 1998, n. 41, che posizionano l'*exceptio* nell'ambito della fase funzionale del rapporto.

34. B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973, p. 90.

35. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 417; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., p. 30, il quale osserva che il vero profilo problematico della tutela in esame «è rappresentato essenzialmente dalla valutazione – operata al momento della stipulazione del contratto – del rischio d'inadempimento da parte del soggetto che pretenda di valersene».

36. Per un analitico esame critico e ricostruttivo delle tesi prospettate in dottrina cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., p. 16 ss. CARNEVALI, op. cit., p. 244, rileva che in realtà tutte le tesi formulate per dare spiegazione alla fattispecie, sono sostenibili «se si ha riguardo ai motivi che, secondo i casi, spingono l'*excipiens* a rifiutare di adempiere: può darsi che egli tema di non poter recuperare la prestazione eseguita se l'altro contraente rimane inadempiente, oppure che sia convinto di esercitare una forte pressione psicologica sull'altro contraente, oppure che voglia semplicemente attendere per vedere se la situazione si chiarisca, per poi determinarsi di conseguenza».

37. Per ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 920, l'eccezione di inadempimento, al pari della risoluzione, è un rimedio sinallagmatico.

38. Si segnala (CARNEVALI, op. cit., p. 243) che l'*exceptio* non va confusa con il diritto di ritenzione, per quanto all'apparenza le due fattispecie possano presentare dei punti di contatto, dato che così come il debitore della prestazione di riconsegnare un bene lo trattiene presso di sé, in attuazione del diritto di ritenzione, così potrebbe sembrare che il contraente eccipiente trattiene presso di sé la prestazione dovuta all'altro contraente; laddove, invece, «la distinzione tra i due istituti è tutt'altro che netta, perché vi sono alcuni casi in cui il diritto di ritenzione appare assumere la configurazione di un'eccezione d'inadempimento».

dichiarare la risoluzione del contratto, porre in atto quello che autorevole dottrina chiama un «autoesonero temporaneo dall'obbligo di adempiere»³⁹.

Lo strumento, proprio perché costituisce una forma di autotutela privata avente una portata generale ed applicabile a tutti i contratti, si configura come un'eccezione sostanziale⁴⁰ di carattere essenzialmente «sospensivo», seppure di natura solamente temporanea⁴¹, la cui funzione è quella di produrre un effetto «immediatamente paralizzante» sul nesso di corrispettività tra le prestazioni.

L'esercizio del diritto potestativo da parte dell'*excipiens* determina che il diritto dell'altro contraente, di chiedere l'adempimento (o in alternativa la risoluzione) e il risarcimento del danno, viene temporaneamente «paralizzato» e quindi sospeso, poiché in siffatta situazione si contrappongono due diversi ed opposti diritti potestativi.

Il contraente *in bonis* infatti, con l'eccezione di inadempimento, fa valere un proprio contro-diritto che, in quanto contrapposto al fatto costitutivo affermato dall'attore, lo paralizza⁴², dato che l'*exceptio*, come sostiene la giurisprudenza, «è invocabile, oltre che per paralizzare la domanda di adempimento, anche al fine di escludere il diritto della controparte di far accertare e richiedere la risoluzione del contratto»⁴³.

L'attore (nei cui confronti, con la dichiarazione di non voler adempiere, viene attivato dall'*excipiens* il potere di sospendere l'esecuzione della propria prestazione) per contrapporsi all'esercizio del diritto potestativo dell'*excipiens* a quel punto ha soltanto una alternativa: eseguire la propria prestazione, oppure chiedere una pronuncia di risoluzione del contratto assumendo l'altrui inadempimento⁴⁴.

4. Eccezione di inadempimento ed eccezione di risoluzione.

L'eccezione di inadempimento – in quanto dichiarazione di natura negoziale – opera al di fuori del giudizio, poiché configura un legittimo rifiuto di adempiere nelle mani di chi risulti, a sua volta, inadempiente, e quindi non deve essere confusa con la

39. SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, Torino, 1993, II, p. 644.

40. Cfr. per tutti REALMONTE, op. cit., p. 234; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., p. 1 ss.

41. CARNEVALI, op. cit., p. 245.

42. La giurisprudenza è solita distinguere le eccezioni: a) in mere difese (cioè deduzioni che hanno l'effetto di negazione del fatto costitutivo del diritto preteso dall'attore); b) eccezioni in senso lato (cioè la contrapposizione di un fatto impeditivo o estintivo, tale da escludere gli effetti giuridici del fatto costitutivo affermato); c) eccezioni in senso proprio (cioè la contrapposizione al fatto costitutivo di un contro-diritto), alle quali ultime viene ricondotta l'*exceptio*: cfr. sul tema, fra le tante, Cass., 24 giugno 1998, n. 6272.

43. Cass., 14 marzo 2011, n. 5933, in *Rep. Foro It.*, 2011, voce *Contratto in genere*, n. 514.

44. Una volta esercitata l'eccezione di inadempimento, e quindi prodottosi l'effetto sospensivo sull'esecuzione del contratto, può però accadere che non si giunga al giudizio sulla risoluzione, ma che il rapporto successivamente riprenda il suo normale corso. In tal caso si pone il problema di come debba essere regolata la fase di sospensione: ad esempio con riguardo alla disciplina degli interessi e dei frutti prodottisi *medio tempore*, ovvero alle spese nello stesso periodo sopportate dall'*excipiens* (cfr. sul punto, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 253).

domanda riconvenzionale di risoluzione, che è atto giudiziale in senso stretto, perché proposta in giudizio quando la parte inadempiente si sia rivolta al giudice per ottenere la condanna della controparte all'adempimento e la controparte, per sottrarsi all'adempimento, agisca mediante una domanda riconvenzionale (art. 36 cod. proc. civ.) con la quale fa valere l'inadempimento altrui e chiede al giudice che pronunci la risoluzione del contratto⁴⁵.

Né dovrebbe essere confusa con la eccezione di risoluzione, con la quale chi voglia far estinguere l'obbligazione nascente dal contratto potrebbe operare, senza pertanto essere costretto né ad agire con la domanda di risoluzione, né, se convenuto, a proporre una domanda riconvenzionale⁴⁶.

L'autonomia concettuale ed applicativa dell'eccezione di risoluzione, che non è espressamente regolata dal codice, viene sostenuta sul rilievo che il potere sostanziale di rifiutare l'adempimento può implicare un potere di scioglimento, il quale può tradursi in una eccezione che, invece che di inadempimento, è di risoluzione⁴⁷.

Tale eccezione, in quanto contiene un potere di rifiuto diretto all'estinzione degli obblighi reciproci, «costituisce dunque l'anello di congiunzione tra eccezione di inadempimento, diffida ad adempiere e domanda principale o riconvenzionale di risoluzione» e quindi l'eccezione di risoluzione rappresenta un altro e diverso modo, in presenza dell'altrui inadempimento, per provocare l'estinzione dell'obbligazione contrattuale, mediante l'esercizio di un diritto potestativo sostanziale che consente alla parte di produrre lo scioglimento del contratto nel processo⁴⁸.

L'eccezione di inadempimento, invece, è funzionale a produrre la sospensione dell'obbligazione di eseguire la propria prestazione, fino a quando non sia cessato l'inadempimento altrui, e quindi non ha né effetto immediatamente risolutivo del contratto,

45. Secondo la giurisprudenza, Cass., 29 settembre 2009, n. 20870, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 467, l'eccezione di inadempimento, al pari di ogni altra eccezione, non richiede l'adozione di forme speciali o formule sacramentali, essendo sufficiente che la volontà della parte di sollevarla sia desumibile, in modo non equivoco, dall'insieme delle sue difese, secondo un'interpretazione del giudice di merito che, se ancorata a correnti canoni di ermeneutica processuale, non è censurabile in sede di legittimità (nella specie, la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza di merito che aveva escluso di poter ravvisare l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. nella domanda riconvenzionale diretta alla riduzione del prezzo di una compravendita immobiliare proposta dal promissario acquirente, convenuto dal promittente venditore per la risoluzione del contratto per inadempimento, nonostante detta riconvenzionale fosse corredata da difese volte a contestare l'avversa pretesa sulla scorta di addebiti di varie inadempienze agli assunti impegni di completamento e regolarizzazione urbanistica dei fabbricati accedenti al fondo oggetto del pattuito trasferimento).

46. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 335 ss.

47. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 341.

48. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 341 ss.

Sul punto cfr. ora, anche in senso critico, PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, p. 12 ss.

né definitivamente liberatorio per il debitore⁴⁹, poiché tali effetti derivano unicamente dall'accoglimento della domanda di risoluzione.

In quanto “eccezione sostanziale” – e quindi strumento di immediata incidenza sul rapporto contrattuale, poiché paralizza il diritto dell'altro contraente di chiedere l'adempimento, la risoluzione, il risarcimento del danno – essa oltre che fatta valere mediante una dichiarazione stragiudiziale, può essere opposta direttamente in giudizio all'altro contraente⁵⁰, ed in tal senso si configura come una eccezione di portata più ampia di una mera eccezione di natura processuale⁵¹.

Sul piano della dialettica delle contrapposte posizioni dei contraenti, va segnalato che l'eccezione fatta valere stragiudizialmente non impedisce all'*exicipiens* di domandare succes-

49. Cfr. Cass., 5 maggio 1982, n. 2821, in *Mass. Foro It.*, 1982: l'eccezione di inadempimento «opera nel senso di consentire alla parte adempiente di sospendere la prestazione dovuta finché l'altro contraente non adempia a sua volta, ma non la libera dalla propria obbligazione in via definitiva». A sua volta Cass., 28 marzo 2001, n. 4529, in *Mass. Foro It.*, 2001, ha statuito che «*exceptio inadimpleti contractus*, di cui all'art. 1460, cod. civ., è invocabile, oltre che al fine di paralizzare la domanda di adempimento, anche nei confronti di una domanda di risoluzione del contratto promossa dalla controparte». Secondo Cass., 16 novembre 2000, n. 14865, in *Corr. Giur.*, 2001, 762, anche la violazione delle obbligazioni collaterali di protezione, di informazione, di collaborazione, derivanti dagli artt. 1337, 1338, 1374, 1375, 1175, che si pongono come precondizioni dell'obbligazione principale, legittima l'eccezione ex art. 1460 cod. civ. Per Cass., 15 aprile 2014, n. 8736, in *Giur. It.*, 2014, p. 1058, «il debitore convenuto che si avvalga dell'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., può limitarsi ad allegare l'altrui inadempimento, mentre il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento e ciò anche nel caso in cui si sia eccepito non l'inadempimento dell'obbligazione ma il suo inesatto adempimento, essendo sufficiente che il creditore istante allegghi l'inesattezza dell'inadempimento e gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento».

50. CARNEVALI, op. cit., p. 246, il quale rileva che in questo secondo caso, sempre che l'eccezione sia legittimamente opposta, essa ha lo scopo di paralizzare una domanda giudiziale di adempimento proposta dall'altro contraente, ma serve anche a paralizzare una domanda giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento dell'eccepiente, una diffida ad adempiere o una dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa (in tal senso, in giurisprudenza, cfr. Cass., 28 marzo 2001, n. 4529; Cass., 4 novembre 2009, n. 23345; Cass., 13 luglio 2005, n. 14737; Cass., 12 febbraio 2002, n. 2706; Cass., 5 agosto 2002, n. 11728; Cass., 4 luglio 2002, n. 9517; Cass., 13 aprile 2000, n. 4122; Cass., 11 agosto 1997, n. 7480). Nel caso in cui sia stabilito un termine essenziale (art. 1457, c.c.) a favore dell'altro contraente, l'eccezione impedisce la risoluzione di diritto del contratto alla scadenza del termine stesso perché l'*exicipiens* non può essere considerato inadempiente (BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., p. 47 ss.). Sul punto CARNEVALI, op. cit., p. 247, segnala che nel caso in cui sia stabilito un termine essenziale (art. 1457, c.c.) a favore di uno dei contraenti, quest'ultimo non ha la possibilità di opporre l'*exceptio*, dato che l'inadempimento dell'altro contraente produce *ipso iure* la risoluzione del contratto stesso: va tuttavia rilevato che non pare precluso al contraente a favore del quale il termine è apposto di dichiarare entro tre giorni (art. 1457, comma 2°, c.c.) di volere ugualmente l'esecuzione del contratto e di essere pronto ad adempiere contestualmente all'altro.

51. CARNEVALI, op. cit., p. 246, secondo il quale tale eccezione attribuisce al contraente eccepiente il diritto di sospendere temporaneamente l'esecuzione del contratto, e – trattandosi di un diritto, tipicamente potestativo, al quale l'altro contraente rimane soggetto, a condizione che l'eccezione sia stata legittimamente esercitata – può essere neutralizzato solo con l'esecuzione della prestazione dovuta all'*exicipiens*, e quindi l'eccepiente che rifiuta di eseguire la consegna del bene venduto non cade in mora e non è perciò impedito il passaggio del rischio del perimento del bene secondo le regole generali. Se la prestazione dell'eccepiente diventa impossibile per caso fortuito, pur dopo il rifiuto di adempiere, non si applica l'art. 1221, c.c., e l'eccepiente è liberato dalla sua prestazione con le ulteriori conseguenze stabilite dall'art. 1463, c.c.

sivamente in giudizio la risoluzione del contratto (eventualmente in via riconvenzionale di fronte ad una domanda di adempimento o di risoluzione dell'altro contraente), ovvero di inviare una diffida ad adempiere, oppure di dichiarare di volersi avvalere di una clausola risolutiva espressa, ma nell'immediato rende inesigibile la propria prestazione in attesa dell'adempimento della controparte, ovvero della pronuncia di risoluzione del contratto.

Autorevole dottrina sostiene infatti che ciò «è coerente con l'efficacia della clausola, che serve a "congelare" il rapporto contrattuale (e per questo viene tradizionalmente definita come eccezione "dilatoria") in attesa di vedere se l'altro contraente si decida ad adempiere: l'*exipiens* può, ad un certo momento, perdere interesse ad un sia pur tardivo adempimento dell'altro contraente e optare per la risoluzione del contratto sia in via diretta, sia in via riconvenzionale»⁵².

Il rifiuto di adempiere, se legittimo *ex art.* 1460, ha inoltre effetto preclusivo dell'accoglimento della domanda dell'altro contraente di risoluzione per inadempimento e di risarcimento del danno⁵³, ed impedisce l'operatività della clausola risolutiva espressa⁵⁴.

Il principio di autotutela contenuto nella clausola si esplica dunque in presenza del mero ed oggettivo fatto della mancata esecuzione della controprestazione, che legittima, in capo al contraente *in bonis*, il rifiuto di eseguire la propria prestazione⁵⁵.

Può dunque avvalersi della risoluzione del contratto, giudiziale o stragiudiziale, solo la parte adempiente e non può invocarla il contraente che sia stato, a sua volta, inadempiente⁵⁶ ed ha con il proprio inadempimento dato causa al comportamento oppositivo dell'altra parte, che si è legittimamente astenuta dall'eseguire la propria controprestazione.

52. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 247.

53. Cfr. Cass., 15 dicembre 1985, n. 6347, in *Mass. Foro It.*, 1985; Cass., 11 ottobre 2012, n. 17353, in *Giust. cin. Mass.*, 2012.

54. Cfr. Cass., 13 luglio 1982, n. 4122, in *Mass. Foro It.*, 1982; per Cass., 16 settembre 2013, n. 21115 in *Giust. cin. Mass.*, 2013, «anche quando la parte interessata abbia manifestato la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa, il giudice deve valutare l'eccezione di inadempimento proposta dall'altra parte, attesa la pregiudizialità logica della stessa rispetto all'avverarsi degli effetti risolutivi che normalmente discendono in modo automatico, ai sensi dell'art. 1456 cod. civ., dall'accertamento di un inadempimento colpevole». In dottrina, BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, *cit.*, p. 45 ss., dove è formulata una corrispondente soluzione anche per il termine essenziale.

55. Tale comportamento peraltro rimane legittimo anche se successivamente si accerti che la controprestazione era diventata impossibile per causa non imputabile al debitore, come si desume da Cass., 8 novembre 1984, n. 5639, in *Mass. Foro It.*, 1984, secondo cui si deve «prescindere dalla colpevolezza dell'inadempimento della parte cui viene opposto il rifiuto».

56. Cfr. sul punto Cass., 12 novembre 2013, n. 25427, la quale, in tema di contratto preliminare, ha affermato che l'eccezione di inadempimento – basata sulla mancanza del certificato di abitabilità dell'immobile o della presenza di difformità edilizie sanabili – non può essere proposta qualora risulti che il promissario acquirente era a conoscenza di tale situazione. Secondo la Corte infatti il presupposto dell'obbligo che l'art. 1477, ultimo comma, c.c., pone a carico del venditore (e non del promittente venditore) di consegnare i documenti relativi all'uso della cosa venduta, è che tali documenti siano necessari all'uso della medesima e si trovino in possesso del venditore, il quale, in caso negativo, dovrà curarne la formazione al momento della conclusione del contratto. Ne segue che, in caso di preventiva conclusione del contratto preliminare, è necessario che tali documenti siano acquisiti e consegnati al promissario acquirente all'atto della stipula del contratto definitivo di vendita.

Occorre tuttavia segnalare che la protezione offerta dall'eccezione non è illimitata, proprio perché si tratta di un rimedio «conservativo» del contratto, ma viene a cessare quando la controparte ha fatto venire meno il suo stato di inadempimento, facendo mancare il fondamentale presupposto giustificativo dell'eccezione stessa.

Tale situazione si registra, ad esempio, non solo quando il debitore *sic et simpliciter* adempie, ma anche quando egli si offre di adempiere, mettendo a disposizione della controparte la prestazione, con un'offerta che non deve possedere i medesimi requisiti formali di quella prevista per la messa in mora del creditore⁵⁷.

Sicché fino a quando il contraente adempiente non fa valere il proprio potere di caducazione del contratto (mediante la risoluzione sia essa stragiudiziale, sia essa giudiziale), manifestando quindi interesse alla risoluzione, il contraente inadempiente potrebbe sempre adempiere, ovvero offrire di adempiere.

In tal caso – a fronte della sostanziale acquiescenza, fino a quel momento, del creditore adempiente all'altrui inadempimento – l'eventuale rifiuto di accettare l'adempimento tardivo potrebbe configurarsi come contrario al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e quindi determinare a favore del creditore adempiente un'ipotesi di inadempimento.

5. L'inadempimento reciproco.

Una volta chiarito quale sia il meccanismo mediante il quale, nei reciproci rapporti sinallagmatici, opera tra i contraenti l'eccezione dilatoria nella fase di esecuzione del contratto, occorre esaminare come essa si sviluppi sia dinamicamente sul piano del binomio prestazione – controprestazione, sia sincronicamente, nelle sequenze di svolgimento cronologico dello stesso, dato che l'ambito di applicazione dell'*exceptio* è quello dei contratti a prestazioni corrispettive e, a volte, ad esecuzione istantanea ovvero differita nel tempo.

È infatti frequente il caso in cui una parte, al fine di non voler adempiere alla propria prestazione, strumentalmente sostenga che la controparte sia inadempiente, ovvero in ritardo nell'adempimento, ovvero che l'adempimento effettuato non sia conforme alla regola negoziale a sua tempo pattuita, e che quindi si versi in un caso di inadempimento che legittimerebbe l'esercizio dell'*exceptio* e quindi il proprio rifiuto di adempiere⁵⁸.

57. La giurisprudenza sottolinea che non è sufficiente un'offerta di idonee garanzie, perché l'eccezione è stata in questo caso sollevata di fronte ad un inadempimento, e non di fronte ad un mero pericolo di inadempimento (Cass., 22 marzo 1968, n. 908, in *Rep. Foro It.*, 1968, voce «*Obbligazioni e contratti*», n. 360).

58. Una parte della dottrina, al riguardo, distingue tra inadempimento giustificante (cioè a dire in che cosa deve consistere l'inadempimento di controparte affinché di fronte ad esso la parte possa sollevare l'eccezione) ed inadempimento giustificato (vale a dire in che senso la parte, in ragione dell'eccezione, è legittimata a non adempiere), fermo restando il rilievo che assume in materia il principio di buona fede, unico a sostenere in questo caso il rifiuto di adempiere (ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 920 ss.; A. M. BENEDETTI, *Sub art. 1460*, in *Comm. del cod. civ. dir.* da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, p. 497 ss.; ID., *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, dir. da Busnelli, Milano, 2011, p. 68 ss.

L'ordine cronologico dell'esecuzione delle prestazioni, soprattutto quando esso sia disciplinato in termini di contemporaneità, assume dunque in questa direzione un significativo rilievo.

La regola generale dovrebbe essere quella della successione cronologica dell'ordine delle prestazioni, per cui si dovrebbe in prima battuta ritenere che l'*exceptio* possa anzitutto essere fatta valere dal contraente tenuto ad adempiere per secondo, quando quello obbligato ad adempiere per primo non abbia provveduto; ma l'idea che l'ordine cronologico dettato dalla regola della contemporaneità dell'esecuzione delle prestazioni sia tassativa è stata da tempo abbandonata.

Si ammette pertanto che l'*exceptio* possa essere proposta sia dal contraente che deve adempiere per secondo, quando l'altro contraente obbligato ad adempiere per primo non abbia adempiuto⁵⁹, dato che l'art. 1460 cod. civ. stabilisce che termini diversi per l'adempimento possano essere fissati dalle parti o che possano risultare dalla natura del contratto⁶⁰; sia che l'*exceptio* possa essere attivata anche dal contraente tenuto ad adempiere per primo, nei confronti del contraente tenuto ad adempiere per secondo.

Tale ipotesi, ad esempio, si presenta quando al contraente tenuto ad adempiere per secondo venga notificata la decadenza dal beneficio del termine ex art.1186 cod. civ., ovvero risulti molto probabile che egli non sia in grado di adempiere alla scadenza, come nel caso in cui il contraente tenuto ad adempiere per secondo abbia dichiarato anticipatamente di non volere adempiere. Tale comportamento infatti viene tradizionalmente equiparato all'inadempimento⁶¹.

Una seconda possibile sequenza potrebbe rinvenirsi quando il contraente giustifica il rifiuto della propria prestazione con l'inadempimento dell'altro contraente o con la mancata offerta della prestazione da parte di quest'ultimo, laddove non sarebbe necessario che l'inadempimento altrui (fatto valere dall'*excipiens* per giustificare la sospensione del proprio adempimento) sia un inadempimento totale.

In tal caso infatti si sostiene che il contraente può respingere l'adempimento inesatto (sia sotto l'aspetto qualitativo, sia quantitativo) e quindi rifiutare di eseguire la prestazione a proprio carico, entro il limite del principio della buona fede, in base all'antica regola

59. Cfr. REALMONTE, op. cit. p. 229; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 24; C. M. BIANCA, op. cit., pp. 334-335. In giurisprudenza cfr. Cass., 19 aprile 1996, n. 3713.

60. Cfr. Cass., 4 novembre 2010, n. 22464, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 79, secondo la quale nei contratti a prestazioni corrispettive la possibilità di eccepire, ex art. 1460, 1° comma, c.c., l'inadempimento o l'imperfetto adempimento dell'obbligazione assunta dalla controparte - al fine di paralizzare la pretesa avversaria chiedendone il rigetto - trova un limite nell'ipotesi in cui siano stabiliti termini diversi per l'adempimento in relazione ai diversi contraenti.

61. Cfr. BIGLIAZZI GERI, op. ult. cit., pp. 28-29; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 424 ss. L'orientamento della giurisprudenza in materia: Cass., 14 marzo 2003, n. 3787, in *Contratti*, 2004, p. 446 ss., con nota di SARDO; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, è nel senso di equiparare la dichiarazione di non volere adempiere ad un inadempimento.

dell'*exceptio non rite adimpleti contractus* che equipara l'inesatto adempimento all'inadempimento in senso stretto. Rimane però dubbio se, in presenza di un adempimento inesatto (sotto l'aspetto qualitativo o quantitativo), sia ammissibile un'eccezione parziale d'inadempimento, in ragione della quale il contraente potrebbe operare una riduzione della prestazione da lui dovuta, in misura proporzionale al difetto qualitativo o quantitativo della prestazione ricevuta dall'altro contraente⁶².

L'art. 1460 cod. civ. però consente di esercitare il rifiuto di eseguire la prestazione anche quando l'altro contraente non offre di adempiere contemporaneamente la propria prestazione, ma in tal caso non è richiesta un'offerta formale, ma unicamente un comportamento che (al di fuori del caso in cui l'offerta non sia completa o sia inesatta, per cui se così fosse essa non varrebbe a bloccare l'*exceptio*) consenta all'altro contraente di ricevere la prestazione a lui dovuta, di modo che egli possa in tal modo realizzare l'interesse connesso alla esecuzione in suo favore del rapporto obbligatorio.

6. Onere della prova ed eccezione di inadempimento.

Nel contrasto tra le contrapposte pretese di inadempimento emerge il problema della ripartizione dell'onere della prova tra le parti, poiché ciascuna tenta di far valere il proprio diritto a sospendere l'esecuzione del contratto⁶³.

La questione sorge in particolare qualora venga convenuto in giudizio (per l'adempimento o per la risoluzione) il contraente che in via stragiudiziale ha sollevato l'*exceptio*.

Sul punto una parte della dottrina ha sostenuto che il contraente che si avvale dell'eccezione di inadempimento deve dimostrare il fatto su cui l'eccezione si fonda, cioè l'inadempimento dell'altro contraente⁶⁴, ma la tesi è stata criticata in ragione del fatto che si fonderebbe su un'applicazione meccanicistica dell'art. 2697, comma 2, cod. civ.⁶⁵.

La giurisprudenza invece nel corso del tempo ha mutato il proprio orientamento.

Una prima lettura sosteneva che il regime probatorio dovrebbe essere diverso a seconda che il creditore richieda l'adempimento ovvero la risoluzione.

In questa linea di pensiero si affermava che la parte che chiede la risoluzione del contratto per l'inadempimento di un'obbligazione è tenuta a provare il fatto legittimante la risoluzione, ossia l'inadempimento; laddove, una volta fornita tale prova, spetta al convenuto l'onere di dimostrare di essere immune da colpa.

Si sosteneva infatti che ai fini della ripartizione dell'onere della prova dell'inadempimento, si deve avere riguardo all'oggetto specifico della domanda.

62. Ritengono ammissibile una *exceptio* parziale GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 247 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 351; SACCO, op. cit., p. 682; TAMPONI, op. cit., p. 1536.

63. Cfr., sul punto, PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 320 ss.

64. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 343; TAMPONI, op. cit., p. 1535.

65. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 456.

A differenza del caso in cui si chiede l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato (e cioè l'esistenza del contratto, e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito), nell'ipotesi in cui si domandi la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti, in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza. In tal caso infatti, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento, spetterebbe al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa⁶⁶.

Un diverso e contrapposto indirizzo, seppur minoritario, tendeva invece a ricondurre ad unità il regime probatorio da applicare in riferimento a tutte le azioni previste dall'art. 1453 c.c., e cioè all'azione di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma.

In questa linea di pensiero si affermava che l'azione di risoluzione per inadempimento prevista dall'art. 1453 c.c. – e quelle di adempimento e di risarcimento dei danni contemplate dalla medesima norma – hanno in comune il titolo ed il vincolo contrattuale di cui si deduce la violazione ad opera dell'altro contraente.

Alla parte che tali azioni propone non può, pertanto, addossarsi altro onere, a norma dell'art. 2697 c.c., che quello di provare l'esistenza di quel titolo e, quindi, l'insorgenza di obbligazioni ad esso connesse.

Alla controparte, invece, spetterebbe l'onere della prova di avere adempiuto, salvo che non proponga un'eccezione di inadempimento, nel qual caso dovrà essere l'altro a neutralizzarla, dimostrando il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione a suo carico⁶⁷.

Altro orientamento si fondava, invece, sul rilievo che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale è

66. Cfr. in tal senso Cass., 9 gennaio 1997, n. 124, nel caso di specie, ove si trattava di un contratto di cessione di quote sociali, la Corte ha ritenuto che la mancata stipulazione del contratto traslativo costituisca inadempimento dell'obbligo del venditore di fare acquistare al compratore la proprietà della cosa o il diritto ceduto, sicché, quando tale circostanza risulti certa, non spetta al compratore l'onere di dimostrare le cause del suo verificarsi, ma è il venditore che deve vincere la presunzione di responsabilità sancita dall'art. 1218 c.c. La tesi nel pensiero della Corte trova il proprio sostegno nella valorizzazione della distinzione tra i rimedi congiuntamente previsti dall'art. 1453 c.c., rilevando che si tratta di azioni con le quali vengono proposte domande con diverso oggetto (adempimento, risoluzione, risarcimento del danno). Si osserva che nell'azione di adempimento il fatto costitutivo è il titolo, costituente la fonte negoziale o legale del diritto di credito, sicché la prova che il creditore deve fornire, ai sensi dell'art. 2697, comma 1, deve avere ad oggetto soltanto tale elemento. Al contrario, nell'azione di risoluzione, la domanda si fonda su due elementi: il titolo, fonte convenzionale o legale dell'obbligazione, e l'inadempimento dell'obbligo, sicché la prova richiesta al creditore deve riguardarli entrambi, trattandosi di fatti costitutivi del diritto fatto valere, ai sensi dell'art. 2697, comma 1. Si ritiene infatti irrilevante che l'inadempimento, elevato ad oggetto dell'onere probatorio, sia un fatto negativo, opponendosi che, per costante giurisprudenza, anche i fatti negativi possono essere provati fornendo prova dei fatti positivi contrari.

67. Cass., 5 dicembre 1994, n. 10446.

identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale; così che in entrambi i casi il creditore dovrà provare i fatti costitutivi della pretesa, cioè l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se previsto, il termine di scadenza, e non anche l'inadempimento, mentre il debitore dovrà eccepire e dimostrare il fatto estintivo dell'adempimento⁶⁸.

La Corte di Cassazione, in seguito, con una pronuncia a sezioni unite, ha risolto il ricordato contrasto⁶⁹, affermando la regola secondo cui «in tema di prova dell'inadempimento di

68. Cass., 27 marzo 1998, n. 3232, secondo cui nell'azione di adempimento, di risoluzione ed in quella risarcitoria (che hanno in comune l'elemento costitutivo fondamentale del mancato adempimento) il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, ma non l'inadempimento dell'obbligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto, salvo che non opponga un'eccezione di inadempimento, nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta (nel caso di specie, l'azione era diretta nei confronti di una banca per la mancata consegna di certificati di deposito; la Corte ha stabilito che la prova positiva dell'avvenuta consegna gravava sulla stessa banca debitrice, non potendosi addossare al creditore l'onere della prova negativa del mancato adempimento). La tesi veniva argomentata sul presupposto che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi all'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale. In entrambi i casi, infatti, il creditore dovrà provare i fatti costitutivi della pretesa (cioè a dire l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se previsto, il termine di scadenza, e non anche l'inadempimento, mentre il debitore dovrà eccepire e dimostrare il fatto estintivo dell'adempimento). Secondo la Corte, quando si verte in tema di responsabilità da inadempimento, l'onere della prova della mancata prestazione da parte del debitore non può far carico al creditore, in virtù della cd. «presunzione di persistenza del diritto in relazione ai normali tempi di adempimento». Il debitore, del resto, in quanto parte del contratto, nella cui sfera l'inadempimento si produce, possiede gli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore con la precisazione che la presunzione di persistenza del diritto è operante esclusivamente nell'ambito del vincolo obbligatorio rimasto inadempito. Il creditore che agisce per l'adempimento della prestazione è dunque tenuto unicamente a fornire la prova del rapporto o del titolo dal quale deriva il suo diritto alla prestazione e non anche prova di un fatto negativo qual è il mancato adempimento, poiché quest'ultimo integra il fatto estintivo per eccellenza dell'obbligazione, la cui prova grava sul debitore che l'eccepisce. Tale regola troverebbe dunque la propria giustificazione nella considerazione che le norme devono essere interpretate secondo un criterio di ragionevolezza (cfr. in tal senso anche Cass., 7 febbraio 1996, n. 973), per cui l'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento, in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c., e non soltanto nel caso di domanda di adempimento, con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento, sarebbe dunque, secondo questo indirizzo, conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. In ragione di tale principio (che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione) l'onere della prova dovrebbe essere ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Il ragionamento sarebbe coerente con la regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, e quindi si porrebbe in linea con l'assunto secondo cui si debba ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione.

69. Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, p. 113, con nota di CARNEVALI.

una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento».

Un eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile, secondo la Corte, al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento *ex art. 1460*, in tal caso risultando invertiti i ruoli delle parti in lite.

Il debitore eccipiente infatti si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione, ed anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento⁷⁰.

La Corte di cassazione ha poi espressamente precisato che la regola sul riparto dell'onere della prova vale anche nel caso in cui l'inesatto adempimento sia posto a fondamento dell'eccezione di cui all'art. 1460 cod. civ.⁷¹.

Il ricordato orientamento sembra trovare ulteriore supporto nella tendenza, espressa successivamente dalla giurisprudenza della Corte di cassazione anche in tema di rilevanza officiosa della nullità del contratto, pur a fronte di una originaria domanda di annullamento ovvero di risoluzione⁷², che tende a valorizzare il principio di prossimità della prova nella scelta dei criteri secondo i quali ripartire il relativo *onus probandi*.

7. Il giudizio di proporzionalità dell'inadempimento.

Il fondamento, ed al medesimo tempo, il limite di esercizio del diritto potestativo dell'eccepiente è tuttavia segnato dal principio di buona fede.

70. Nello stesso senso cfr., successivamente, fra le più recenti: Cass., 31 luglio 2015 n. 16214; Cass., 17 giugno 2015, n. 12501; Cass., 20 gennaio 2015 n. 826; Cass., 14 marzo 2014 n. 5952; Cass., 4 luglio 2012, n. 11173; Cass., 15 maggio 2012, n. 7530; Cass., 23 maggio 2011, n. 11290; Cass., 15 luglio 2011 n. 15659; Cass., 28 febbraio 2014 n. 4876.

71. Cass., 10 aprile 2008, n. 9439, così ragionando, però, secondo una voce critica della dottrina, (CARNEVALLI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 253) «chi oppone l'*exceptio* lamentando un adempimento inesatto è il soggetto che si trova nella migliore posizione per dimostrare i difetti dell'adempimento altrui (impiegando una terminologia divenuta corrente, è il più vicino alla prova)».

72. Cfr. Cass. sez. Un. 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass. sez. Un. 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Giur. II.*, 2014, I, p. 70, con nota di PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*.

La formula della norma è del resto assai chiara nel senso che «non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede» in senso oggettivo⁷³; la quale in questo caso si caratterizza come legittimo esercizio delle proprie ragioni, cioè, secondo la giurisprudenza, come comportamento che «non sia determinato da motivi non corrispondenti alle finalità per le quali esso è concesso dalla legge»⁷⁴.

Il rimedio dell'eccezione dilatoria infatti si distingue da quello della risoluzione, perché si fonda sull'altrui inadempimento, ma non produce lo scioglimento del contratto e non necessita, per il suo utilizzo, dei medesimi presupposti soggettivi ed oggettivi.

L'interpretazione della regola, e del principio di buona fede applicato alla stessa, ha trovato un particolare risalto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione⁷⁵, la quale si è formata prevalentemente con riguardo al tema dell'inadempimento inesatto, piuttosto che a quello dell'inadempimento totale, ed è orientata nel senso che la facoltà del debitore di rifiutare la propria prestazione sia subordinata alla gravità dell'inadempimento altrui.

Tale inadempimento, che secondo la formula legislativa dettata dall'art. 1455, c.c., deve essere di non «scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte»⁷⁶, è da valutare sulla base di un criterio di proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, commisurato «non in rapporto alla rappresentazione soggettiva che le parti se ne facciano,

73. Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 468, secondo cui nel caso in cui venga opposta, nei contratti con prestazioni corrispettive, l'eccezione di inadempimento occorre verificare, secondo il principio di buona fede e correttezza sancito dall'art. 1375 c.c., in senso oggettivo, se la condotta della parte inadempiente, avuto riguardo all'incidenza sulla funzione economico-sociale del contratto, abbia influito sull'equilibrio sinallagmatico dello stesso, in rapporto all'interesse perseguito dalla parte, e perciò abbia legittimato, causalmente e proporzionalmente, la sospensione dell'adempimento dell'altra parte.

74. Cfr. Cass., 3 novembre 2010, n. 22353, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce *Contratto in genere*, n. 523; Cass., 21 maggio 2012, n. 8002.

75. Un'autorevole dottrina, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2 ed., 2010, p. 515, che ha attentamente esaminato gli orientamenti della giurisprudenza, ha osservato che negli stessi è possibile scorgere alcune linee di tendenza, in ragione delle quali le Corti fanno impiego di criteri generici, come quello secondo il quale «da parte che oppone l'eccezione può considerarsi in buona fede, secondo la previsione di cui all'art. 1460 c.c., solo se il rifiuto di esecuzione del contratto si traduca in un comportamento che risulti oggettivamente ragionevole e logico, nel senso che trovi concreta giustificazione nel rapporto tra prestazioni ineseguite e prestazioni rifiutate, in relazione ai canoni legali di corrispettività e contemporaneità delle medesime» (Cass., 29 aprile 1982, n. 2708, in *Mass. Foro It.*, 1982; Cass., 27 marzo 2013, n. 7759 in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 968); oppure quello, di matrice più restrittiva (Cass., 8 settembre 1986, n. 5459, in *Mass. Foro It.*, 1986), per cui «il giudice deve valutare il comportamento della parte contraente per stabilire quando il rifiuto di adempiere, in relazione alla disciplina delle obbligazioni e dei contratti (artt. 1175, 1366, 1375 cod. civ.), sia strumento per la tutela del proprio diritto ovvero mezzo per mascherare la propria inadempienza»; sul punto cfr. anche P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit., vol. 3, p. 2123.

76. Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 468; Cass., 3 luglio 2000, n. 8880, in *Riv. not.*, 2001, 242; Cass., 5 marzo 1984, n. 1530; Cass., 8 luglio 1981, n. 4486; nel senso della necessaria gravità dell'inadempimento quale presupposto per la valida opposizione dell'eccezione prevista dall'art. 1460, comma 2°, c.c., cfr. anche Cass., 7 maggio 1982, n. 2843; Cass., 24 febbraio 1982, n. 1182; Cass., 4 dicembre 1981, n. 6441; Cass., 21 febbraio 1979, n. 1123.

ma in relazione alla oggettiva proporzione degli inadempimenti stessi, riguardata con riferimento all'intero equilibrio del contratto ed alla buona fede»⁷⁷.

Qualora nei contratti con prestazioni corrispettive le parti si imputino reciproche violazioni delle regole contrattuali, il giudice, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento, è tenuto a formulare un giudizio di comparazione in merito al comportamento complessivo delle parti, al fine di stabilire se – e quale di esse – si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti, da ascrivere a causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma contrattuale.

Il giudice, in tal senso, non può isolare singole condotte di una delle parti per stabilire se costituiscano o meno motivo di risoluzione, a prescindere da ogni altra ragione di doglianza della controparte, ma deve, invece, procedere alla valutazione sinergica del comportamento di entrambi i contraenti, attraverso un'indagine globale ed unitaria dell'intero loro agire, perché l'unitarietà del rapporto obbligatorio a cui ineriscono tutte le prestazioni inadempite non tollera una valutazione frammentaria e settoriale della condotta dei singoli contraenti, ma esige un apprezzamento complessivo, anche in difetto di una formale eccezione ai sensi dell'articolo 1460 cod. civ.⁷⁸.

La giurisprudenza, infatti, enuclea il principio di proporzionalità affermando la regola secondo cui, nel caso in cui venga sollevata l'eccezione di inadempimento, il giudice è chiamato a svolgere una valutazione comparativa degli opposti inadempimenti, avendo riguardo anche alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse⁷⁹.

77. Cass., 8 gennaio 2010, n. 74, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce *Contratto in genere*, n. 525.

78. Cass., 4 maggio 2016, n. 8912; Cass. 15 giugno 2015, n. 12410; Cass. 15 giugno 2016, n. 12410; Cass. 9 gennaio 2013, n. 336; Cass. 5 giugno 2012, n. 9046; Cass. 7 marzo 2001, n. 3341.

79. Cfr. Cass. 9 giugno 2010, n. 13840, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce *Contratto in generale*, n. 504, (in un caso in cui il giudice del merito aveva dichiarato risolto per inadempienze reciproche, reputate equivalenti, il contratto di locazione di un bar, con annesso laboratorio di pasticceria, rispetto al quale, nello svolgimento del relativo rapporto, il conduttore lamentava l'inidoneità dei locali e delle macchine all'uso pattuito ed il locatore la morosità nel pagamento dei canoni, chiedendo entrambe le parti la risoluzione del contratto medesimo) ha stabilito il principio secondo cui «nei contratti con prestazioni corrispettive, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento in caso di inadempienze reciproche, il giudice di merito è tenuto a formulare un giudizio - incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato - di comparazione in merito al comportamento complessivo delle parti, al fine di stabilire quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi ed all'oggettiva entità degli inadempimenti (tenuto conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche e soprattutto degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite e della incidenza di queste sulla funzione economico-sociale del contratto), si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma contrattuale; in difetto di prova sulla causa effettiva e determinante della risoluzione, il giudice non potrà dichiarare risolto il vincolo contrattuale per inadempienze equivalenti delle parti, ma dovrà limitarsi al rigetto di entrambe le domande per l'insussistenza dei fatti giustificativi posti a sostegno di esse».

In tal modo priorità cronologica, causalità (nel senso di successione causale tra inadempimenti) e proporzionalità (cioè obiettiva consistenza dell'inadempimento in relazione all'incidenza sull'equilibrio sinallagmatico), divengono i principali parametri mediante i quali deve essere valutato l'inadempimento prevalente.

Il giudice, pertanto, qualora rilevi che l'inadempimento della parte, nei cui confronti è opposta l'eccezione, non sia grave ovvero sia di scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c., deve ritenere che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia in buona fede e, quindi, non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c.⁸⁰.

La nozione di buona fede sembrerebbe quindi servire per dare ingresso ad una valutazione di proporzionalità tra l'inadempimento e l'eccezione, al fine di valutare la sostanziale comparabilità delle prestazioni ineseguite e di quelle rifiutate in via di eccezione, dando così luogo a quello che la giurisprudenza chiama il «giudizio di proporzionalità dell'inadempimento»⁸¹.

In questa prospettiva diventa rilevante l'intervento del giudice⁸², poiché egli è chiamato a svolgere un controllo ed una valutazione di tipo «comparativo» degli opposti inadempimenti, nell'ambito della quale deve avere riguardo, non soltanto all'elemento cronologico dei rispettivi inadempimenti, ma, come detto, al fondamentale criterio di proporzionalità degli stessi rispetto alla causa in concreto del contratto.

In tal senso il giudice deve ponderare quale sia stata, tenuto conto degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite, della durata del loro protrarsi nel tempo, l'oggettiva e rispettiva entità degli inadempimenti sull'equilibrio tra le contrapposte prestazioni in relazione ai singoli e concreti interessi di ciascuna parte, e quindi con riguardo alla concreta funzione di scambio rimasta inattuata.

80. Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Rep. Foro It.*, la quale ha affermato il principio con riguardo ad un caso di vendita di un immobile e di modifica di un muro perimetrale della cantina e dell'autorimessa tali da far divergere il disegno finale dalla planimetria catastale allegata al preliminare. In tal caso la Corte ha escluso la gravità dell'inadempimento tale da giustificare l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.

81. Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Giust. civ.*, 2013, I, 968, secondo la quale la verifica sulla configurabilità della buona fede ex art. 1460, comma 2°, c.c., va effettuata sull'esistenza del grave inadempimento della controparte e sulla conseguente necessaria comparazione tra gli opposti inadempimenti, avuto riguardo per lo più alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto.

82. Cfr. ad esempio Cass., 23 marzo 2012, n. 4709, in *Rep. Foro It.*, 2012, voce *Contratto in genere*, n. 612, la quale ha sostenuto che la valutazione della gravità dell'inadempimento contrattuale è sempre rimessa all'esame del giudice di merito ed è incensurabile in Cassazione se la relativa motivazione risulti immune da vizi logici o giuridici (nel caso di specie la sentenza impugnata, confermata dalla Corte di cassazione, ha ritenuto giustificata l'eccezione d'inadempimento sollevata dal lavoratore che, pur contestando il trasferimento di cui era stato fatto oggetto in ragione della natura deteriorata delle mansioni affidategli, aveva ugualmente lavorato nella nuova sede per oltre un mese, fino a che, per la ritenuta e poi giudizialmente accertata insussistenza delle ragioni poste a base del trasferimento stesso, si era rifiutato di eseguire la prestazione nella nuova sede e nelle nuove funzioni, mettendosi a disposizione del datore); Cass., 8 gennaio 2010, n. 74, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce *Contratto in genere*, n. 525, secondo cui l'eccezione di inadempimento postula la proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, la cui valutazione rientra nei compiti del giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se assistita da motivazione sufficiente e non contraddittoria.

Con la conseguenza che, all'esito di tale giudizio – in presenza di una valutazione del giudice che ritenga che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave, ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c. – deve ritenersi che il rifiuto di adempimento, di colui che ha mosso l'eccezione, non sia conforme a buona fede e, quindi, non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c., comma 2°. L'eccezione, pertanto, risulterà soccombente nel giudizio di risoluzione con le relative conseguenze⁸³.

Questo orientamento, oramai costante e consolidato, viene però in parte criticato da chi ritiene che debbano essere tenuti distinti il piano della gravità dell'inadempimento da quello dell'eccezione di inadempimento, poiché, anche secondo l'opinione di una parte seppur minoritaria della giurisprudenza⁸⁴, la gravità dell'inadempimento funge da limite alla domanda di risoluzione del contratto, mentre il rifiuto di adempiere *ex art.* 1460 c.c. tende, all'opposto, a salvaguardare l'interesse all'adempimento del contratto, con la conseguenza che scarsa importanza dell'inadempimento e contrarietà a buona fede non sono concetti tra loro identificabili in termini assoluti.

La valutazione comparativa potrebbe però condurre ad un esito diverso da quello che addebita ad una parte la responsabilità per l'inadempimento e la conseguente risoluzione, poiché nel bilanciamento degli interessi in conflitto, il giudice potrebbe reputare equivalenti gli inadempimenti reciproci, con il risultato di rigettare entrambe le domande

83. Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Giust. civ.*, 2013, I, 968; nello stesso senso cfr.: Cass., 6 luglio 2009, n. 15769; Cass., 16 maggio 2006, n. 11430; Cass., 3 luglio 2000, n. 8880; Cass., 3 febbraio 2000, n. 1168; Cass., 27 settembre 1999, n. 10668; Cass., 22 gennaio 1985 n. 250; Cass., 5 marzo 1984 n. 1530; Cass., 7 maggio 1982 n. 2843; Cass., 8 luglio 1981 n. 4486.

84. Cass., 13 febbraio 2008, n. 3472, secondo cui il «grave inadempimento» che giustifica la risoluzione si distinguerebbe dalla buona fede, prevista in relazione all'eccezione di inadempimento, perché il primo e più rigoroso requisito si lega alla natura radicale e definitiva della risoluzione, mentre la seconda, determinando soltanto la sospensione temporanea dell'esecuzione del contratto e tendendo a salvaguardare l'interesse positivo all'esatto adempimento, si riferirebbe esclusivamente al mero pretesto o all'abuso. Secondo la Corte l'interesse all'esatto adempimento sarebbe tutelato, *ex art.* 1372, c.c., in maniera più intensa rispetto all'interesse alla risoluzione del contratto, e per tale ragione non sarebbe soggetto al limite rigoroso della non scarsa importanza, quanto piuttosto al limite della buona fede in senso oggettivo, con la conseguenza che – fermo restando il rilievo della non scarsa importanza dell'inadempimento al fine di valutare la rispondenza a buona fede del rifiuto della prestazione – si deve in ogni caso ritenere che il concetto di buona fede e quello di non scarsa importanza non sono coincidenti, né è possibile istituire tra essi un rapporto di implicazione, in ragione del quale la buona fede implicherebbe la scarsa importanza dell'inadempimento; nello stesso senso Cass., 26 gennaio 2006, n. 1690. In dottrina si osserva che la gravità dell'inadempimento non costituisce un presupposto necessario dell'eccezione di inadempimento ma, esclusivamente, una delle possibili circostanze da valutarsi ai fini del giudizio di conformità a buona fede (cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Eccezione di inadempimento*, cit., p. 342), e si sostiene che è contrario a buona fede il rifiuto dell'adempimento quando ciò comporta per l'altro contraente conseguenze eccessivamente gravose o può pregiudicare interessi inerenti alla persona dell'altro contraente e perciò di rango superiore all'interesse economico (così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 349), oppure quando l'inadempimento dell'altro contraente sia imputabile a ragioni scusabili ovvero il creditore vi abbia in ogni caso prestato acquiescenza (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 4^a ed., II, Padova, 2000, p. 574).

(principale di risoluzione per inadempimento dell'attore e riconvenzionale, del pari di risoluzione, del convenuto), dichiarando così risolto il contratto.

In questo caso, secondo una giurisprudenza consolidata, il giudice, pur escludendo che si tratti di una ipotesi di risoluzione consensuale del contratto, respinge sia la domanda di risoluzione dell'attore, sia quella analoga proposta in via riconvenzionale dal convenuto e risolve il contratto per impossibilità di esecuzione sul presupposto che entrambe le parti hanno deciso di non darvi esecuzione⁸⁵.

Può inoltre presentarsi il caso in cui, in presenza di reciproche domande di risoluzione, il giudice ritenga che nessuna delle violazioni nell'esecuzione del contratto, dedotte come fattispecie di inadempimento, dia luogo a tale ipotesi. Egli allora, non potendo pronunciare la risoluzione per colpa di una delle parti, dovrebbe secondo un orientamento escludere la pronuncia di risoluzione del contratto, limitandosi a dare atto dell'impossibilità di esecuzione del contratto per effetto della scelta (*ex art. 1453 2° comma*) di entrambi i contraenti di non eseguirlo, e decidere di conseguenza quanto agli effetti risolutivi di cui all'art. 1458 c.c.⁸⁶.

85. Cass. 19 dicembre 2014, n. 26907, in *Contratti*, 2015, 569, con nota di IORIO, secondo la quale qualora un contraente richieda la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, ed il contraente asseritamente inadempiente richieda anch'esso una pronuncia di risoluzione - pur attribuendo l'inadempimento all'altra parte - si verifica la risoluzione del contratto, poiché le due contrapposte manifestazioni di volontà, pur non determinando un accordo negoziale di natura risolutoria, come invece accade nell'ipotesi del mutuo consenso, in quanto muovono da premesse contrastanti - sono tuttavia dirette all'identico scopo dello scioglimento del contratto del quale il giudice non può non prendere atto; Cass. 26 luglio 2011, n. 16317, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Contratto in genere*, n. 431, che - in un caso in cui il contraente aveva comunicato la propria dichiarazione di recesso, con contestuale richiesta di restituzione della somma versata a titolo di anticipo, ovvero di caparra, e di rimborso delle spese sostenute, ed il contraente asseritamente inadempiente, a sua volta, aveva comunicato anch'esso la volontà di recedere, pur attribuendo l'inadempimento all'altra parte, e la disponibilità alla restituzione delle somme richieste - ha reputato che si verificasse la risoluzione del contratto. Secondo la Corte infatti le due dichiarazioni di recesso, pur non dando luogo ad una ipotesi di risoluzione consensuale, sono tuttavia dirette all'identico scopo dello scioglimento del contratto e della restituzione delle somme versate, con la conseguenza che resta preclusa la domanda di adempimento successivamente proposta da uno dei contraenti; Cass. 9 giugno 2010, n. 13840, cit. In senso critico verso questo orientamento v. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2014, 4^a ed., p. 245, nota 312.

86. Cass. 18 maggio 2005, n. 10389, in *Rep. Foro It.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 612, ha affermato il richiamato principio in un caso di contratto di locazione, nel quale il giudice del merito aveva escluso tanto la colpa del locatore nel difetto di manutenzione della cosa locata, perché i danni alla cosa provenivano da proprietà di terzi, quanto la colpa del conduttore, che aveva sospeso il pagamento dei canoni a causa della denunciata inidoneità sopravvenuta dell'immobile; Cass. 24 novembre 2000, n. 15167, *ivi*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 579; Cass. 4 aprile 2000, n. 4089, *ivi*, 2000, voce *cit.*, n. 580. Con riguardo a questo orientamento si è osservato (CARNEVALI, *op. cit.*, 118) - che se l'orientamento che fa capo alla "manifestazione di volontà di entrambe le parti di non eseguirlo", per un verso, sembra indice del fatto che i giudici vedono nelle contrapposte domande di risoluzione un *contrarius consensus* che porta allo scioglimento del contratto (art. 1372, comma 2, cod. civ.), per un altro, che esso è spinto dall'intento di non mantenere in essere un contratto di cui ambedue le parti domandano la risoluzione - ciò nonostante considerare la domanda di risoluzione per inadempimento una manifestazione di consenso allo scioglimento del contratto è tuttavia una forzatura. Forzatura la quale rinviene

8. L'eccezione di «insicurezza».

Il «mutamento delle condizioni patrimoniali» di cui all'art. 1461, c.c., ricorre quando, per la parte che deve ancora adempiere, si presenta il rischio oggettivo e concreto che, una volta effettuata la propria prestazione, essa non abbia poi a ricevere quella della controparte.

Tale situazione è però qualcosa di diverso dal concetto di «insolvenza» (di cui fa invece menzione sul piano del diritto civile l'art. 1186, c.c., e sul piano del diritto fallimentare l'art. 5, l. fall., r.d. 16 marzo 1942, n. 267), a conferma della circostanza che l'ordinamento ha predisposto due differenti rimedi a fronte di due differenti situazioni da disciplinare. L'*insolvenza* di cui all'art. 1186, c.c. produce la immediata esigibilità della controprestazione (e quindi il contraente creditore può subito servirsi, in caso di mancata esecuzione, dei rimedi sinallagmatici).

Il peggioramento della *condizione economica dell'altro contraente* (art. 1461, c.c.) deve avere come conseguenza il pericolo oggettivo (secondo la formula legislativa «evidente»), concreto, presente ed attuale di perdere la controprestazione e prescinde dalla sua imputabilità o meno alla parte, e non può essere attuato se dipende dalla mera cattiva volontà dell'obbligato, o da condizioni patrimoniali dello stesso esistenti già al momento della conclusione del contratto⁸⁷.

La ricostruzione dei contenuti del criterio di riferimento impiegato dalla norma, che si presenta incerto e sfumato, è stato tentato dalla giurisprudenza, la quale tuttavia non è riuscita ad individuare linee interpretative certe, così che l'orientamento della stessa appare più affidato alla casistica che a criteri di giudizio generali ed astratti.

Le Corti pertanto si sono limitate a stabilire, ad esempio, che per la sussistenza della situazione di pericolo non è sufficiente né un mero timore soggettivo che la controparte non possa eseguire la sua prestazione⁸⁸, né che la controparte abbia debiti verso terzi

ulteriore fondamento nella circostanza che, in ragione del principio processuale della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, nel momento in cui le parti allegano inadempimenti reciproci e li pongono a fondamento delle loro contrapposte domande di risoluzione, il giudice non può pronunciare la risoluzione del contratto per un *contrarius consensus* o fondandola sulla impossibilità della sua esecuzione, perché in tal modo supererebbe violando il suddetto principio di corrispondenza, così che, in presenza di inadempimenti insussistenti o in ogni caso privi del requisito della gravità, le contrapposte domande di risoluzione per inadempimento dovrebbero essere rigettate in quanto infondate.

87. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 925 osserva che il mutamento delle condizioni patrimoniali rileva nella sua oggettività sia o non sia essa imputabile alla parte, e che il mutamento a rigore deve essere sopravvenuto dopo la conclusione del contratto, poiché se esso fosse anteriore (e la parte che la ignorava ne fosse venuta a conoscenza solo dopo la conclusione) il rimedio esperibile sarebbe quello dell'annullabilità per errore, laddove la giurisprudenza, al contrario, per poter accordare alla parte una tutela più immediata ed agevole, riconosce il rimedio anche in tale caso; sul punto cfr. anche CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 247, nota 314.

88. Cass., 3 dicembre 1993, n. 12011.

non soddisfatti alla scadenza⁸⁹; laddove il pericolo di non ricevere la controprestazione sarebbe rinvenibile, oltre che nella esistenza di protesti cambiari e di procedure esecutive in capo alla controparte⁹⁰, anche nella possibilità che la controparte possa fallire⁹¹, ovvero che il bene promesso in vendita possa essere rivendicato da parte di terzi⁹², oppure nella dichiarazione anticipata di non volere adempiere⁹³, oppure nel subentro in un contratto per persona da nominare di una persona che risulti poco attendibile dal punto di vista patrimoniale⁹⁴.

Con la conseguenza che, come ha rilevato autorevole dottrina, «se proprio si vuole proporre un criterio di carattere generale e astratto, da valere in linea di massima, pare condivisibile quella tesi – accolta anche da due sentenze di legittimità – che richiama il sopravvenire di circostanze incidenti sulla consistenza sia quantitativa, sia qualitativa del patrimonio dell'altro contraente, tali da creare una situazione di pericolo avente punti di contatto con quell'*eventus damni* che consente il ricorso alle azioni conservative della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. È superfluo precisare che tale mutamento delle condizioni patrimoniali rileva nella sua oggettività, senza necessità che sia dovuto ad una colpa del contraente che lo subisce»⁹⁵.

La funzione del rimedio consiste dunque nel prevenire possibili adempimenti dannosi per la parte non inadempiente, in presenza del rischio di inadempimento della propria controparte e determina solo una sospensione dell'esecuzione del contratto, con la conseguente paralisi del rapporto obbligatorio sottostante.

Il rimedio infatti è diretto a preservare la parte eccipiente da un'esecuzione che potrebbe rivelarsi rischiosa, alla luce delle condizioni patrimoniali in cui versa la controparte al momento in cui l'eccipiente dovrebbe eseguire la propria prestazione, per il pericolo di non ricevere la controprestazione.

L'eccezione, al pari di quella di inadempimento, rappresenta un rimedio disponibile ad opera della parte, esperibile sia in via giudiziale, sia stragiudiziale, ma non rilevabile d'ufficio, e quindi la parte che se ne avvale deve provare tutti gli elementi di fatto che ne costituiscono il fondamento, poiché diversamente dal rimedio della decadenza del debitore dal beneficio del termine (disciplinato dall'art. 1186, c.c.) che presuppone l'insolvenza della controparte, l'eccezione dilatoria può essere fatta valere qualora sussista «l'evidente pericolo» del conseguimento della controprestazione.

89. Cass., 4 agosto 1988, n. 4835.

90. Cass., 15 maggio 2002, n. 7060, in *Arch. civ.*, 2003, p. 349, in caso di pubblicazione nel bollettino dei protesti del nome del contraente in difficoltà economica.

91. Cass., 22 giugno 1994, n. 5979; Cass., 18 maggio 1982, n. 3072, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 905.

92. Cass., 26 gennaio 1985, n. 402; Cass., 18 maggio 1982, cit.

93. Cass., 19 aprile 1996, n. 3713, in *Foro It.*, 1996, I, 2389.

94. Cass., 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Giur. It.*, 2000, 736.

95. CARNEVALI, op. cit., p. 257.

Tant'è che diverso è l'effetto dell'uno e dell'altro strumento: nell'art. 1186, c.c. il fine perseguito dalla norma è quello di ottenere l'immediata esigibilità della controprestazione⁹⁶; nell'eccezione dilatoria è quello di produrre una «sospensione dell'adempimento da parte del creditore», in attesa che venga meno il pericolo causato dal deterioramento delle condizioni economiche del debitore⁹⁷.

L'eccezione di inadempimento è dunque classificabile come rimedio successivo all'inadempimento.

L'eccezione di insicurezza, invece, è inquadrabile come rimedio preventivo dell'eccezione che tema, una volta adempiuto, di non ricevere in seguito la controprestazione dalla controparte.

L'eccezione di insicurezza giustifica, una volta fatta valere, la sospensione dell'adempimento, e l'eccezione non è tenuto ad eseguire la propria prestazione, eliminando, così, il rischio di vedersi considerare inadempiente, anche ai fini di eventuali richieste di controparte. Inoltre secondo l'opinione della più recente giurisprudenza, fortemente osteggiata dalla dottrina⁹⁸, il creditore che intenda avvalersi del rimedio «non ha l'onere di avvisare la controparte»⁹⁹.

Il contratto però non può essere risolto fino a quando l'inadempimento di controparte, al momento di attivazione dell'eccezione solo possibile seppure molto probabile, non sia divenuto definitivo, importante e imputabile alla controparte.

La sospensione della prestazione è di regola totale, ed è destinata a rientrare quando viene meno il pericolo dell'inadempimento di controparte; può essere compatibile, tuttavia, con l'esecuzione di quelle prestazioni accessorie o secondarie che non sono poste in rapporto di reciprocità rispetto alla «controprestazione» di controparte, o che, comunque,

96. Chiedendo l'immediata esecuzione della prestazione, il creditore può subito cancellare il rischio di insolvenza, fermo restando che se il debitore non esegue subito il creditore potrà eccepire l'inadempimento ex 1460 c.c. o agire in risoluzione: sull'art. 1186 si veda per tutti BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 144 ss. (che colloca tale rimedio tra i mezzi di difesa preventivi del pericolo di insolvenza) e DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1994, p. 224 ss.

97. Cfr. CARNEVALI, op. cit., p. 256; la natura tipicamente sospensiva del rimedio è sottolineata anche da ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., p. 33.

98. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, X, in *Tratt. dir. priv. dir. da Rescigno*, 2ª ed., Torino, 1995, p. 620; CARNEVALI, op. cit., p. 260, per il quale le regole della correttezza (art. 1175, c.c.) impongono di tenere conto anche degli interessi del contraente nei cui confronti viene fatta valere l'eccezione dilatoria, e poiché non vi è nessun obbligo per il contraente adempiente di fare ricorso a questa eccezione, sarebbe giusto che l'altro contraente sia messo in grado di conoscere quali sono le determinazioni del primo, e ciò sia allo scopo di dimostrare l'inesistenza di una presunta situazione di difficoltà finanziaria o il superamento di essa, sia per predisporre le opportune garanzie a favore dell'eccezione, sia per sapersi regolare nell'assumere con i terzi eventuali impegni connessi all'esecuzione del contratto sospeso. Ne segue, secondo questa ricostruzione, che l'omissione di qualsiasi preventiva notizia non renderà illegittima l'eccezione del contraente adempiente, ma potrà avere conseguenze di carattere risarcitorio.

99. Cass., 10 agosto 2007, n. 17632.

possono rivelarsi funzionali a far sì che il contratto – dopo la parentesi sospensiva – possa proseguire normalmente nella sua esecuzione.

La fattispecie, come risulta dal sintetico quadro delineato, ha funzione cautelare e sospensiva del proprio adempimento, e quindi dell'esecuzione, da parte di colui che eccipisce il mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente e pertanto vuole che l'esecuzione del contratto, da parte sua, venga sospesa.

Contratto che pertanto rimane in vita fino a quando dall'interessato non venga fatto valere il diritto alla sua risoluzione.

Va infatti ancora segnalato che, come osserva autorevole dottrina, «se, dopo un periodo di eclisse, le condizioni del debitore ritornano buone, la sospensione della controprestazione non ha più ragion d'essere, e deve cessare»¹⁰⁰.

La differenza tra le due figure è dunque netta: l'eccezione di inadempimento spetta al contraente che non sia chiamato ad adempiere per primo (per contrastare con la mancanza del proprio adempimento l'altrui inadempimento); la sospensione dilatoria è accordata al contraente che debba adempiere per primo (al fine di evitare di non ricevere l'altrui controprestazione).

Sicché i due rimedi «non possono competere contemporaneamente allo stesso contraente»¹⁰¹, solo la risoluzione infatti determina la caducazione degli effetti del contratto con efficacia retroattiva (art. 1458, c.c.), e quindi solo questa può consentire alla parte di considerare definitivamente estinte le proprie obbligazioni.

9. (Segue). La prestazione di idonea garanzia.

L'eccezione di insicurezza può essere paralizzata, oltre che mediante l'adempimento perfino anticipato della propria prestazione, anche, secondo quanto prevede l'art. 1461 c.c., mediante la prestazione di una "idonea garanzia", la quale non deve rispondere a particolari requisiti formali o sostanziali, purché, ovviamente, produca l'effetto tipico richiesto dalla norma: assicuri il futuro adempimento dell'obbligazione assunta.

In tal senso si ritiene sufficiente che la garanzia sia idonea allo scopo – indipendentemente dalla natura reale o personale del vincolo, ovvero del tipo contrattuale del quale la parte intende servirsi, o della formula impiegata per assicurarla.

Il debitore deve pertanto, in concreto, prestare assicurazioni tali che il mutamento delle sue condizioni patrimoniali non metterà in ogni caso in pericolo per la controparte il futuro adempimento della sua obbligazione.

L'offerta di idonea garanzia, poiché è un comportamento necessitato per la realizzazione dell'interesse dell'offerente, può ritenersi assimilabile al disposto dell'art.

100. SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, p. 683.

101. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 617.

1179 c.c., nella parte in cui stabilisce che, chi è tenuto a prestare una idonea garanzia, può sceglierne una reale o personale, ovvero un'“altra sufficiente cautela” purché essa sia in grado di neutralizzare il pericolo prodotto dal mutamento delle altrui condizioni patrimoniali.

Il principio di tutela espresso dalla formula “idonea garanzia” si esplica però non solo sul piano della oggettiva efficacia degli strumenti posti a presidio del futuro conseguimento della prestazione, ma anche diverso, ma concorrente e speculare, piano “dell'evidente pericolo di conseguimento della controprestazione”.

In tal senso possono valere gli stessi criteri che da tempo sono posti a tutela della posizione del presunto insolvente nella disciplina della crisi d'impresa, e quindi il debitore potrà paralizzare l'eccezione di insicurezza dando prova che non versa in una situazione patrimoniale deteriore rispetto a quella esistente all'atto della conclusione del contratto, e che quindi non versa né in una situazione di insolvenza, né di difficoltà attuale o prospettica (e quindi con riferimento all'eventuale momento in cui egli avrebbe dovuto effettuare la prestazione) di impossibilità o mera difficoltà ad adempiere.

Allo stesso tempo il parametro di riferimento e di valutazione che fa leva sull'originaria consistenza patrimoniale del contraente potrà servire quale metro di misura dell'esistenza o meno di un mutamento *medio tempore* intervenuto, poiché se, all'atto della conclusione del contratto, il debitore aveva già offerto, ovvero prestato, idonea garanzia del suo adempimento, il successivo deterioramento delle sue condizioni dovrà essere ritenuto inidoneo a giustificare una proposizione dell'eccezione sospensiva, a meno che la garanzia a suo tempo offerta, o prestata, risulti venuta meno, elisa, ovvero divenuta insufficiente, ma allora per evitare il prodursi dell'effetto sospensivo, potrà essere sostituita ovvero reintegrata, e unicamente in mancanza di tale integrazione o sostituzione potrebbe ritenersi avverato il presupposto per l'operare dell'eccezione di sospensione.

La prestazione di idonea garanzia acquista dunque valore e funzione paralizzante dell'eccezione di sospensione, il cui effetto legale tipico viene meno, e la parte deve procedere con il proprio adempimento, a meno che non assuma l'inidoneità della garanzia medesima e quindi insista nel fare valere il proprio diritto alla sospensione dell'esecuzione della prestazione.

È evidente che, in tale situazione, se nessuna delle parti in conflitto recede dall'esercizio dei rispettivi poteri interdittivi, che le singole norme le riconoscono nella dialettica delle contrapposte pretese, vengono a configgere due diverse eccezioni, e quindi la parte che deve ricevere la prestazione ad opera dell'*exicipiens* potrà invocare a sua volta l'eccezione di inadempimento per contrastare la persistenza dell'effetto sospensivo che potrà sostenere essere privo di un giusto titolo, ovvero potrà direttamente agire con la domanda di risoluzione del contratto, con il riproporsi del tema, di cui si è già sopra discusso, della valutazione proporzionale, ad opera del giudice, degli inadempimenti reciprocamente asseriti e fatti valere dalle parti.

10. L'eccezione “*solve et repete*”.

L'art. 1462 c.c. stabilisce il principio secondo cui una delle parti del contratto non può opporre all'altra eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta: è la cd. clausola “*solve et repete*”, che viene tradizionalmente inclusa tra gli strumenti di autotutela privata¹⁰².

La regola non contemplata nel precedente codice civile del 1865, ma già all'epoca ampiamente diffusa nella pratica commerciale soprattutto nei contratti di locazione immobiliare e di somministrazione, è stata introdotta dal legislatore italiano nel codice civile italiano del 1942, superando le antiche dispute¹⁰³ tra coloro che ne affermavano natura ed efficacia sostanziale (quale forma di rinuncia convenzionale ad opporre eccezioni) e quelli che ne sostenevano, di contro, quella meramente processuale (come possibile condanna con riserva di successivo esame delle eccezioni)¹⁰⁴.

La natura sostanziale della clausola è oggi riconosciuta¹⁰⁵ ed affermata anche dalla giurisprudenza, secondo la quale la disciplina del *solve et repete*, se ha indubbie conseguenze nel campo del processo, ha, però, un contenuto fondamentale di diritto sostanziale, come è reso manifesto non solo dalla collocazione della norma nel codice civile, ma soprattutto dagli interessi che essa tutela (cioè assicurare al creditore il soddisfacimento della sua pretesa, senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore)¹⁰⁶.

Con la formula “*solve et repete*”, e la regola che la contiene, si vuole dunque indicare che il contraente non può opporre alcun tipo di eccezioni al fine di non eseguire, ovvero

102. CARNEVALLI, op. cit., p. 262, osserva che l'inserimento nel quadro degli strumenti di autotutela contrattuale deriva da un passo della Relazione di accompagnamento al codice civile italiano (cfr. Relazione al libro delle obbligazioni, n. 130). La *ratio* unitaria delle tre ipotesi di esclusione di efficacia della clausola (nullità, annullabilità, rescissione) andrebbe rinvenuta secondo la Relazione al codice civile (n. 662) nella circostanza che la produzione dei loro effetti inciderebbe sia sul contratto, sia sulla clausola, determinandone la caducazione (cfr. però le critiche sul punto di BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 90, nota 2, e di MIRAGLIA, voce *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pp. 1257-1258); sul punto cfr. anche LECCESE, *Clausola del solve et repete*, Milano, 1998.

103. Per l'esame delle varie posizioni cfr. A. DALMARTELLO, voce “*Solve et repete (patto o clausola del)*”, in *Non. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, pp. 854-855; POLETTI, *Sub art. 1462*, in *Comm. del cod. civ. dir.* da E. GABRIELLI, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, IV, p. 524.

104. La giurisprudenza (Cass., 14 dicembre 1994, n. 10697, in *Rep. Foro It.*, 1994, voce *Contratto in genere*, n. 497), riconosce che la clausola “*solve et repete*”, ha un contenuto fondamentale di diritto sostanziale. Si osserva infatti che, in relazione alla collocazione della disposizione citata e, soprattutto, agli interessi tutelati (garantire al creditore di una prestazione il soddisfacimento del suo diritto senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore), essa realizza la sua funzione anche se l'adempimento avviene nel corso del giudizio e per effetto di un provvedimento giurisdizionale non definitivo (nella specie, decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo); conseguentemente, il preventivo adempimento non è qualificabile come presupposto processuale e l'eccezione o la domanda riconvenzionale potenzialmente colpite dall'operare della clausola possono essere esaminate quando, sia pure nel corso del giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento del diritto.

105. Cfr. POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., p. 527.

106. Cass., 27 febbraio 1995, n. 2227

di ritardare, la propria prestazione, poiché deve prima adempiere (sia spontaneamente, sia per l'esistenza di un titolo giudiziale) e poi opporre le proprie contro-pretese (per paralizzare o vanificare la pretesa altrui) ed eventualmente, anche mediante l'esercizio della domanda riconvenzionale, ottenere una sentenza definitiva che stabilisca la restituzione di quanto pagato o di quanto prestato.

Il limite inderogabile di efficacia della clausola è però stabilito dalle eccezioni di nullità, annullabilità e di rescissione del contratto, per le quali, come dispone la norma, essa “non ha effetto”¹⁰⁷, laddove, nei casi in cui è efficace, il giudice, se ritiene che vi siano gravi motivi, può sospendere la condanna, imponendo eventualmente una cauzione¹⁰⁸.

L'ambito di efficacia della clausola risulta quindi non facile da delineare in ragione dell'apparente contraddizione, insita nello stesso precetto legislativo, secondo cui l'opponibilità dell'eccezione è ammessa quando si deduca una nullità, annullabilità, rescindibilità del titolo, ma non è ammessa quando il contratto sia valido ed efficace.

La difficoltà nel circoscrivere il perimetro di operatività della clausola pertanto dipende, sia dalla circostanza che è arduo individuare una spiegazione unitaria per le tre ipotesi, sia dal fatto che non è chiaro quali sarebbero, oltre a quelle indicate dall'art. 1462, c.c., le altre possibili eccezioni del convenuto idonee a superare l'efficacia paralizzante della clausola “*solve et repete*”, dovendosi escludere la natura tassativa dell'elencazione di cui all'art. 1462, c.c.

Appare evidente che sulla soluzione del problema incide la natura sinallagmatica del rapporto sul quale l'efficacia della clausola debba produrre i suoi effetti, con la conseguente esclusione dell'efficacia paralizzante della clausola, anzitutto, con riguardo alle eccezioni di natura meramente processuale¹⁰⁹.

Ne consegue, in linea generale, che tale efficacia finisce per operare tendenzialmente con riguardo unicamente alle eccezioni che attengono allo svolgimento del nesso di reciprocità funzionale del rapporto di corrispettività, a meno che le parti nel predisporre il concreto contenuto della clausola non ne abbiano diversamente disegnato l'ambito di operatività.

La dottrina, per risolvere la questione della definizione del suo ambito, sostiene che il riferimento, il quale troverebbe la sua base testuale nella formula impiegata dal legislatore nell'art. 1462, c.c., per sciogliere il nodo interpretativo debba essere al concetto di “*prestazione dovuta*”, così che ne risulterebbero escluse dall'ambito della sua efficacia tutte le eccezioni che sono dirette a far valere un fatto estintivo del credito¹¹⁰.

107. La Corte Costituzionale con sentenza del 12 novembre 1974, n. 256, in *Giur. It.*, 1975, I, 1, p. 1178 ss. ha respinto la questione di legittimità costituzionale della clausola sotto il profilo della violazione degli artt. 3 e 24 Cost.; sul punto cfr. anche POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., p. 523.

108. Sul tema dei gravi motivi cfr. ora, fra gli altri, ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 927; POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., p. 536; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 138.

109. Sui problemi che solleva l'inserimento della disciplina della clausola nell'ambito della regolazione dei contratti a prestazioni corrispettive cfr. POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., p. 528.

110. AULETTA G., *La risoluzione*, cit., p. 352; ID., *Valore ed efficacia della clausola “solve et repete” nei suoi vari tipi*,

I fautori di questa tesi affermano pertanto che debbano reputarsi non paralizzate (e quindi non colpite dalla clausola) tutte le eccezioni del convenuto dirette a far valere un fatto estintivo del credito, e quindi, oltre all'eccezione di pagamento, le eccezioni di novazione, compensazione, remissione, impossibilità sopravvenuta (riferita all'obbligazione del convenuto), confusione; nonché sia le eccezioni di avveramento della condizione risolutiva, di prescrizione, di giudicato e di transazione, sia tutte quelle situazioni nelle quali il convenuto eccepisce che il termine per l'adempimento non è scaduto o la condizione sospensiva non si è ancora verificata. In questi ultimi casi, infatti, si deve ritenere che la sua prestazione non sia allo stato “*dovuta*”¹¹¹.

I dubbi in materia non sono risolti neppure per altri tipi di eccezioni, quali le eccezioni riconvenzionali di carattere sinallagmatico (eccezioni di intervenuta risoluzione di diritto del contratto per diffida ad adempiere, per la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa e per la scadenza del termine essenziale), le quali poiché producono la loro efficacia sul piano dell'adempimento dell'obbligazione, vengono attratte dal nesso di reciprocità funzionale dei contratti a prestazioni corrispettive, e quindi subirebbero, al pari dell'eccezione di inadempimento, gli effetti paralizzanti della clausola del “*solve et repete*”¹¹².

Le domande riconvenzionali di carattere sinallagmatico, come le sopra menzionate eccezioni, suscitano analoghe incertezze applicative, poiché al di fuori della domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta dall'attore – che può considerarsi indifferibile (dato che l'impossibilità della prestazione estingue l'obbligazione dell'attore e di riflesso, proprio in ragione della natura sinallagmatica del rapporto, anche l'obbligazione corrispettiva del convenuto) – devono considerarsi “paralizzate” dalla clausola sia la domanda riconvenzionale di risoluzione per un pregresso inadempimento dell'attore (se così non fosse, infatti, si darebbe luogo ad un mezzo elusivo della indubbia differibilità dell'eccezione di inadempimento)¹¹³; sia la domanda riconvenzionale di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta¹¹⁴.

Rimane invece dubbio se la parte gravata dai possibili effetti della attivazione della clausola, prima ancora che il soggetto favorito dalla clausola la convenga in giudizio per l'adempimento, possa promuovere in via autonoma azioni (ad esempio di risoluzione, di adempimento, di risarcimento danni) dirette a prevenirne l'operatività¹¹⁵.

in *Giur. It.*, 1947, I, 1, p. 423 ss.; CARNEVALI, op. cit., p. 263.

111. CARNEVALI, op. cit., p. 264.

112. In questo senso cfr. DALMARTELLO, op. cit., p. 850; CARNEVALI, op. cit., p. 264. In senso contrario, cfr. BIGLIAZZI GERI, op. cit., pp. 91-92, e MIRAGLIA, voce *Solve et repete*, cit., p. 1260.

113. Cfr. per tutti DALMARTELLO A., op. cit., p. 851; CARNEVALI, op. cit., p. 264.

114. LUCCHI, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Digesto IV, Diritto civile*, XVIII, Torino, 1998, p. 592.

115. In senso contrario DALMARTELLO A., op. cit., p. 857; MIRAGLIA, op. cit., pp. 1264-1265; POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, 1999, p. 9. In senso favorevole all'operatività della clausola

Sempre sul piano degli effetti paralizzanti che attengono al profilo delle eccezioni dilatorie, si discute in ordine all'efficacia paralizzante sia dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.)¹¹⁶, sia di quella di insicurezza (art. 1461 c.c.)¹¹⁷, sia di quella “*solve et repete*”.

Si osserva al riguardo che quest'ultima, nei confronti del convenuto che oppone ad esempio l'*exceptio non rite*, deve essere fatta valere dall'attore nei termini stabiliti dall'art. 183, 6° comma, n.1, cod. proc. civ., a pena di preclusione; mentre la domanda di risoluzione proposta dal contraente favorito dalla clausola comporta una rinuncia ad avvalersi della clausola stessa, attesa l'inammissibilità di mutare la domanda di risoluzione in quella di adempimento (art. 1453, 2° comma, cod.civ.), con la conseguenza che il convenuto in risoluzione sarà libero di difendersi come crede, opponendo se del caso anche l'eccezione d'inadempimento¹¹⁸.

11. La sospensione degli effetti della clausola.

Il secondo comma dell'art. 1462 c.c. stabilisce che il giudice può, se ricorrono gravi motivi, sospendere la condanna imponendo, se del caso, una cauzione.

Nell'interpretazione della norma si tratta anzitutto di chiarire il significato normativo delle locuzioni impiegate dal legislatore: “sospensione”, “gravi motivi”, “cauzione”.

cfr. Cass., 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Foro It.*, 1976, I, p. 2621 ss.

116. Sul punto cfr. CARNEVALI, op. cit., p. 265.

117. CARNEVALI, op. cit., p. 265, sostiene che il tema dell'efficacia paralizzante dell'eccezione di inadempimento va esaminato distinguendo il caso in cui siano stati stabiliti termini diversi per le prestazioni, nel quale la clausola non potrebbe modificare l'ordine cronologico delle prestazioni stabilito dalle parti, così che se il contraente favorito dalla clausola deve adempiere per primo e l'altro solo in un secondo momento, allora il primo non potrebbe, adempiendo, pretendere contestualmente dall'altro la controprestazione; laddove il secondo potrebbe, invece, legittimamente rifiutarsi di eseguire una prestazione non ancora scaduta e quindi, allo stato, non “*dovuta*”. Se, al contrario, il contraente favorito dalla clausola deve adempiere per secondo, l'altro non potrebbe rifiutarsi di adempiere opponendo l'eccezione di inadempimento perché non vi è allo stato un inadempimento del secondo e quindi tale soluzione sarebbe giustificata su quest'ultimo profilo piuttosto che per il meccanismo del “*solve et repete*”. Nel caso in cui, invece, il contraente favorito dalla clausola deve adempiere per primo e non esegue la propria prestazione, pur pretendendo l'adempimento altrui, allora si pone il dubbio se l'altro contraente, di fronte alla richiesta di adempimento, possa opporre l'*exceptio inadimpleti*, oppure debba sottostare alla operatività della clausola. Si afferma che la clausola potrebbe paralizzare solo l'*exceptio non rite adimpleti contractus*, laddove se l'inadempimento fosse totale, allora, l'eccezione di inadempimento non verrebbe paralizzata, a meno che ovviamente la clausola non disponga diversamente, perché non sarebbe meritevole di tutela l'interesse del contraente che pretende la controprestazione senza avere eseguito quella da lui dovuta. Nel caso invece in cui le prestazioni debbano essere contestualmente adempiute, potrebbe verificarsi il caso in cui il contraente favorito dalla clausola non offra la prestazione e però chieda all'altro la controprestazione. In questo caso il contraente destinatario degli effetti della clausola (e quindi della richiesta di adempimento) conserverebbe la possibilità di opporre l'*exceptio*. Se invece il contraente favorito dalla clausola offra alla controparte la propria prestazione, ovvero l'adempimento, l'altro contraente sarebbe impedito, proprio in ragione dell'esistenza della clausola, dall'opporre l'eccezione di non esatto adempimento nella misura in cui contesti l'esattezza della prestazione offerta ovvero di quella eseguita.

118. CARNEVALI, op. cit., p. 267.

Il termine sospensione deve intendersi nel senso che il giudice ha il potere di non applicare la clausola¹¹⁹ e quindi non può disporre una pronuncia, neppure provvisoria, di condanna del destinatario degli effetti della clausola all'adempimento, ma muove subito nel corso del processo ad esaminare il contenuto di merito delle eccezioni sollevate da quest'ultimo, senza ovviamente che la disapplicazione della clausola comporti sospensione, ovvero interruzione del giudizio, che prosegue¹²⁰.

Con la formula “*gravi motivi*” il legislatore – sul presupposto che salvo il caso del rilievo officioso della nullità del contratto, la nullità della clausola non è rilevabile d'ufficio – ha probabilmente voluto accordare al giudice ampi poteri, che si esplicano su una pluralità autonoma, ma al medesimo tempo concorrente, di piani di valutazione sia soggettivi sia oggettivi.

Sul primo piano si può rilevare che essi operano in ordine alla valutazione che il giudice deve svolgere sui comportamenti del contraente a cui favore opera la clausola (ed è opportuno in tal senso ricordare che la stessa, se è inserita nelle condizioni generali di contratto predisposte da una delle parti, deve essere specificamente approvata per iscritto: art. 1341, 2° comma, cod. civ.; laddove la clausola, nel diritto dei consumatori, rientra tra quelle che si presumono vessatorie fino a prova contraria: art. 33, 2° comma, lett. *r* e lett. *l*, cod. cons.), al fine di evitare che egli ne abusi, ovvero se ne serva in violazione del dovere di buona fede.

Sul secondo piano, il rilievo deve avere riguardo alla circostanza se le eccezioni del convenuto presentino sufficienti elementi di fondatezza e siano di pronta e facile so-

119. Cass., 26 gennaio 1994, n. 759, secondo cui la clausola ha la sua fonte in un contratto e non costituisce ostacolo all'instaurarsi del rapporto processuale, avendo soltanto l'effetto di consentire la pronta soddisfazione della pretesa creditoria della controparte, senza far luogo all'esame dell'eccezione del debitore, le cui ragioni possono essere fatte valere anche nello stesso giudizio dopo l'adempimento, salvo il potere del giudice, a norma dell'art. 1462, 2° comma, c.c., di sospendere la condanna, ove ricorrano gravi motivi, imponendo se del caso una cauzione.

120. Cfr. Cass., 27 febbraio 1995, n. 2227, secondo cui il preventivo adempimento «non può essere considerato come un presupposto processuale la cui mancanza impedisca l'instaurazione di un regolare rapporto processuale e non possa essere rimossa nel corso del processo stesso. La clausola limitativa prevista dall'art. 1462 c.c., pertanto, è destinata ad operare solo sul piano dell'adempimento, cosicché non può rinvenirsi alcun ostacolo all'esame dell'eccezione o della domanda riconvenzionale quando, seppure in corso di giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento della prestazione»; nello stesso senso Cass., 14 dicembre 1994, n. 10697, secondo cui «la clausola “*solvo et repeto*”, prevista dall'art. 1462 c.c., avendo un contenuto fondamentalmente di diritto sostanziale, in relazione alla collocazione della disposizione citata e, soprattutto, agli interessi tutelati (garantire al creditore di una prestazione il soddisfacimento del suo diritto senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore), realizza la sua funzione anche se l'adempimento avviene nel corso del giudizio e per effetto di un provvedimento giurisdizionale non definitivo (nella specie, decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo); conseguentemente, il preventivo adempimento non è qualificabile come presupposto processuale e l'eccezione o la domanda riconvenzionale potenzialmente colpite dall'operare della clausola possono essere esaminate quando, sia pure nel corso del giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento del diritto».

luzione¹²¹, poiché il carattere oggettivo dei gravi motivi comporta che il giudice possa apprezzare anche, in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente favorito dalla clausola, il rischio dell'impossibilità di recuperare quanto prestato dall'altro contraente in esecuzione del precetto di pagamento immediato.

12. Il problema della disponibilità dei rimedi sinallagmatici e della loro esclusione e limitazione convenzionale.

Una delle questioni più attuali che il tema delle eccezioni dilatorie suscita è quello della loro disponibilità convenzionale ed anticipata, rispetto al momento in cui si verificano i presupposti per la loro attivazione, sul presupposto che, trattandosi di rimedi posti nell'interesse esclusivo della parte, sia concesso all'autonomia privata di intervenire sulla loro regolazione negoziale, mediante una disciplina *ad hoc* dei loro limiti, dei presupposti e delle modalità di attivazione, anche esplicitamente dichiarandone la natura derogatoria rispetto alla disciplina di diritto comune dei contratti, fino al punto da stabilirne la non applicabilità ad un singolo e determinato contratto.

Se infatti non può dare luogo a dubbi la circostanza che esse siano rinunciabili, dopo che siano state fatte valere nel giudizio, non altrettanto è a dirsi per quanto attiene sia alla preventiva dichiarazione di non volersene avvalere, sia al fatto che le parti possano *ab origine* nel contratto stabilirne l'esclusione convenzionale, in ragione della presenza nel nostro ordinamento di un generale divieto di preventiva rinuncia ad opporre eccezioni.

Gli orientamenti presenti in dottrina sono contrastanti¹²².

Alcuno, prendendo spunto dalle norme che limitano la possibilità di escludere pattiziamente le garanzie nella vendita, esclude l'ammissibilità di patti contenenti rinunce preventive, a meno che l'abbandono del rimedio non fosse circoscritto nei soli limiti in cui il fatto idoneo ad attivarlo non sia un fatto imputabile alla stessa controparte che di quella rinuncia verrebbe a beneficiare¹²³.

121. Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 101 ss.

122. Cfr., in senso tendenzialmente sfavorevole, già SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. dir.* da Vassalli, Torino, 1975, p. 936; in senso favorevole, invece, già DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 37 (ora anche in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 243), secondo il quale la libertà delle parti incontra un limite nel principio di buona fede, così che se «all'esclusione del rimedio della risoluzione si contrappone il permanere dell'azione di adempimento e di risarcimento, non pare vi sia fondamento normativo per sancire la nullità della clausola»; nello stesso senso DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, p. 28, sostiene che nell'ordinamento non sarebbe rintracciabile un principio di intangibilità pattizia in via preventiva del rimedio risolutorio, come risulterebbe dalla presenza dell'art. 1456 c.c. che deroga al 1455 c.c. e dalla regola espressa di cui all'art. 1462 c.c. Per una sintesi del problema e delle posizioni assunte in dottrina cfr., da ultimo, AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, vol. V - 2, Milano, 2006, p. 26; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 489; SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, cit., p. 31; DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, Torino, 2015, p. 185 ss.; GALLARATI, *Il contratto irresolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1022 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

123. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 882, per il quale la conclusione negativa sarebbe rafforzata dal più generale

Altri, anche tenendo nella dovuta considerazione l'evolversi del diritto dei contratti in altre esperienze giuridiche e nel sistema del commercio internazionale, ammettono la derogabilità e l'esclusione convenzionale dei rimedi in autotutela, argomentando da una lettura rovesciata proprio dell'art. 1462 c.c., dalla quale si dedurrebbe «che non si può escludere la proponibilità di certe eccezioni, e implicitamente, che si può validamente escludere contrattualmente la proponibilità di altre», e che la norma esclude solo le eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione, ma non altre eccezioni, quale quella di inadempimento¹²⁴.

Il fondamento dell'ammissibilità di clausole che consentano all'autonomia privata di intervenire sulla disciplina legale della risolubilità del contratto e di gestione dei rimedi alla stessa connessi, quali le clausole di irrisolubilità espressa, si rinviene, così, in una pluralità di ragioni legate alle singole e concrete negoziazioni, come ad esempio nella opportunità di inserire nel contratto clausole che possano servire a soddisfare interessi di terze parti contrattuali, quali sono ad esempio, in particolari tipi di contratti, le banche finanziatrici di determinate operazioni di acquisizione di partecipazioni, ovvero di progetti di finanza¹²⁵.

Recenti fonti persuasive, peraltro, inducono a concludere nella stessa direzione: i Principi di diritto europeo dei contratti all'art. 8:109, sotto la rubrica "*Clausole di esclusione o di limitazione delle tutele*" creano infatti la regola secondo la quale le tutele per l'inadempimento possono essere escluse o limitate, a meno che tali limitazioni o esclusioni risultino contrarie ai principi di buona fede e di correttezza.

Le clausole quindi possono trovare accoglimento, a condizione che la parte che rinuncia all'operatività dell'eccezione dilatoria abbia comunque la possibilità di attivare altri rimedi, alternativi a quelli demolitori, per tutelare i propri interessi e la propria posizione economica, come l'esecuzione in forma specifica o il risarcimento del danno¹²⁶, ovvero l'indennizzo per la perdita contrattuale, o per la violazione di garanzie connesse all'irrealizzabilità dell'operazione economica¹²⁷.

principio di sfavore verso la soggezione alle altrui decisioni meramente potestative. Per quanto attiene invece ai "fattori di risoluzione non imputabili" e ai casi in cui la rinuncia alla risoluzione per "fatti non imputabili alla controparte sia bilaterale", cioè operata reciprocamente da entrambi i contraenti, varrebbero altri tipi di considerazioni, tutte in ogni caso dirette ad escludere l'ammissibilità di tali pattuizioni.

124. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011, p. 217, in particolare per quanto riguarda la possibilità di escludere l'eccezione di inadempimento; e già prima ID., *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 20023, p. 453 ss. (ora anche in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 93).

125. Cfr. in tal senso, DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., p. 220; SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, cit., p. 32.

126. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., pp. 37-38 (ora anche in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 243); ID., *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., pp. 220-221.

127. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., pp. 220-221.

Una conferma in tal senso sembra potersi trarre dalla lettura delle Sezioni unite della Corte di cassazione in tema di mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione. Laddove la giustificazione dello *jus variandi* si fonda sul rilievo che, nei contratti a prestazioni corrispettive, le due azioni costituiscono due diversi rimedi giuridici a tutela del diritto che dal rapporto sottostante deriva al contraente in regola con l'adempimento; ragione per cui in occasione del mutamento della domanda deve essere ammessa l'introduzione della domanda di restituzione e di risarcimento del danno «data la funzione complementare che l'una e l'altra svolgono rispetto al rimedio diretto ad ottenere la rimozione degli effetti del sinallagma»¹²⁸.

La diversità di contenuto e di effetti dei rimedi diretti a produrre lo scioglimento del contratto è dunque indice della possibilità per una parte di rinunciare ad un rimedio, senza per questo essersi preclusa il ricorso ad un altro, e quindi senza che, così operando, essa rinunci alla tutela in concreto del proprio interesse. E ciò, secondo questa giurisprudenza, proprio perché la domanda di risarcimento anche se non è accessoria a quella di risoluzione, alla quale non è legata da un rapporto di consequenzialità logico-giuridica, «concorre nondimeno ad integrare e a completare le difese del contraente in regola, costituendo un coelemento, un tassello di un sistema complessivo di tutela».

La discrezionalità che le parti hanno di attivare l'uno o l'altro degli strumenti di tutela (azione di risoluzione, ovvero mera azione di risarcimento) in caso di violazione delle regole contrattuali, potendo così scegliere all'interno del sistema dei rimedi quale degli stessi attivare, conferma la tesi secondo cui i contraenti possono anche stabilirne la loro preventiva esclusione, purché nella fissazione delle rispettive forme di regolazione di tali patti vengano rispettati i limiti segnati dai principi di buona fede, di ragionevolezza e di proporzionalità, trattandosi di limitazioni del diritto e del potere di azione.

Del resto anche la recente introduzione dell'art. 48-*bis* TUB, che prevede la c.d. condizione di inadempimento¹²⁹, è indice della tendenza di un *favor legis* verso una maggiore duttilità nella predisposizione ad opera delle parti di strumenti negoziali di preventiva gestione e soluzione della fase patologica del contratto, al fine di dare maggiore stabilità alle negoziazioni, e di evitare di doverle sottoporre all'inefficienza dei tempi della giustizia ordinaria, ed alle incertezze alla stessa connesse, nel risolvere i conflitti tra privati.

128. Cass. Sez. un. 11 aprile 2014, n. 8510, in *I contratti*, 2014, p. 794, con nota di DELLACASA, *Jus variandi e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*.

129. La norma infatti prevede l'inserimento, all'interno del contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 106 TUB, di una pattuizione che, a garanzia dell'adempimento, contempra il trasferimento della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, in caso di inadempimento al pagamento di alcune rate del rimborso del finanziamento.

La derogabilità e disponibilità dei rimedi sinallagmatici sembra rinvenire, sul piano teorico, una propria giustificazione anche sotto un altro e differente punto di vista, che fa capo all'analisi della struttura del contratto e in particolare dei singoli tipi ed al loro eventuale combinarsi per dar luogo ad operazioni economiche complesse.

Se infatti si condivide l'idea che ogni tipo contrattuale (ed a maggior ragione la regolamentazione dell'affare attuata secondo modelli atipici o complessi) abbia una propria elasticità, che varia da tipo a tipo in ragione della concreta funzione che le parti gli hanno assegnato¹³⁰, ci si persuade che mediante la predisposizione di apposite clausole è possibile, nei contratti a prestazioni corrispettive, introdurre patti di *single remedy*, o di *exclusive remedy*.

Tali clausole non alterano il nesso di corrispettività del contratto, privandolo della propria causa ovvero incidendo sulla stessa oltre i limiti di elasticità del tipo, ma, per mezzo della elisione ovvero riduzione *ab origine* della possibilità di esperire i rimedi mantentivi o sospensivi, assolvono il diverso e limitato compito di modificare per via convenzionale le modalità mediante le quali possono realizzarsi i concreti effetti negoziali e regolare in tal modo anche il manifestarsi della misura della funzione di scambio e la sua disciplina concreta.

Nei contratti a prestazioni corrispettive, infatti, la funzione di scambio è parametrata sulla base dell'intento delle parti di realizzare l'assetto di interessi attraverso lo scambio tra le prestazioni, che trovano così ciascuna la propria ragione di essere nell'altra¹³¹.

Risulta allora evidente che – se a fondamento della categoria si accoglie non il principio della proporzione oggettiva tra i sacrifici affrontati dai contraenti, né quello dell'equivalenza soggettiva delle prestazioni scambiate, ma quello della libera determinazione da parte degli stessi della fissazione della misura dello scambio – le parti possono organizzare e modulare l'assetto dei loro interessi al fine di realizzare una distribuzione, all'interno dell'economia del contratto, del rischio dell'inadempimento coerente con le ragioni che ciascuna di loro pone a base della corrispettività delle prestazioni, indipendentemente da ogni altra valutazione¹³².

Le parti possono così prevedere che la fissazione del metro di scambio possa subire una differente misura per l'una rispetto all'altra parte, e che quindi una di loro possa

130. E. GABRIELLI, voce *Tipo contrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1999, p. 9.

131. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 212; ID., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 626, ed ivi ulteriori argomentazioni a sostegno dell'inidoneità della tesi dell'equivalenza oggettiva tra le prestazioni; E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, Torino, 2011, p. 383 ss.; ID., *Dell'eccessiva onerosità*, in *Comm. del cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, vol. 4, p. 625.

132. Ricorda ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979, p. 3, che «contracts and promises are essentially risk-allocation devices, like simple bets. The nature of this device is such that the transaction must generally remain executory prior to the occurrence of this risk, and the whole point of the transaction would be lost if the arrangement could not be made binding for the future».

limitare le azioni contrattuali a propria disposizione, in ragione della circostanza che tale restrizione è, sul piano della corrispettività dello scambio, bilanciata da una differente disciplina dell'altrui pretesa fondata sul contratto, ovvero da una particolare misura dell'indennizzo che, a fronte di tale rinuncia o di tale limitazione, la parte che la subisce avrà diritto di ricevere.

Si tratta dunque di limitazioni, esclusioni, modificazioni, della disciplina delle azioni e dei rimedi sinallagmatici che, in quanto rientrano nel potere delle parti di regolare a proprio piacimento il rischio contrattuale e l'economia di ogni singolo contratto, assumono valore dispositivo.

Tali regole – se non risultano il frutto di un abuso del diritto, di una situazione di dipendenza economica e non oltrepassano i limiti e confini imposti dalle norme imperative – possono dunque entrare nel contenuto del contratto che ciascuna parte, di volta in volta e a seconda delle concrete articolazioni dell'affare, valuta come più conveniente o preferibile al fine di realizzare il suo interesse sostanziale, in alternativa all'esercizio del potere di autotutela contrattuale.

È questa una scelta che esprime, seppur sotto un particolare punto di vista, una manifestazione di autonomia privata e quindi di libertà contrattuale.

MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE E CONTROLLO CONTENUTISTICO DEL CONTRATTO

PAOLO GALLO

Prof. ordinario Università di Torino

SOMMARIO: 1) Betti e la meritevolezza dell'interesse; 2) La concezione tradizionale della meritevolezza dell'interesse; 3) Verso la rivalutazione del giudizio di meritevolezza; 4) Squilibrio contrattuale e meritevolezza dell'interesse; 5) L'eccessivo squilibrio nei testi di *soft law*; 6) La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel BGB e nel Codice Napoleone; 7) Nullità e ordinamento sportivo; 8) Vincoli di destinazione e meritevolezza dell'interesse.

1. Betti e la meritevolezza dell'interesse.

Come è ben noto il concetto di meritevolezza dell'interesse costituisce in buona sostanza un *unicum* nel panorama europeo, dove l'unico controllo dell'autonomia privata previsto si riferisce alla liceità; in queste condizioni un primo interrogativo che si pone è quello circa l'utilità di un tale concetto codificato per la prima volta in Italia dall'art. 1322, 2° comma, c.c.¹.

Il concetto risale alle teorizzazioni di Emilio Betti, il quale lo concepì come limite generale dell'autonomia privata, ben distinto rispetto a quello della liceità; nella prospettiva di Betti, per certi versi vicino a certe concezioni socializzanti diffuse specie in Italia ed in Germania nella prima metà del XX secolo², il contratto non doveva essere soltanto lecito, cioè non dannoso per la società, ma anche meritevole di tutela, e cioè socialmente utile; in questa prospettiva compito dell'ordinamento era non soltanto quello di reprimere le manifestazioni dell'autonomia privata dannose per la società, fonti quindi di esternalità negative, di costi esterni di diseconomie per la società³, ma anche quello di indirizzare l'autonomia privata verso finalità di utilità sociale, con conseguente esclusione della possibilità di concludere contratti futili o socialmente inutili e quindi non meritevoli di tutela⁴.

1. P. GALLO, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, I, cap. 4, sez. I, § 7; ID., *Contratto e buona fede*, 2° ed., Torino, 2014.

2. Diffusamente: SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino: economia e politica nel diritto fascista e nazional socialista*, Francoforte, 2005.

3. P. GALLO, *Analisi economica del diritto*, 2° ed., Torino, 2017.

4. In seguito questa impostazione è stata ripresa da altri autori, i quali hanno parimenti auspicato un controllo contenutistico del contratto, non solo atipico, alla luce della meritevolezza, della proporzionalità, della ragionevolezza o più in generale dei principi sanciti dalla Costituzione; in particolare P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, *RaDC*, 2000, pp. 545-571, sostiene che il contratto deve essere non solo lecito, ma anche meritevole di tutela, p. 553; sempre questo autore richiama inoltre l'attenzione sull'importanza del principio di proporzionalità, in attuazione di principi e valori di rilevanza costituzionali, come strumento di controllo anche contenutistico del contratto, p. 560 ss; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, *RaDC* 2001, pp. 334-356, il quale considera il principio di riduzione della penale eccessiva di cui all'art. 1384 c.c. espressione di un principio generale

Del resto Betti era favorevole ad un controllo contenutistico del contratto anche sotto il profilo della causa; sua è infatti la nozione di causa intesa come funzione economico sociale del contratto ed il conseguente tentativo di funzionalizzare il contratto e più in generale l'autonomia privata al perseguimento di finalità socialmente utili⁵.

Le concezioni di Betti erano peraltro destinate ad avere alterne fortune nel corso del tempo; per quel che riguarda la meritevolezza dell'interesse, è ben noto che il legislatore del 1942, unico in Europa, ha espressamente codificato il principio nell'art. 1322, 2° comma, c.c.; concetto che peraltro per molto tempo è stato quasi lettera morta, salva una sua rivalutazione recente da parte della giurisprudenza; per quel che riguarda invece la concezione della causa intesa come funzione economico sociale, sebbene il legislatore non abbia dato segno di recepirla, essa ha tenuto a lungo banco in dottrina e in giurisprudenza, salvo essere sostituita a partire dalla prima decade del XXI secolo dalla nozione di causa in concreto, attualmente imperante in giurisprudenza⁶.

2. La concezione tradizionale della meritevolezza dell'interesse.

Per lungo tempo la dottrina si è interrogata circa la rilevanza della meritevolezza dell'interesse; negli anni sessanta e settanta vi sono stati alcuni tentativi di rivalutazione dell'impostazione socializzante di Betti, ancorché in una prospettiva diametralmente opposta rispetto a quella originaria, da parte di alcuni autori favorevoli ad un controllo più stringente dell'autonomia privata rispetto a quello tradizionale⁷. Non sono inoltre mancati tentativi di chiarire in cosa consista la peculiarità del controllo di meritevolezza, specie se rapportato al giudizio di illiceità. Secondo alcuni sarebbe sottinteso un rinvio ai principi sanciti dalla costituzione⁸; secondo altri il giudizio di meritevolezza potrebbe consentire di reprimere i contratti squilibrati o caratterizzati da clausole vessatorie⁹.

quindi suscettibile di applicazione estensiva ad altre fattispecie, come per esempio la caparra, e così via, p. 343 ss.; sulla stessa linea LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano, 2012, auspica un controllo di meritevolezza della causa concreta dell'operazione negoziale, p. 142, e parla di funzionalizzazione dell'autonomia privata, p. 152; altri autori hanno viceversa espresso riserve ed hanno lamentato l'abuso del ricorso alle clausole generali ed in particolare l'eccessivo attentato alle ragioni dell'autonomia privata che ne può conseguire; si veda in particolare CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, RDC, 2014, pp. 747-763, in partic. p. 756, ivi riferimenti. Si veda anche: LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Padova, 2012.

5. P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit., II, cap. 28.

6. P. GALLO, *Contratto e buona fede*, 2° ed., Torino, 2014, cap. 9.

7. PALERMO, *Divergenze e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, in *Studi*, Santoro-Passarelli, Napoli, 1972, III, p. 644.

8. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, I, 423, p. 430.

9. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1980; T. Vicenza, 10 novembre 1984, *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 285: "Il contratto innominato trova, ai fini della sua validità, nelle norme imperative gli stessi limiti dei contratti nominati: tuttavia il controllo del giudice deve essere esercitato in modo più largo e penetrante. Tra le norme imperative va posto l'art. 1526 c.c. che pone a tutela del contraente più debole il principio dell'adeguatezza del sacrificio patrimoniale al vantaggio effettivamente conseguito", con nota di ZENO-ZENCO-

Nonostante gli sforzi della dottrina di chiarire in qualche modo la funzione del giudizio di meritevolezza, per lungo tempo l'art. 1322, 2° comma, c.c. ha avuto scarsissimo riscontro in giurisprudenza¹⁰. Non erano infatti frequenti le applicazioni di questa norma, a volte richiamata per asserire la meritevolezza di contratti come per esempio il *leasing*¹¹, il contratto autonomo di garanzia¹², le lettere di *patronage*¹³, il contratto di convenzionamento¹⁴, lo *swap*¹⁵, i contratti gratuiti¹⁶, il trust interno¹⁷, il contratto in virtù del quale un creditore estende ad un altro creditore i benefici che gli derivano da un'ipoteca¹⁸, singole clausole contrattuali¹⁹, e così via²⁰.

Non frequenti erano inoltre i casi in cui la giurisprudenza faceva applicazione della norma in questione per sancire l'invalidità di contratti atipici; salvi ovviamente i casi in cui il contratto appariva palesemente illecito²¹.

VICH, *Il controllo giudiziale dell'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, P. Salerno, 23 febbraio 1993, *Dir. e giur.*, 1995, p. 261.

10. COSTANZA, op. cit., p. 40 ss.

11. T. Vigevano, 14 dicembre 1982, *Banca borsa e tit. cred.*, 1973, II, p. 287, con nota di Tabet, *La locazione di beni strumentali (leasing)*, il quale nota come si tratti della prima sentenza italiana in materia di *leasing*, Cass., 28 ottobre 1983, n. 6390, *Rin. not.*, 1983, p. 1164; *Rass. giur. Enel*, 1984, p. 115.

12. Cass., 20 agosto 1998, n. 8248; Cass., 17 maggio 2001, n. 6757, *Urb. ed app.*, 2001, p. 862; *GC*, 2002, I, p. 729.

13. T. Roma, 18 dicembre 2002, *Giur. mer.*, 2003, p. 1661.

14. A. Genova, 24 aprile 1999, *Giur. it.*, 2000, p. 967.

15. T. Milano, 20 febbraio 1997, *Banca borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 82.

16. Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, *Rin. not.*, 2002, 1000; *GI*, 2002, p. 1836.

17. T. Bologna, 30 settembre 2003, *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3183.

18. T. Ivrea, 28 luglio 2009, *Giur. it.*, 2002, p. 313.

19. T. Firenze, 4 febbraio 2003.

20. Cass., 17 aprile 1963, n. 945: "È lecito ed ammissibile, in base al principio dell'autonomia contrattuale, essendo diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e non essendo vietato da alcuna disposizione di legge, l'accordo tra due proprietari di beni distinti, di venderli o di concederli in affitto congiuntamente e di stabilire un unico prezzo ..."; Cass., 6 giugno 1967, n. 1248: "L'accordo, che si risolve in un prestito a tutto rischio, per cui il mutuante si pone volontariamente nella alternativa di riavere la somma mutuata con diritto ad un interesse molto elevato e ad un premio in conseguenza della realizzazione molto probabile di un affare vantaggioso, ovvero di perdere la somma, in caso di sfavorevole congiuntura, è espressione lecita dell'autonomia contrattuale delle parti, a norma dell'art. 1322 c.c., non urtando contro nessuna norma imperativa"; Cass., 29 agosto 1987, n. 7126, *Foro it.*, 1988, I, 129; Cass., 10 gennaio 2001, n. 280, *Rin. not.*, 2001, p. 1209; contratto misto di somministrazione e di comodato: Cass., 2 novembre 2000, n. 14330; T. Ivrea, 28 luglio 2000, *Giur. it.*, 2002, p. 313: "Il contratto stipulato tra due creditori di un medesimo soggetto, uno dei quali si impegna ad estendere all'altro i benefici che, nell'ipotesi di escussione del debitore, gli derivano dalla titolarità di un'ipoteca sui beni di quest'ultimo, è diretto a realizzare un interesse meritevole di tutela, in quanto consente di ristabilire la *par condicio creditorum*, eliminando la necessità che la parte priva dei benefici ipotecari disca le vie per il ripristino della *par condicio*"; Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898.

21. Cass., 12 febbraio 1947, n. 1280; Cass., 6 luglio 1961, n. 1623, *Foro it.*, 1961, I, p. 1445: "Non è diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e deve, pertanto, dichiararsi nullo il contratto, nel quale il marito, durante un processo d'annullamento del matrimonio da lui promosso dinanzi al tribunale ecclesiastico, prometta alla moglie un assegno alimentare con effetto a datare dall'annullamento e la moglie prometta in cambio di sottoporsi, ai fini di tale annullamento, ad ispezioni corporali nella sua sfera ses-

Questo stato di cose ha indotto un consistente filone dottrinale ad escludere che il giudizio di meritevolezza fosse un qualche cosa di diverso rispetto al giudizio di illiceità. Già Stolfi aveva rilevato che attribuire rilevanza al giudizio di meritevolezza avrebbe potuto condurre ad una disparità di trattamento, tra i contratti tipici, soggetti unicamente al controllo di liceità, e quelli atipici, soggetti altresì al controllo di meritevolezza, con conseguenti profili di illegittimità costituzionale²². Soluzione in seguito ribadita da Gor-

suale, da disporsi da detto tribunale”; App. Milano, 29.12.1970, *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81: “È un contratto sinallagmatico atipico quel contratto con cui un socio di una società per azioni promette al mandatario della società un indennizzo e un trattamento di quiescenza in caso di estinzione del mandato per compensarlo dell’abbandono della libera professione attuato al fine di un migliore espletamento della sua attività di mandatario. Tale contratto non è meritevole di tutela ai sensi del 2° comma dell’art. 1322 c.c. perché contrario, nell’interesse che tende a realizzare, ai fini economico-sociali del sistema”; con nota critica di G.B. Ferri, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale*, il quale viceversa ritiene in linea di principio valido il contratto in questione, ivi, p. 87, e denuncia nel contempo l’uso distorto della nozione di meritevolezza; nonché in *Giur. it.*, 1973, I, 2, p. 182, dove in nota si sottolinea la rarità dell’applicazione dell’art. 1322, 2° comma, c.c.; decisione poi riformata da parte della Cassazione, la quale ha ritenuto che si trattasse di un contratto a favore del terzo: Cass., 3 luglio 1975, n. 2578, *Giur. it.*, 1975, I, 1, p. 770: “Non costituisce contratto innominato, soggetto come tale all’applicazione dell’art. 1322, secondo comma, codice civile, ma è valido contratto di mandato, con clausole a favore del terzo, l’atto con cui il socio di una società di capitali impegna un professionista ad abbandonare la professione per occuparsi dell’amministrazione sociale e si obbliga a pagargli il relativo compenso”; Cass., 13 maggio 1980, n. 3142: “Ai sensi dell’art. 1324 c.c. è consentito alle parti e alla loro autonomia negoziale, dare vita anche a negozi atipici purché meritevoli di tutela e non, quindi, in contrasto con la legge, l’ordine pubblico ed il buon costume (ex art. 1343 c.c.)”; Cass., 5 gennaio 1994, n. 75, *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1230; *Foro it.*, 1994, I, p. 413; *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1498: “Con riguardo al contratto di cessione di un calciatore, l’inosservanza di prescrizioni tassative dettate dal regolamento della Federazione Italiana Gioco Calcio (FIGC), se non costituiscono ragione di nullità per violazione di legge, a norma dell’art. 1418 c.c., tenuto conto che la potestà regolamentare conferita all’ordinamento sportivo, ai sensi dell’art. 5 della l. 16 febbraio 1942 n. 426, si riferisce all’ambito amministrativo interno e non a quello dei rapporti intersoggettivi privati, determina l’invalidità e l’inoperatività del contratto medesimo, in relazione al disposto del comma 2 dell’art. 1322 c.c., atteso che ... resta in concreto inidoneo a realizzare un interesse meritevole di tutela ...”; sempre in materia di contratti sportivi: Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545: “La non conformità dei contratti, stipulati tra società sportive per lo svolgimento delle proprie attività istituzionali, ai modelli ed alle prescrizioni della federazione sportiva di appartenenza, genera la nullità del contratto non già per violazione di norme imperative (in quanto le suddette norme federali non costituiscono fonti del diritto), ma per inidoneità del negozio a realizzare uno scopo meritevole di tutela”. Ribadisce invece la necessità di far esclusivo riferimento alla violazione di norme di legge, sempre in materia di trasferimento di giocatori: Cass., 24 settembre 1994, n. 7856, *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 1014; convenzione di emissione di assegno post datato: Cass., 19 aprile 1995, n. 4368; contratto preliminare atipico di alienazione del solo possesso: Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, *Riv. not.*, 1998, p. 279; *GI*, 1998, p. 934; patti parasociali senza determinazione finale di durata: Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, *Giur. comm.*, 1997, II, p. 50. Cass., 21 settembre 2012, n. 16049, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 285, con nota di Guadagno, *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*, ha escluso che la rischiosità di un piano di accumulo finanziario possa da sola inficiare la validità del contratto sotto il profilo della meritevolezza dell’interesse; ordinamento sportivo: Cass., 20 settembre 2012, n. 15934; Cass., 18 gennaio 2013. Secondo Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, *Giur. comm.*, 1997, II, p. 50: “Non è meritevole di tutela il sindacato di voto privo di termine finale”. In realtà questo medesimo risultato avrebbe potuto essere ottenuto invocando i principi dell’ordine pubblico.

22. STOLFI, *Negoziato*, Padova 1961, p. 29; Id., *Luci ed ombre nell’interpretazione della legge*, in *Jus*, 1975, p. 133; esclusi peraltro da parte della Cassazione: Cass., 3 luglio 1975, n. 2578, *Giur. it.*, 1975, I, 1, p. 770: “È mani-

la²³, G.B. Ferri, secondo il quale il giudizio di meritevolezza viene in buona sostanza a coincidere con quello di illiceità²⁴, Sacco²⁵, Guarneri²⁶, Roppo²⁷, ed altri ancora²⁸.

3. Verso la rivalutazione del giudizio di meritevolezza.

L'impostazione che assimila il giudizio di meritevolezza a quello di liceità per molto tempo ha trovato sostanziale riscontro a livello di applicazioni giurisprudenziali, anche se sarebbe forse eccessivo concludere che si tratta di un principio completamente privo di rilevanza²⁹. Negli ultimi tempi non sono infatti mancati tentativi a livello dottrinale volti a rivitalizzare il concetto di meritevolezza³⁰; in questa prospettiva è infatti possibile considerare che un tale giudizio si pone a monte rispetto ad un problema strettamente tecnico giuridico; la meritevolezza attiene infatti all'opportunità, alla rilevanza sociale delle nuove figure contrattuali; in una parola alle ragioni di politica del diritto che devono necessariamente guidare l'interprete, sia esso il legislatore, sia esso il magistrato. In questa prospettiva il giudizio di meritevolezza implica una valutazione comparativa degli interessi in gioco per vedere quale possa assumere prevalenza.

Ragioni che ovviamente vengono vagliate in primo luogo in sede parlamentare, ove la tipizzazione abbia luogo a livello legislativo; ragioni che possono, anzi debbono, essere vagliate in sede giurisprudenziale ove manchi un previo intervento legislativo. Quando per esempio la giurisprudenza asserisce che il contratto autonomo di garanzia è meritevole di tutela, in quanto figura atipica, con conseguente disapplicazione del regime vincolante previsto dal legislatore in materia di fideiussione, si pone su di un piano logicamente antecedente rispetto al giudizio di liceità; se infatti ci si limitasse a ragionare in termini di liceità, non sarebbe facile escludere la nullità per violazione di norme imperative.

L'esclusione dell'illiceità dipende proprio dal fatto che viene ravvisata, su di un piano di politica del diritto, la meritevolezza sociale delle finalità perseguite dalla nuova figura contrattuale, con conseguente necessità di disapplicare per lo meno in parte il regime vincolistico dettato dal legislatore in materia di fideiussione. In questa prospettiva il ri-

festamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1322, secondo comma, codice civile in relazione agli artt. 3 e 10 Cost."

23. GORLA, op. cit., I, p. 200, esclude che il contratto debba essere socialmente utile, p. 203.

24. G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 406; respinge queste conclusioni COSTANZA, op. cit., p. 43.

25. SACCO, DE NOVA, op. cit., 3° ed., II, p. 849.

26. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. sez. civ.*, 4° ed., vol. XI, Torino, 1994, p. 327; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799.

27. ROPPO, op. cit., p. 424.

28. Per un' accurata rassegna di autori favorevoli e contrari all'autonomia del giudizio di meritevolezza, si veda TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, p. 141 ss.

29. Secondo Sacco il giudizio di meritevolezza potrebbe presentare elementi in comune con il divieto di frode alla legge, op. cit., 3° ed., II, p. 852.

30. P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit.

ferimento alla meritevolezza può essere considerato come una sorta di invito rivolto al giudice di valutare, come se in quel momento lui stesso fosse il legislatore, l'opportunità sociale complessiva del riconoscimento della nuova figura contrattuale con conseguente disapplicazione per lo meno parziale del regime vincolante dettato dal legislatore.

L'alternativa alla meritevolezza è infatti costituita dall'illiceità; in questa prospettiva il giudizio di meritevolezza può dunque consentire la disapplicazione del regime vincolistico previsto dal legislatore in base ad una valutazione comparativa degli interessi in gioco.

4. Squilibrio contrattuale e meritevolezza degli interessi.

Negli ultimi tempi è possibile notare un notevole risveglio di interesse per la meritevolezza dell'interesse e più in generale per le clausole generali anche a livello giurisprudenziale, specie in materia di contratti finanziari e derivati; in numerose occasioni la giurisprudenza ha fatto applicazione di questo concetto al fine di escludere la meritevolezza di contratti finanziari, come per esempio i contratti denominati “*for you*” e “*my way*” in quanto eccessivamente squilibrati a favore della banca. Si tratta di operazioni negoziali complesse finalizzate ad indurre i clienti ad effettuare operazioni di investimento rischiose; in particolare la banca concede al cliente un mutuo, che non viene qualificato di scopo, al fine di acquistare titoli e soggetto a restituzione a rate mensili; nel contempo il cliente concede alla banca un mandato ad acquistare con grande discrezionalità i titoli in questione; in seguito i titoli vengono depositati a nome del cliente e costituiti in pegno a favore della banca; si possono quindi individuare per lo meno quattro fasi; a) il mutuo, b) il mandato ad acquistare i titoli, c) l'acquisto dei titoli con contestuale apertura del relativo dossier titoli intestato al cliente, d) la costituzione di pegno sui titoli acquistati.

In questo ambito, tenuto conto della natura altamente speculativa ed aleatoria di queste figure contrattuali, sono frequenti i casi in cui vengono conclusi contratti che si rivelano fortemente svantaggiosi per i clienti o che si prestano ad abusi da parte degli intermediari finanziari nei loro confronti; di qui la frequenza dei casi in cui i contraenti cercano di uscire da contratti che si sono rivelati molto svantaggiosi facendone valere la nullità, con conseguente diritto di ottenere la restituzione integrale del denaro versato, unitamente agli interessi, in applicazione dei principi sull'indebito (art. 2033 c.c.)³¹.

In particolare sono frequenti i casi in cui la giurisprudenza in accoglimento di queste istanze ha dichiarato la nullità³² di tali contratti di natura atipica in quanto squilibrati e quindi non meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, 2° comma, c.c.³³, o ancora per ca-

31. P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti, I rimedi restitutori*, in *Tratt. dir. cin.*, dir. da Sacco, Torino, 2008.

32. D'AURIA, RIZZUTI, *Nullità contrattuali e intermediazione finanziaria*, *Giur. it.*, 2015, pp. 1509-1519.

33. T. Brindisi, 21 giugno 2005, *Danno e resp.*, 2006, p. 179, con nota di Liace, *La finanza innovativa e la tutela del risparmiatore: il caso 4You*; T. Salerno, 12 aprile 2007, *Giur. it.*, 2008, p. 134, con nota di Liace; T. Brindisi, 8 luglio 2008, n. 489, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 353, con nota di Sabatelli, *Validità del prodotto finanziario*

renza di causa in concreto³⁴, se conclusi per finalità di copertura di rischi in realtà insussistenti³⁵, o se conclusi in assenza di piena consapevolezza del cliente circa i rischi insiti nel contratto³⁶, o ancora se caratterizzati da un'alea unilaterale, cioè con rischi solo a carico del cliente e vantaggi certi per l'intermediario finanziario³⁷. Poiché inoltre il conflitto fra la banca e il cliente si considera prova presuntiva della mala fede dell'*accipiens*, risulta legittima la ripetizione di quanto pagato a far data dai singoli ordini e sottoscrizioni e non da quella della proposizione della domanda³⁸.

Possibile è viceversa concludere contratti, anche atipici, purché equilibrati³⁹.

Si tratta di applicazioni sicuramente interessanti, che evidenziano un crescente controllo da parte della giurisprudenza del contenuto del contratto, con conseguente caducazione dei contratti eccessivamente squilibrati in favore dell'intermediario finanziario, in applicazione vuoi del requisito della meritevolezza dell'interesse, vuoi della causa in concreto; in questa prospettiva la meritevolezza dell'interesse, nonché la causa in concreto assumono quasi l'aspetto di clausole generali, suscettibili delle applicazioni più svariate, quasi come se si trattasse di rimedi equitativi che consentono un controllo contenutistico del contratto, con conseguente caducazione dei contratti squilibrati. Il rischio è peraltro quello che un eccessivo ricorso all'equità possa snaturare questi requisiti rendendo l'ingerenza della magistratura arbitraria e non sempre giustificata, specie quando sarebbe

My Way e tutela dell'investitore; *Giur. mer.*, 2008, p. 3113, con nota di Sangiovanni, *Il caso my way e il contratto aleatorio unilaterale*; A. Salerno, 30 settembre 2009, n. 836; T. Napoli, 22 gennaio 2013, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, p. 555, con nota di De Marinis, *L'incostituzionalità del contratto immeritevole*; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; nel senso della meritevolezza: Cass., 21 settembre 2012, n. 16049, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 285, con nota di Guadagno, *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*; T. Santa Maria Capua Vetere, 21 novembre 2012, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 555; Cass., 20 novembre 2013, n. 21600; T. Cagliari, 8 gennaio 2014, *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 368, con nota di Tucci, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso My Way*; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, *GI*, 2017, p. 54, con nota di Mussuto, *Il giudizio di meritevolezza*; discute la questione anche: Guadagno, *Default dell'emittente e corresponsione degli interessi bancari*, *NGCC*, 2017, p. 32; si vedano anche: T. Milano, 11 maggio 1995, *Giur. comm.*, 1996, II, p. 79; T. Torino, 8 maggio 2009.

34. T. Cosenza, 18 giugno 2014.

35. T. Lucera, 26 aprile 2012, *Giur. comm.*, 2014, p. 62; T. Monza, 17 luglio 2012, *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 321; A. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 278; si vedano inoltre: T. Bari, 15 luglio 2010, *Banca, borsa tit. cred.*, 2912, 781; T. Civitavecchia, 8 giugno 2011, T. Civitavecchia, 1° agosto 2011, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 133, con nota di Vigoriti, *Profili soggettivi e oggettivi dei contratti di swap su tassi di interesse*.

36. A. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 294, con nota di Di Raimo, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole di tutela e tanto basta?*; T. Torino, 17 gennaio 2014, *Giur. it.*, 2014, I, p. 900, con nota di Fazzini, *Interest rate swap e costi impliciti*; si veda inoltre: T. Brindisi, 18 luglio 2007, n. 625.

37. T. Milano, 19 aprile 2011, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, p. 748; T. Orvieto, 12 aprile 2012, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, p. 700; T. Ravenna, 8 luglio 2013, *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 206, con nota di Ballerini, *Struttura e causa dell'interest rate swap nella recente evoluzione giurisprudenziale*.

38. Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, *Giur. it.*, 2017, p. 54, con nota di Mussuto, *Il giudizio di meritevolezza*.

39. Cass., 22 luglio 2015, n. 15370.

possibile raggiungere i medesimi risultati mediante tecniche più tradizionali; in alternativa sarebbe per esempio possibile ritenere che un eccessivo squilibrio possa determinare nullità del contratto per carenza per lo meno parziale della causa.

In questa prospettiva è quindi possibile evidenziare una progressiva rivalutazione del ruolo della meritevolezza dell'interesse anche da parte della giurisprudenza in una prospettiva di controllo contenutistico del contratto; l'eccessivo squilibrio del contratto a predisposizione unilaterale può infatti condurre ad escluderne la meritevolezza. Si noti inoltre che in virtù del richiamo alla meritevolezza dell'interesse si ritiene possibile caducare l'intero contratto e non solo singole clausole di esso; in particolare, se il contratto appare squilibrato, è possibile non solo caducare singole clausole di esso, in conformità alla logica dei contratti dei consumatori, ma anche l'intero contratto; ne consegue un'estensione della logica prevista dal legislatore in materia di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, oltre che all'intero contratto, anche nel settore dei contratti non del consumatore, a riprova della sostanziale unità di fondo dell'intera disciplina contrattuale.

Notevole interesse rivestono altresì alcune applicazioni in materia di assicurazione ed in particolare di clausole *claims made*⁴⁰, diffuse specie in ambito professionale; tali clausole, in deroga rispetto al disposto dell'art. 1917 c.c., riferiscono la copertura assicurativa non tanto ai sinistri che si sono verificati nel periodo di vigenza della polizza (*loss occurrence*), ma piuttosto ai sinistri che sono stati denunciati in tale periodo⁴¹, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito (clausole c.d. pure), oppure prevedono la copertura assicurativa per i soli sinistri che si sono verificati e che sono stati denunciati durante il periodo di copertura assicurativa, con eventuale retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere in un arco temporale di due o tre anni prima della conclusione del contratto (c.d. miste o impure); in virtù di tali clausole la compagnia di assicurazione può dunque essere chiamata a rispondere anche dei sinistri verificatisi precedentemente alla stipulazione della polizza, in genere entro un ambito temporale determinato, con riferimento ai quali siano state avanzate pretese dopo la conclusione del contratto; in passato, specie la giurisprudenza di merito, aveva negato la validità di queste clausole, in base alla considerazione che non è possibile estendere l'assicurazione ad eventi che si sono già verificati⁴²; in seguito la Corte di Cassazione si è però espressa in senso favorevole, salva la necessità di effettuare una verifica caso per caso⁴³. In attesa di un intervento delle sezioni unite, la Corte di Cassazione

40. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, *Contr. e impr.*, 2013, p. 401.

41. Ne consegue l'esclusione della copertura assicurativa per i sinistri che pur essendosi verificati durante la vigenza della polizza, sono stati denunciati in un tempo successivo.

42. T. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, *Giur. mer.*, 1997, p. 700; T. Bologna, 2 ottobre 2002; T. Roma, 1° marzo 2006; T. Genova, 8 aprile 2008.

43. T. Crotone, 8 novembre 2004; T. Milano, 5 luglio 2005, *Full.*, 2006, 438; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, *Contr.*, 2005, 1071; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273; Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, *Giur. it.*, 2014, 803, con nota di Magni, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*.

ha altresì stabilito che tali clausole necessitano di specifica approvazione per iscritto solo nel caso in cui svolgano una funzione limitativa della garanzia⁴⁴. Ancora successivamente le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno stabilito che tali clausole non sono in linea di principio vessatorie; in materia di contratti del consumatore tali clausole possono però essere nulle ove determinino un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; notevole interesse riveste inoltre la precisazione che tali clausole possono risultare nulle per difetto di meritevolezza anche al di fuori dei contratti del consumatore⁴⁵.

A volte la giurisprudenza di merito ha ritenuto che tali clausole siano nulle nella misura in cui escludono la copertura per i sinistri verificatisi durante la vigenza della polizza, ma denunciati successivamente alla sua scadenza, con conseguente applicazione di quanto disposto dall'art. 1917 c.c.⁴⁶; il che peraltro evidenzia, oltre che una crescente propensione della giurisprudenza a controllare il contenuto del contratto e se necessario a ricondurlo ad equità, la sostituzione di una clausola nulla con una norma dispositiva, in conformità del resto al modello dei contratti dei consumatori. La nullità parziale tende dunque a diventare necessaria, con conseguente sostituzione della clausola nulla con la norma dispositiva che si intendeva derogare in modo non consentito⁴⁷.

Anche in ambito societario si è deciso che nelle operazioni di finanziamento delle società, l'accordo dei soci dal quale scaturisca in concreto un'esclusione costante e assoluta dell'alea tipica dell'investimento finanziario va valutato quale tentativo di eludere il divieto del patto leonino con conseguente non meritevolezza di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.⁴⁸; il che conferma la propensione della Corte di Cassazione ad estendere il controllo contenutistico del contratto anche al di fuori dei contratti del consumatore in virtù dell'applicazione della clausola di meritevolezza⁴⁹. In questa prospettiva il giudizio di immeritevolezza può riferirsi non solo ai contratti atipici in senso stretto, ma anche a più contratti inscindibilmente collegati che costituiscono un'operazione economica unitaria⁵⁰, o ancora a singole clausole che snaturano il tipo.

44. Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, *Contr.*, 2005, 1071; T. Milano, 18 marzo 2010, n. 3527; Cass., 10 novembre 2015, n. 22891, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 361, con nota di Fermeleglia, *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta dalla Cassazione*.

45. Cass., S.U., 6 maggio 2016, n. 9140, *Giur. it.*, 2016, p. 1301; *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1434; nel senso della nullità parziale, con sostituzione del termine di prescrizione legale: T. Livorno, 27 luglio 2016, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1441; con commento di G. Facci, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 1523-1532.

46. G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 1523-1532, in partic. p. 1528, ivi riferimenti.

47. Più ampiamente: P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit.

48. A. Milano, 19 febbraio 2016, n. 636, *Giur. it.*, 2016, 1652, con nota di Petrucci, *Brevi note in tema di clausole di put & call a prezzo predefinito rispetto al divieto del patto leonino*.

49. Più ampiamente: P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, V, *Il contratto*, Torino, 2017, Cap. IV, Sez. I.

50. E. GABRIELLI, *Operazione economica e teoria del contratto: studi*, Milano, 2013.

Parimenti in materia di fornitura a domicilio di prestazioni didattiche, la giurisprudenza ha ritenuto che la meritevolezza debba essere esclusa in caso di prevaricazione o approfittamento in danno del contraente debole⁵¹; in materia di contratti atipici aventi ad oggetto terreni da adibire a discarica di rifiuti, si è ritenuto che rientri nei poteri del giudice sindacare uno squilibrio contrattuale inaccettabile⁵².

Notevole interesse riveste altresì una sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione in materia di preliminare di preliminare, la quale ha ritenuto che una tale tipologia contrattuale sia meritevole di tutela ogniqualvolta sia configurabile un interesse delle parti alla formazione progressiva del contratto⁵³.

Qualche perplessità sorge peraltro sotto il profilo dei rapporti con le figure classiche dell'invalidità e della responsabilità; la Corte di Cassazione era infatti giunta a distinguere con grande chiarezza a seconda che fossero state violate regole di validità, con conseguente invalidità del contratto, o regole di responsabilità, con conseguente risarcimento del danno; in particolare la mera violazione di regole comportamentali, specie in materia di contratti finanziari, non comportava invalidità del contratto, ma unicamente l'obbligo di risarcimento del danno⁵⁴. Il riconoscimento che l'eccessivo squilibrio contrattuale

51. P. Salerno, 23 febbraio 1993, *Dir. e giur.*, 1995, p. 261.

52. Cass., 1° aprile 2011, n. 7557, *Foro pad.*, 2012, I, p. 358; PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1246-1261, p. 1251, nota 30.

53. Cass., S.U., 6 marzo 2015, n. 4628.

54. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, *Foro it.*, 2006, I, p. 1105, con nota di Scoditti; *Giur. it.*, 2006, p. 1599; Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724, *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 432, con nota di Salanitro, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dictum*, *CorrG*, 2006, p. 669, con nota di Genovesi; *Contr.*, 2006, p. 446, con nota di Poliani; *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1269, con nota di Greco; *Giur. comm.*, 2006, II, p. 626, con nota di Salodini; *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 275, con nota di Nappi, *Responsabilità precontrattuale: il dictum delle sezioni unite al collaudo di un giudizio applicativo*: "La violazione dei doveri di informazione del cliente e del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse con il cliente o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente stesso, posti dalla legge a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, non danno luogo ad una nullità del contratto di intermediazione finanziaria per violazione di norme imperative; se tali infrazioni avvengono nella fase precedente o coincidente con la stipula del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti, ricorre una ipotesi di responsabilità precontrattuale con il conseguente obbligo di risarcimento; quando, invece, le violazioni riguardano operazioni di investimento (o disinvestimento) compiute in esecuzione del contratto, si configura una responsabilità contrattuale che può eventualmente condurre alla risoluzione dello strumento negoziale"; Cass., 3 giugno 2010, n. 13477; T. Roma, 24 novembre 2010, *Foro pad.*, 2011, p. 335; Cass., 29 dicembre 2011, n. 29864, *Foro it.*, 2012, p. 2120; T. Pisa, 15 marzo 2012, n. 311; si vedano inoltre: MORELATO, *Violazione di obblighi di informazione e responsabilità dell'intermediario finanziario*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1616; MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di condotta*, in *Contr. e impr.*, 2006, I, p. 944; PANZINI, *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 982; GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, *Studi*, Comporti, Milano, 2008, III, 2469; EMILIOZZI, *Violazione degli obblighi di informazione da parte degli intermediari finanziari e rimedi per il risparmiatore tradito: aspettando le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Studi Messinetti*, 2008, p. 387; VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Studi Messinetti*, Napoli, 2008, p. 1011; CALVO, *Il risparmiatore disinformato tra poteri forti e tutele deboli*, *Riv.*

può comportare immeritevolezza del contratto atipico a predisposizione unilaterale, può viceversa riaprire la questione della rilevanza della scorrettezza e dei comportamenti in contrasto con la buona fede; in questa prospettiva la scorrettezza che consiste nel predisporre contratti atipici fortemente squilibrati in favore della banca può comportare a monte esclusione della meritevolezza del tipo contrattuale. Si consideri che sarebbe peraltro possibile raggiungere all'incirca i medesimi risultati in virtù di un approccio più tradizionale; in particolare sarebbe sufficiente ritenere che l'eccessivo squilibrio del contratto possa comportare nullità del medesimo per carenza per lo meno parziale di un elemento essenziale, vale a dire la causa del contratto⁵⁵. L'eccessivo squilibrio contrattuale potrebbe inoltre essere sanzionato sotto il profilo della buona fede o dell'equità, con conseguente inefficacia del contratto o di singole clausole di esso in conformità al modello dei contratti dei consumatori o più in generale dei contratti asimmetrici⁵⁶.

A questo proposito pare peraltro opportuno distinguere a seconda che si tratti di squilibrio normativo o economico; come è ben noto, lo squilibrio normativo, vale a dire lo squilibrio dei diritti e dei doveri, può comportare la nullità delle clausole contrattuali in questione, se si tratta di contratti del consumatore; nulla è previsto con riferimento ai contratti di diritto comune; è peraltro possibile ritenere che una tale soluzione possa essere generalizzata all'intero settore contrattuale in applicazione del principio di buona fede in senso oggettivo (art. 1337 c.c.).

Nulla è previsto con riferimento allo squilibrio economico; o meglio in materia di contratti del consumatore è specificamente escluso che la determinazione del carattere vessatorio della clausola attenga alla determinatezza dell'oggetto o all'adeguatezza del corrispettivo, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile (art. 34, 2° comma, c.d.c.)⁵⁷; ne consegue la tendenziale irrilevanza in questa tipologia di contratti dello squilibrio economico; nulla è previsto con riferimento ai contratti di diritto comune, ma è ricorrente l'affermazione, sia in dottrina⁵⁸ che in giurisprudenza⁵⁹, che in genere lo squilibrio tra le prestazioni, ancorché notevole, non vale ad inficiare il contratto sotto il profilo della causa, salvi gli estremi della lesione o di un vizio del consenso. Se ne può dedurre la tendenziale irrilevanza dello squilibrio economico del contratto, purché frutto di un consenso consapevole ed informato.

trim. dir. e proc. civ., 2008, p. 1431; PROSPERI, *Violazioni degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 936, nonché in *Studi Cian*; GUADAGNO, *Violazione degli obblighi di condotta da parte dell'intermediario finanziario: lo stato dell'arte dopo le sezioni unite*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 293.

55. SABATELLI, *Validità del prodotto finanziario My Way e tutela dell'investitore*, *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, II, p. 356, p. 368.

56. Cass., 23 maggio 2011, n. 11295, *GC*, 2012, p. 430.

57. Cass., 20 settembre 2013, n. 21600.

58. P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit.

59. Cass., 4 novembre 2015, n. 22567.

5. L'eccessivo squilibrio nei testi di soft law.

Notevole interesse riveste a questo proposito anche quanto previsto dai principali testi di *soft law* in tema di eccessivo squilibrio tra le prestazioni; in particolare ai sensi dell'art. 3.10 PICC una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si noti che l'annullamento ha luogo tendenzialmente in via stragiudiziale. Su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può peraltro anche adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio. Il riequilibrio giudiziale dei contratti squilibrati può dunque scongiurarne la caducazione.

In termini molto simili ai sensi dell'art. 4.109 PECL una parte può annullare il contratto se al momento della sua conclusione fosse in situazione di bisogno economico e la controparte se ne sia avvantaggiata in modo ingiusto; nei casi di questo genere il giudice, dietro domanda della parte interessata, ha peraltro la facoltà di scongiurare l'annullamento modificando il contratto in modo tale da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e correttezza. Quindi ancora una volta la revisione giudiziale del contratto che nasce squilibrato può evitarne la caducazione.

Notevole interesse riveste inoltre l'art. 4.110 PECL, ai sensi del quale una parte può annullare una clausola che non sia stata oggetto di trattativa individuale ogniqualvolta, in contrasto con la buona fede e la correttezza, provochi un significativo squilibrio nei diritti e nelle obbligazioni contrattuali, senza distinguere a seconda che si tratti di contratti del consumatore o comuni.

6. La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel BGB e nel Codice Napoleone.

Del resto significative conferme di questo approccio emergono anche a livello europeo, dove si va sempre più diffondendo il controllo contenutistico del contratto in virtù delle clausole vessatorie; a questo proposito è inoltre possibile ricordare che in sede di riforma del BGB (2002) e del codice Napoleone (2016), il nuovo modello delle clausole vessatorie è stato ulteriormente generalizzato. In particolare in Germania il nuovo § 307 BGB in termini del tutto generali stabilisce che le condizioni generali di contratto che in contrasto con la buona fede svantaggiano in modo non appropriato la controparte, sono inefficaci; in termini molto simili, ai sensi dell'art. 1171 del nuovo testo del codice Napoleone, nei contratti d'adesione tutte le clausole che creano un significativo squilibrio tra i diritti e le obbligazioni dei contraenti si considerano non scritte.

Sia in Germania che in Francia il legislatore non prende dunque più in considerazione la qualità dei contraenti, ma piuttosto la natura del contratto⁶⁰; in questa prospettiva la

60. SIGNAT, *Le dispositif de protection contre les clauses abusives: regards croisés franco-allemands*, RIDC, 2016, pp.

distinzione fondamentale sembra essere quella tra contratti d'adesione e contratti oggetto di trattativa individuale. Se il contratto è d'adesione e quindi le singole clausole non sono state concordate, il rimedio è costituito dalla nullità parziale necessaria, con conseguente riespansione del diritto dispositivo; se viceversa le singole clausole sono state frutto di accordo, esse sono considerate valide.

Ne consegue un'indubbia tendenza espansiva del modello consumeristico delle clausole vessatorie anche nel settore dei contratti comuni, specie se non oggetto di trattativa individuale.

7. Nullità e ordinamento sportivo.

Delicata può essere la questione anche nel caso in cui il contratto si ponga in contrasto con norme interne di un'organizzazione sportiva; si pensi per esempio a prescrizioni circa la forma del contratto, e così via. La Corte di Cassazione ha ritenuto che nei casi di questo genere il contratto non possa considerarsi nullo per violazione di norme imperative, dato che tali norme hanno efficacia puramente interna, ma che comunque non possa considerarsi produttivo di effetti per inidoneità del negozio a perseguire uno scopo meritevole di tutela⁶¹.

Anche in questo caso ne consegue un'autonoma rilevanza della clausola di meritevolezza di cui all'art. 1322, 2° comma, c.c., in contrasto con l'orientamento tradizionale della giurisprudenza che un tempo escludeva la possibilità di un controllo ulteriore rispetto a quello di liceità. Anche i casi in questione potrebbero peraltro essere ricondotti nell'alveo della nullità del contratto per violazione di norme imperative federali, interne alle organizzazioni sportive, ma non per questo prive di rilevanza sul piano generale.

8. Vincoli di destinazione e meritevolezza dell'interesse.

Non solo la dottrina e la giurisprudenza, ma anche il legislatore ha recentemente dato segno di voler rivitalizzare il concetto di meritevolezza dell'interesse. In particolare in materia di vincoli di destinazione è specificamente previsto che tali vincoli possono essere costituiti esclusivamente per la realizzazione di finalità meritevoli di tutela; anche in questo caso gli interpreti si sono sbizzarriti nel tentativo di attribuire un significato a questo concetto⁶²; secondo un primo orientamento, il controllo di meritevolezza dovrebb-

863-882, in partic. p. 869; BUYUKSAGIS, *L'article 1171 du code civil français à la lumière du dispositif turc de protection contre les clauses abusives*, ivi, pp. 883-890; CALLEROS, *U.S. unconscionability and article 1171 of the reformed french civil code*, ivi, pp. 891-905.

61. Cass., 5 gennaio 1994, n. 75, *Giur. cin.*, 1994, I, p. 1230; *FI*, 1994, I, p. 413; *Giur. it.*, 1994, I, p. 1498; Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, *Contr.*, 2004, p. 881; Cass., 20 settembre 2012, n. 15934; Cass., 23 settembre 2015, n. 18807, *Resp. cin. prev.*, 2015, p. 1984; diffusamente: FACCI, *Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo*, *Contr. e impr.*, 2013, p. 645.

62. Più ampiamente: P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit., III, cap. 53, § 5.

be essere appiattito su quello di liceità, in conformità a quella che un tempo era l'opinione dottrinale più diffusa in materia di contratti atipici (art. 1322, 2° comma, c.c.)⁶³; prevale peraltro l'opinione, sia in dottrina che in giurisprudenza⁶⁴, che si debba procedere ad una valutazione comparativa degli interessi in gioco ed in particolare dell'interesse per il quale è stato costituito il vincolo, con quello dei creditori a soddisfarsi sull'intero patrimonio del debitore (art. 2740 c.c.)⁶⁵. Il che conferma come ai fini del giudizio di meritevolezza appaia centrale anche in questo ambito procedere ad una valutazione comparativa degli interessi in gioco.

63. Nel senso che non appare legittima alcuna delimitazione degli interessi che i privati possono perseguire costituendo un vincolo di destinazione: T. Prato, 12 agosto 2015, n. 942.

64. T. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, n. 399, *Riv. not.*, 2015, p. 364.

65. P. GALLO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *sub* art. 2740, Milano, 2016.

TENTAZIONI PERICOLOSE: IL MIRAGGIO DELL'USURA SOPRAVVENUTA

GIUSEPPE GUIZZI

Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

SOMMARIO: 1. Mutui a tasso fisso e usura sopravvenuta: quando si vuol vedere quello che non c'è. – 2. Gli argomenti a sostegno della tesi che considera il superamento successivo della soglia usura alla stregua di una fattispecie di nullità (sopravvenuta) parziale *ex* art. 1419, secondo comma, c.c. – 3. Le ragioni del dissenso: il dimenticato ruolo della norma dell'art. 1, comma secondo, d.l. 394/2000. – 4. *Segue*: le aporie sistematiche delle tesi che postulano l'applicazione degli artt. 1419 e 1339 c.c. – 5. Squarciando il velo dell'usurarietà sopravvenuta: voler conseguire un risultato che l'ordinamento non consente, invece, di ottenere.

1. Dinanzi alla recentissima ordinanza del 31 gennaio 2017 n. 2484 con cui è stata rimessa alle Sezioni Unite la soluzione del contrasto in merito alla questione riguardante la possibilità di configurare, rispetto ai mutui a tasso fisso, un vizio di nullità per usurarietà sopravvenuta la prima sensazione di chi scrive non è diversa da quel senso di disincantata perplessità così vividamente espresso nelle parole che Italo Calvino fa pronunciare al suo Carlo Magno - in apertura del romanzo conclusivo della trilogia "*I nostri antenati*" - allorché, nel passare in rassegna le truppe sotto le mura di Parigi, imbattendosi nella candida armatura del cavaliere Agilulfo, che pretende di esistere pur a dispetto della sua incorporeità, esclama: "Mah, quante se ne vedono!".

Gli è che l'idea che sia possibile ipotizzare, nel contesto di operazioni di mutuo a tasso fisso, che il tasso di interesse, pur lecitamente pattuito al momento della conclusione del contratto, con il trascorrere del tempo possa cessare di essere predicato tale perché risultante superiore alla soglia indicante la misura degli interessi usurari, e ciò in conseguenza della sopravvenuta progressiva riduzione di quest'ultima, nemmeno dovrebbe potersi, a rigore, ragionevolmente prospettare. Sotto questo profilo, infatti, la disposizione contenuta nell'art. 1, primo comma, del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394 (convertito con modificazioni nella l. 28 febbraio 2001 n. 24) – dettata per rimuovere un simile dubbio emerso all'indomani dell'approvazione della legge 108/1996, e originato proprio dalla peculiare configurazione del criterio mobile utilizzato per identificare la misura degli interessi usurari¹ - avrebbe dovuto chiudere (anche ammesso

1. Nell'impostazione fatta propria dal nostro legislatore la misura dell'interesse individuato come usurario è pari (secondo la formula delineata dall'art. 8 d.l. n. 70/2011, che ha parzialmente modificato quella prevista in principio dalla legge 108/1996) al tasso di interesse corrispondente alla media dei tassi di interessi, rilevati trimestralmente, applicati sul mercato in relazione alla medesima tipologia di operazioni creditizie, aumentata di un quarto e

che potesse davvero aprirsi) definitivamente ogni questione, atteso che il legislatore aveva avuto cura di precisare come non solo ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. ma anche nella prospettiva dell'applicazione dell'art. 1815, 2° comma, c.c., per usurari debbano intendersi soltanto «gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento».

E tuttavia, nonostante la chiarezza dell'enunciato normativo², la convinzione che i mutui a tasso fisso non possano restare del tutto insensibili e indifferenti a eventuali riduzioni, nel tempo, della soglia usura, e che l'ordinamento non possa astenersi dall'apprestare rimedi per rimuovere, là dove si verificchi, tale anomalia, non è stata mai, in definitiva, del tutto abbandonata dagli interpreti, ancorché poi diversi siano stati i percorsi e gli itinerari seguiti per arrivare a tale risultato³.

Dinanzi alla pervicace resistenza di un'idea siffatta⁴ – ancora riaffermata in tempi recentissimi persino dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁵, tanto da rendere necessa-

maggiorata di quattro punti percentuali, poi prevedendosi che in nessun caso la differenza tra soglia e tasso medio può eccedere gli otto punti percentuali. Il tasso di interesse usurario rappresenta, dunque, per esprimersi nel linguaggio delle scienze matematiche, il risultato di una funzione nell'ambito della quale mentre il tasso medio costituisce la variabile indipendente il tasso soglia ne rappresenta, invece, quella dipendente. Pertanto costituisce una conseguenza non solo inevitabile, ma anche e soprattutto normale e prevedibile, che, a un'eventuale riduzione dei tassi mediamente applicati sul mercato – quali che siano i fattori che la abbiano generata (se ad esempio una più accentuata concorrenza tra intermediari attraverso la leva del prezzo, ovvero quelle circostanze che a livello macroeconomico sono suscettibili di influenzare il costo del denaro) – corrisponda anche una proporzionale riduzione della soglia usura.

2. Di contrario avviso è, invece, F. GAMBINO, *L'usura «sopravenuta» e l'indigenza del dato normativo*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 882 ss., per il quale l'art. 1, comma primo, del d.l. 394/2000 sarebbe «incapace di rimuovere dubbi ed incertezze», e ciò perché la circostanza che l'ambito di operatività della norma di interpretazione autentica sia limitato «ai fini dell'applicazione dell'art. 644 codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, codice civile» (...) di per sé non esclude la possibile rilevanza «ad altri fini» di eccedenze del tasso pattuito rispetto al tasso soglia vigente al momento del pagamento» (così p. 883 nota 1). Per una puntuale disamina delle ragioni che non rendono condivisibile tale impostazione cfr., *infra*, sub § 3.

3. Per una ricostruzione dei diversi orientamenti seguiti al fine di continuare a reprimere l'«usura sopravvenuta», cfr. G. FAUCEGLIA, *sub art. 1815*, in *Commentario codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 190 ss., in specie p. 205 ss.; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, in AA.VV., *I contratti per l'impresa. II. Banca, mercati, società*, a cura di G. Gitti-Maris), Maugeri-M. Notari, Bologna, 2012, p. 25 ss., in specie p. 40 ss.; ma sul tema anche A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 163 ss. Per la più compiuta ricostruzione del dibattito e delle diverse posizioni emerse sul tema cfr., proprio in commento all'ordinanza della prima sezione 2484/2017, S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, in *Corriere giur.*, 2017, p. 608 ss.

4. Un'idea che trae peraltro alimento – è il caso di notarlo – proprio dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 29 del 14 febbraio 2002, che pure ha respinto, siccome infondate, le censure di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma primo, d.l. 394/2000, sotto il profilo della violazione degli artt. 3, 24, 35, 41 e 47 Cost., denunciate, all'indomani della sua entrata in vigore, dalla giurisprudenza di merito, ritenendo che la norma rispondesse ad una reale ed effettiva esigenza di soluzione di un dubbio interpretativo. In un passaggio della motivazione, non essenziale per vero ai fini di dirimere il dubbio di costituzionalità, e dunque costituente un *obiter dictum*, il Giudice delle leggi ha affermato, infatti, che resterebbero «estranei all'ambito della norma impugnata gli ulteriori istituti di tutela del mutuatario dinanzi al fenomeno usurario, secondo la disciplina generale codicistica dei rapporti contrattuali», così allora adombrando l'esistenza di possibili rimedi con cui governare il rischio di una usurarietà sopravvenuta.

5. In questo senso, ad esempio, cfr. ancora Cass., 17 agosto 2016, n. 17150, non a caso richiamata nella

rio l'intervento della stessa nella sua più alta espressione nomofilattica – mi sembra utile tornare⁶ brevemente ad illustrare le ragioni per cui, a mio avviso, la tesi che riconosce una qualche incidenza sul contratto di mutuo a tasso fisso, pure validamente stipulato, al fenomeno dell'usura sopravvenuta non possa trovare ingresso nel sistema, e come i tentativi di argomentare in contrario, in tutte le loro varianti, non solo siano fatalmente destinati all'insuccesso - al pari dei vani sforzi del giovane Rambaldo, nel toccante finale del romanzo di Calvino, di rimettere in piedi la bianca armatura di Agilulfo – ma rischino, anzi, di condurre a conseguenze palesemente irragionevoli.

2. L'itinerario argomentativo, almeno negli interpreti più consapevoli⁷, attraverso cui viene prospettata l'idea che la misura degli interessi, pure in principio lecitamente pattuita – in quanto inferiore, all'atto della stipula, a quelli usurari – possa divenire, nel corso del rapporto, illecita a causa della riduzione della soglia usura conseguente alla riduzione dei tassi mediamente applicati sul mercato, fa leva essenzialmente sulla considerazione che quello di mutuo (ma il discorso è ripetibile per ogni operazione creditizia) è un rapporto la cui attuazione è destinata a proiettarsi su di un piano di durata, sicché la regola che fissa il criterio di calcolo degli interessi, appunto in quanto essi sono destinati a maturare giorno per giorno, dovendo trovare applicazione *ripetuta nel tempo* dovrebbe sempre conservarsi coerente con la norma imperativa che vieta l'imposizione di interessi usurari in ogni momento in cui essa è destinata a trovare applicazione. In altri termini, secondo questa impostazione⁸, negare rilevanza alla circostanza, seppure solo sopravvenuta e per fatto estraneo a qualsiasi possibilità di controllo delle parti, del superamento della soglia di usurarietà significherebbe accedere a una soluzione che contrasta con la *ratio* ispiratrice della legge 108/1996, la cui funzione è di vietare, considerandoli illeciti, tassi di interessi che si discostino in misura irragionevole da quelli che sono mediamente applicati sul mercato.

stessa ordinanza 2484/2017 quale segno del perdurante contrasto giurisprudenziale.

6. Sul tema mi sia permesso rinviare a quanto ho già avuto modo di accennare, nei primi anni di vigenza della disciplina dettata dalla legge 108/1996, in *Congruià dello scambio e contratti di credito (Ancora una breve riflessione intorno ai rapporti tra mercato e teoria del contratto)*, in AA. VV., *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 438 ss, nonché alle considerazioni svolte, più di recente e con maggiore ampiezza, in *L'ABF; il problema della "usura sopravvenuta" e il sistema dei rimedi: in cauda venenum*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, p. 284 ss.

7. Come segnala, infatti, anche l'ordinanza di rimessione non sempre la giurisprudenza, neppure quella della Suprema Corte, mostra precisa consapevolezza del problema; emblematica, in questo senso, la sentenza 17 agosto 2016, n. 17150, poc'anzi citata (e che l'ordinanza assume, come detto, quale simbolo dell'esistenza di un contrasto interpretativo da dirimere attraverso l'intervento delle Sezioni Unite), la quale nemmeno si pone il problema del rilievo ostativo, alla configurabilità di una nullità sopravvenuta per successivo superamento della soglia usura, che può assumere la norma interpretativa dettata dall'art. 1, comma primo, d.l. 394/2000.

8. Per questa impostazione si veda in dottrina, in particolare, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti*, cit., p. 164 ss.; ma nel medesimo senso anche alcuni orientamenti dello stesso Arbitro Bancario Finanziario: così ad esempio *ABF-Collegio di Roma*, 29 febbraio 2012, n. 620.

Né d'altra parte un impedimento al riconoscimento della rilevanza dell'usura sopravvenuta potrebbe trovarsi nella disposizione, già rammentata, dell'art. 1 del d.l. 394/2000 – là dove sancisce il principio che ai fini dell'accertamento del carattere usurario rileva, anche ai fini dell'art. 1815, comma secondo, c.c., solo il momento della stipulazione del contratto. Secondo i sostenitori di questa impostazione, infatti, la norma in questione – quand'anche non la si volesse considerare soltanto una disposizione di diritto transitorio, e dunque destinata a disciplinare esclusivamente il problema della sorte dei contratti stipulati prima della entrata in vigore della legge 108/1996, – non potrebbe avere la forza di derogare al principio che vuole che la regola che fissa la misura degli interessi non conduca, per tutto il tempo in cui il rapporto è destinato a trovare attuazione, all'applicazione di un interesse usurario secondo il parametro tempo per tempo vigente. Essa avrebbe, invece, la più limitata funzione, da un lato, di escludere la rilevanza penale dell'usura sopravvenuta, e dall'altro, sul piano civilistico, non già di impedire che gli interessi divenuti eccedenti rispetto alla soglia possano essere qualificati illeciti per contrarietà a norma imperativa⁹, bensì di precludere l'operatività della previsione dall'art. 1815, secondo comma, c.c. nella parte in cui essa prevede che nel caso di superamento della soglia usura non è più dovuto alcun interesse, consentendo pertanto la riesplorazione del principio dettato dall'art. 1419, secondo comma, c.c., e la conseguente integrazione del contratto con un tasso sostitutivo ai sensi dell'art. 1339 c.c.

3. La ricostruzione che vorrebbe assegnare rilevanza al fenomeno dell'usura sopravvenuta, con la conseguente declaratoria di nullità della pattuizione di interessi a far data dal giorno in cui la soglia degli interessi usurari sia discesa al di sotto della misura dell'interesse convenuto – ancorché poi con una integrazione del contratto e quindi con l'applicazione di un interesse sostitutivo - non appare convincente, e per più motivi.

In disparte la considerazione che il rapporto di mutuo si inquadra con difficoltà nella schema di quelli originati da contratti di durata classicamente intesi¹⁰, e rispetto

9. Per questa lettura G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giudiziale e interpretazione "autentica"*, in AA.VV., *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 30 ss., in specie p. 82 ss. e ancora di recente ID, *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 103 ss. secondo il quale «la legge di interpretazione autentica presuppone la nozione di interesse usurario: la assume cioè nella propria fattispecie», vale a dire quella delineata dall'art. 2 della legge 108/1996.

10. Come non si è mancato di rilevare in dottrina (cfr., in questo senso, già F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1447 ss., in specie p. 1450; di recente con particolare chiarezza anche C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in AA. VV., *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Torino, 2016, p. 433 ss., in specie p. 534 ss.) l'obbligazione di pagamento degli interessi gravante sul mutuatario non sorge – almeno nei rapporti come il mutuo a tasso fisso caratterizzati da un piano di ammortamento predefinito - al momento della scadenza delle singole rate, ma istantaneamente all'atto della conclusione del contratto, ossia, attesa la sua natura reale, all'atto della consegna della somma capitale; ne consegue perciò, a rigore, che il pagamento delle singole rate, attraverso cui si realizza la sua restituzione, rappresenta solo una forma frazionata di adempimento di un'unica obbligazione restitutoria validamente sorta, tanto con riferimento al capitale quanto agli interessi, appunto al momento della dazione della

ai quali più si ataglia la disciplina della “nullità sopravvenuta” come elaborata dalla giurisprudenza, mi sembra innanzitutto alquanto sbrigativo, e soprattutto assiomatico, l’argomento basato sulla natura meramente transitoria della disposizione dettata dall’art. 1 del d.l. 394/2000. Vero è, infatti, che tale previsione è stata adottata sotto la spinta dell’esigenza di individuare un criterio di soluzione del problema in un momento storico in cui il rischio della concretizzazione del fenomeno dell’usura sopravvenuta si presentava statisticamente assai elevato – attesa la radicale novità di un sistema, come quello introdotto dalla legge 108/1996, che sostituiva l’impostazione tradizionale per cui il carattere usurario del contratto dipendeva da una valutazione in concreto del contesto in cui si collocava l’operazione di finanziamento (vale a dire dell’esistenza di una condizione di bisogno del sovvenuto e di un suo approfittamento da parte del sovventore) con un accertamento di tipo esclusivamente oggettivo, come appunto il rapporto tra misura dell’interesse pattuito e tassi medi di mercato. Ma vero è anche che, avendo il legislatore del 1996 optato per l’adozione di un criterio mobile di individuazione dell’interesse usurario legato all’andamento medio dei tassi di mercato, il rischio di un progressivo disallineamento tra tasso pattuito e soglia usura, e che il primo possa risultare, a causa di una progressiva riduzione dei tassi mediamente applicati, a partire da un certo momento in poi superiore alla seconda, diviene una eventualità immanente a tale tipologia di operazioni e poi destinata ad accentuarsi in contingenze macroeconomiche, come quelle degli ultimi anni, caratterizzate da una generalizzata e drastica riduzione del costo del denaro.

Orbene, se si muove da questa premessa, mi sembra davvero difficile negare che la norma, più che dettata per gestire un problema di diritto transitorio, destinato progressivamente a scomparire con l’entrata a regime della nuova disciplina, abbia avuto un’autentica valenza interpretativa della disciplina generale. Chiarendo che la verifica circa l’usurarietà degli interessi si esaurisce al momento della loro pattuizione il legislatore ha inteso scongiurare, non solo per il passato ma anche, in prospettiva, per il futuro, l’eventualità che l’adozione di un criterio mobile di determinazione della soglia usura, agganciato alle variazioni delle medie di mercato, di fatto determinava: vale a dire quello di rendere potenzialmente *contra legem* la tipologia delle operazioni di credito a tasso fisso in quanto tali¹¹.

somma medesima.

11. E per una puntualissima sottolineatura in ordine alla inadeguatezza del «rimedio civilistico disciplinato dall’art. 1419 c.c.» il quale non solo «frantumerebbe l’equilibrio contrattuale» ma esporrebbe «il prestatore al rischio di tassi crescenti senza il vantaggio di poter profittare dei tassi decrescenti, e con ciò si disincentiverebbe in modo drastico la stipulazione di finanziamenti poliennali a tasso fisso, mentre è noto che i finanziamenti a tasso fisso sono graditi a coloro che dispongono di un reddito fisso, ossia alle categorie sociali più ampie e bisognose di tutela, per l’ovvia ragione che per chi dispone di un reddito fisso, un incremento dei tassi su prestiti poliennali è rovinoso.» cfr. la decisione (pure, come si vedrà in appresso, criticabilissima nelle soluzioni operative cui perviene)

Gli è che *in tali operazioni creditizie* la *variazione dei tassi* mediamente applicati sul mercato *integra l'alea normale del contratto*, destinata a gravare, *simmetricamente* seppure in forma evidentemente speculare, *su entrambe le parti*: mentre, infatti, il sovvenuto addivenendo a un contratto caratterizzato da tale tipologia di tasso di interesse è sì protetto dal rischio di un aumento dei tassi di mercato, ma rimane esposto al quello della loro diminuzione, il sovventore è protetto dal rischio della diminuzione, ma soggiace all'eventualità del loro aumento. Ebbene, se si tiene conto di quest'aspetto, ne discende che in assenza di un chiarimento interpretativo come quello contenuto nell'art. 1 del d.l. 394/2000, se si accettasse l'idea – appunto postulata dai sostenitori della tesi della configurabilità dell'usura sopravvenuta – che la verifica di usurarietà deve essere sempre rinnovata tempo per tempo, l'esito sarebbe sostanzialmente quello di espungere dal mercato le operazioni di credito a tasso fisso, le quali finirebbero per non essere in realtà mai configurabili, dal momento che, assegnando giuridica rilevanza al fenomeno della usura sopravvenuta, l'operazione si risolverebbe, in definitiva, in una operazione a tasso potenzialmente variabile, e peraltro solo a beneficio del sovvenuto, con una evidente rottura così della simmetria nella distribuzione del rischio pure programmata e consapevolmente accettata dalle parti al momento della stipulazione del contratto¹².

Assai poco convincente è, poi, anche il secondo tipo di argomento evocato da chi ipotizza la possibilità di assegnare all'usura sopravvenuta rilevanza *sub specie* di causa di nullità, ancorché con effetto *ex nunc*, della relativa pattuizione: vale a dire che la disposizione dettata dall'art. 1, comma primo, del d.l. 394/2000 avrebbe solo la funzione di escludere il rilievo penale del fenomeno, ma non anche le sue implicazioni sul piano civilistico, e in particolare che essa possa legittimare la perdurante applicazione di un interesse contrattuale oramai divenuto *contra legem*.

Una simile argomentazione mi sembra, infatti, omettere di considerare che la nozione di interesse usurario, come tratteggiata dall'art. 2, comma quarto, della legge 108/1996, non rappresenta una "*autonoma fattispecie*"¹³, ma è nozione costruita pur sempre in funzione della repressione penale del fenomeno dell'usura, e che le conseguenze sul piano civilistico, in termini di nullità della pattuizione prevista dall'art. 1815, secondo comma, c.c. sono appunto il riflesso della concretizzazione dell'elemento oggettivo della fattispecie penale. Gli è, allora, che una volta escluso che l'usura sopravvenuta possa integrare, già sul piano oggettivo, un fatto costituente reato, risulta difficile immaginare che vi sia spazio per continuare a predicare la rilevanza del fenomeno usurario sul solo piano civilistico, poi per contrarietà dell'interesse pattuito ad una norma imperativa, quale appunto

dell'ABF – Collegio di coordinamento, 10 gennaio 2014, n. 77, che si può leggere in *Riv. dir. comm.*, II, cit., p. 274 ss.

12. In questo senso sia consentito rinviare a quanto già osservavo in *Congruietà dello scambio e contratti di credito*, cit., p. 452 ss.

13. Così invece, come detto, G. PASSAGNOLI, *Ancora a proposito di regole e principi*, cit., p. 108.

l'art. 2 nella parte in cui identifica i criteri di definizione della soglia usura, la cui funzione è pur sempre, e soltanto, quella di individuare uno degli elementi costitutivi della fattispecie delittuosa¹⁴.

Insomma, quel che intendo dire, è che reato di usura, definizione di interesse usurario e nullità delle pattuizioni con cui il tasso contrattuale viene fissato, *simul stabunt simul cadent*¹⁵, e che dunque, una volta venuta meno l'usurarietà degli interessi ai fini penali, non è plausibile ipotizzare che la nozione di interesse usurario conservi rilievo ai soli fini civilistici per trarne la conseguenza, nel caso come quello ipotizzato, della nullità sopravvenuta della pattuizione¹⁶.

4. Del resto che la tesi che assegna rilevanza, sul piano civilistico, al disallineamento, realizzatosi *medio tempore*, tra interesse pattuito e soglia usura come elemento che determina la nullità sopravvenuta della clausola che ne ha fissato la misura convenzionale sia intrinsecamente debole è confermato dalla considerazione che, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, anche i suoi sostenitori non se la sentono di spingere la ricostruzione a quelle che pure dovrebbero essere, a rigore, le sue naturali conseguenze. Lungi, infatti, dall'applicare la previsione dell'art. 1815, comma secondo, c.c., che comporterebbe la nullità della pattuizione di interessi e la gratuità del mutuo, pure gli interpreti inclini a ragionare di nullità sopravvenuta della clausola con cui è pattuita la misura degli interessi, ritengono tuttavia, così, come accennato, restituendo un senso seppure più circoscritto alla norma di interpretazione autentica, che in questo caso non si applichi siffatta più rigorosa regola – la quale evidentemente ripugna al senso di giustizia giacché «l'usurarietà sopravvenuta, al contrario di quella originaria, non palesa un coefficiente di marcata negatività etica perché non è che qui (normalmente) venga in gioco un'illiceità legata alla condotta estorsiva del mutuante»¹⁷

14. Non a caso il quarto comma dell'art. 2 testualmente recita che «il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale oltre il quale gli interessi sono sempre usurari è stabilito...»

15. Diversa è la posizione espressa da G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giudiziale*, cit., p. 46 il quale ritiene che la nozione di usura civilistica si debba declinare in termini autonomi, giacché se così non fosse, e si appiattisse il fenomeno con quello disciplinato dalla norma penale, si realizzerebbe un risultato incongruo perché la nullità verrebbe fatta dipendere dall'accertamento di uno stato soggettivo (l'esistenza del dolo del mutuante) di una delle parti. Il rilievo non mi sembra però pertinente; quel che la dottrina citata non considera è, infatti, che prospettare la sovrapposizione tra usura penale e usura civile non significa dare rilievo anche all'elemento soggettivo del reato, significa solo che la nozione di usura civilistica richiede per essere integrata che si concretizzi l'elemento oggettivo del reato e non l'intera fattispecie delittuosa, intesa cioè come insieme dell'elemento oggettivo e soggettivo.

16. Il punto è colto anche da F. GAMBINO, *L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza*, cit., p. 891, che pur incline ad assegnare rilevanza al fenomeno dell'usura sopravvenuta, e dunque a dare ingresso a rimedi per addivenire ad una riduzione del tasso contrattuale, deve però riconoscere che nella logica introdotta dalla norma di interpretazione autentica «che qualifica usurari solo gli interessi *convenuti* (...) gli interessi *corrisposti* sfuggono alla nozione di interessi usurari», potendosi perciò in questi casi «a rigore discorrere solo di interessi in misura superiore al tasso soglia, ma non di interessi "usurari"» (i corsivi sono nel testo).

17. Così testualmente S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta*, cit., p. 611 (ma

- ma debba trovare applicazione il principio della nullità parziale, con integrazione legale del contratto attraverso un tasso sostitutivo *ex art. 1339 c.c.*, che poi viene ora individuato nell'interesse legale¹⁸, ora nel tasso soglia¹⁹, ora nel tasso medio *pro tempore* vigente²⁰.

Orbene, si tratta, come ognuno vede, di una tesi che appare sistematicamente assai difficile giustificare. Essa è difficile da giustificare in primo luogo perché se si entra nella logica che non c'è spazio per applicare la regola fissata nell'art. 1815, comma secondo c.c., e si sostiene che dovrebbero naturalmente riespandersi i principi generali in tema di nullità di singole clausole, allora prima ancora di poter postulare l'applicazione dell'art. 1419, secondo comma c.c., ci si dovrebbe chiedere se nel caso di specie non si versi piuttosto nell'ipotesi prevista dal primo comma di siffatta disposizione, e più esattamente se la nullità della clausola che fissava la misura dell'interesse a quel determinato livello non travolga l'intero contratto, in quanto clausola essenziale nell'economia dell'operazione almeno per il sovventore²¹.

Ma tale impostazione è difficile da giustificare anche perché, una volta che si ritenga che il superamento della soglia usura, ancorché conseguente ad una riduzione di quest'ultima in ragione dell'andamento nel tempo dei tassi medi di mercato, determini la nullità sopravvenuta della clausola che stabiliva la misura degli interessi dovuti, e che la nullità della clausola non comporti la nullità dell'intero contratto, nel caso di specie non vi è alcuno spazio per ipotizzare il procedimento disciplinato dall'art. 1339 c.c., atteso che evidentemente nel caso delle operazioni creditizie non esiste in realtà il presupposto necessario affinché operi il descritto meccanismo di eterointegrazione, ossia l'esistenza di un "*prezzo autoritativo*" che possa sostituire il prezzo caducato asseritamente *contra legem*, tale non potendosi considerare nessuno dei valori alternativamente evocati²².

il riferimento alla «condotta estorsiva del mutuante» non appare per vero del tutto perspicuo, almeno a mente della nozione oggettiva di usura accolta dall'art. 644, primo comma, c.p. come modificato dalla legge 108/1996, sembrando piuttosto denotare il rinvio alla concezione classica del reato ricollegato ad una condotta di approfittamento del prestatore; evenienza, questa, oggi però confinata alla sola fattispecie dell'usura non qualificata di cui al terzo comma dell'art. 644 c.p.).

18. Questa la posizione che esprime, ad esempio, A. A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti*, cit., p. 167.

19. È la tesi accolta in particolare da Cass., 11 gennaio 2013, n. 892.

20. Per questa soluzione sembra, invece, inclinare S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usuraietà sopravvenuta*, cit., p. 613 ss.

21. Che la pattuizione che definisce la misura degli interessi non possa mai, a rigore, considerarsi come una clausola non essenziale nell'economia dell'operazione di finanziamento è, per vero, fin troppo evidente. Sotto questo profilo, dunque, la previsione dettata dall'art. 1815, comma secondo, c.c., anche nel testo antecedente alla novella del 1996 (il quale prevedeva, esso sì espressamente, che la declaratoria di nullità conseguente all'accertamento dal carattere usurario dell'interesse comportava l'eterointegrazione del contratto, sostituendosi a quello pattuito l'interesse legale) è sempre stata tradizionalmente letta come una deroga – giustificata però dalla necessità di assicurare una maggior tutela alla vittima del reato di usura – alla previsione, altrimenti destinata necessariamente a operare, dell'art. 1419, primo comma, che appunto sancisce che la nullità della singola clausola travolge l'intero contratto là dove investa una pattuizione essenziale (cfr. per tutti M. LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 92 ss., in specie p. 130 ss., nonché per ulteriori riferimenti il mio *Congruità dello scambio e contratti di credito*, cit., p. 442 ss., testo e note).

22. Per un'osservazione analoga cfr. F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta*, cit., p. 1453.

5. Una volta escluso, per le ragioni che ho illustrato, che il disallineamento intervenuto nell'attuazione del rapporto tra interesse, lecitamente pattuito al momento della conclusione del contratto, e soglia usura possa condurre a una declaratoria di nullità, sia pure con effetto *ex nunc*, della pattuizione, resta tuttavia ancora da chiedersi se in realtà l'ordinamento non possa offrire altri rimedi per risolvere il problema che il fenomeno dell'usura sopravvenuta pone. Un problema che, *occultato sotto le mentite spoglie di una sopravvenuta contrarietà a norme imperative*, è, invece, a ben vedere, e più semplicemente, *solo un problema di eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto*²³: appunto perché la circostanza che negli anni di attuazione del rapporto il tasso soglia rilevante a fini usura si sia progressivamente attestato al di sotto del valore del tasso contrattuale, pure lecitamente adottato al momento della conclusione del contratto, denota che per effetto della progressiva discesa dei tassi di mercato, a cui come detto il tasso soglia è parametrato, il costo del finanziamento è oramai diventato eccessivo rispetto al costo a cui, in quel momento, sarebbe possibile indebitarsi sul mercato.

Ebbene, se la questione viene impostata nei suoi autentici e reali termini²⁴, a me sembra che la risposta all'interrogativo non possa che essere a maggior ragione negativa, e ciò per le considerazioni che ho già avuto modo di accennare in precedenza. Nelle operazioni di finanziamento a tasso fisso *la fluttuazione della misura degli interessi applicati in futuro sul mercato* rappresenta un rischio che le parti hanno consapevolmente accettato, e che oltre ad essere ampiamente prevedibile configura *l'alea normale del contratto*.

Nella propria autonoma valutazione del rapporto tra costi e benefici, il soggetto che ha fatto ricorso a questa tipologia di finanziamento ha evidentemente ritenuto prioritario tutelarsi contro l'eventualità di essere esposto al rischio di un aumento del costo dell'indebitamento che avrebbe corso, nel tempo di attuazione dell'obbligazione restitutoria, se avesse scelto quella diversa tipologia di contratto che pure il mercato offre, ossia il contratto di finanziamento a tasso variabile. Ma a fronte di questa scelta egli ha altresì, *consapevolmente, accettato il rischio opposto*, ossia che nel tempo i tassi di mercato possano anche

23. Non a caso si osserva (cfr. S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usura sopravvenuta*, cit., p. 611) che la circostanza che nella usura sopravvenuta il tasso sarebbe divenuto *illegale* per effetto di un mutamento normativo o delle condizioni di mercato» farebbe «inclinare il discorso dal piano della validità a quello della presupposizione».

24. Reali termini che vengono traditi dal rilievo di chi - come S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usura sopravvenuta*, cit., p. 610 - osserva che gli argomenti che ho avuto già modo di avanzare in *L'ABF, il problema della "usura sopravvenuta" e il sistema dei rimedi*, cit., p. 288 ss., «seppure di indubbio spessore [sarebbero] deboli al cospetto di una controreplica che faccia notare come seguitare ad esigere dei tassi fissi fuori mercato sia (se non anti-giuridico) "inopportuno"». La circostanza che la risposta venga cercata non più sul piano della "anti-giuridicità" ma della "inopportunità" dimostra, in maniera fin troppo scoperta, come l'obiettivo dei sostenitori della teorica dalla configurabilità dell'usura sopravvenuta sia solo quello di introdurre, forzando il dettato delle disposizioni di volta in volta evocate, strumenti di gestione autoritativa delle sopravvenienze (e si veda in questo senso molto chiaramente F. GAMBINO, *L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza*, cit., in specie p. 898 ss.).

significativamente ridursi, e quindi alla fine di dover sostenere un costo del finanziamento meno conveniente di quanto aveva preventivato. Così analogamente il finanziatore, scegliendo il tasso fisso, ritiene evidentemente di rinunciare alla possibilità, che avrebbe avuto, invece, nel caso di applicazione di un tasso variabile, di vedere la remunerazione del finanziamento adeguarsi a un andamento crescente dei tassi di interesse applicati sul mercato, ma al tempo stesso è protetto contro il rischio, cui sarebbe stato esposto con il tasso variabile, di non subire una decurtazione della remunerazione qualora il tasso di mercato nel tempo dovesse scendere.

Ma, ripeto, si tratta dei *rischi tipici di questa tipologia di contratti di finanziamento*, e che allora come non possono evidentemente dare ingresso al rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta – che non è tipicamente azionabile appunto né quando essa *dipenda da eventi prevedibili* (come si argomenta, a contrario, dall'art. 1467, primo comma, c.c.) né comunque quando rientri *«nell'alea normale del contratto»* (così l'art. 1467, comma secondo, c.c.) - non possono evidentemente neppure legittimare forzature nell'adozione di altre tecniche rimediali - come appunto sarebbe la nullità sopravvenuta con modificazione autoritativa del tasso, quale sopra esaminata, o come sarebbero altre, sotto certi aspetti anche più eterodosse, soluzioni di rinegoziazione imperativa, in caso di superamento sopravvenuto della soglia usura, basate sulla idea di sopravvenuta inesigibilità degli interessi eccedenti la soglia perché *contra legem*²⁵, o piuttosto di una *“sopravenuta impossibilità parziale”* della prestazione del mutuatario²⁶, ovvero addirittura fondata

25. Questa è, ad esempio, la tesi prospettata da B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso «soglia» della disciplina antiusura e al divieto di anatocismo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 257 ss., in specie 264 ss.; ma in termini non dissimili, F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, nullità e inefficacia della clausola di interessi*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 3103 ss., in specie p. 3112.

26. È la tesi per cui inclinano G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giudiziale*, cit., p. 82 ss., e ora anche S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta*, cit., p. 614, che prospettano che il pagamento degli interessi nella misura risultante dall'applicazione del tasso pattuito sarebbe parzialmente impossibile per *“illiceità sopravvenuta”* rispetto agli interessi eccedenti la soglia, e che dunque il mutuatario, avrebbe diritto, ai sensi dell'art. 1464 c.c., ad una riduzione della prestazione dovuta. Si tratta di una tesi certo suggestiva, ma che non mi pare praticabile; in disparte la considerazione che se si imposta il discorso intorno alla disciplina della impossibilità parziale, e dunque assumendo l'illegalità degli interessi solo per la quota parte attestantesi sopra la soglia, la soluzione più coerente sarebbe quella di identificare la prestazione cui il mutuatario sarebbe tenuto direttamente con il pagamento di un interesse corrispondente al tasso soglia (e non al tasso medio come in conclusione sembra prospettare Pagliantini), senza allora alcun spazio per riconoscere un intervento di integrazione del contratto (e ciò a parte le difficoltà, intraviste dallo stesso Pagliantini, che si pongono ad esportare un meccanismo di eterointegrazione come quello disciplinato dall'art. 1339 c.c. in difetto di un'esplicita previsione), il punto dirimente è, per me, a monte. Vale a dire che questa tesi non è accoglibile per le stesse ragioni che ostano all'accoglimento della tesi della nullità sopravvenuta: ossia che, ove il superamento della soglia sia dipeso da fatti sopravvenuti relativi alla discesa dei tassi medi, e in assenza di un rilievo penale del fatto, è la stessa qualificazione come *contra legem* della misura dell'interesse oggetto del pagamento, ossia, in una parola, *la stessa qualificazione dell'interesse come usurario, che viene a mancare*.

attraverso il termine medio dell'obbligo di buona fede²⁷ – per realizzare un risultato non altrimenti conseguibile. Tecniche rimediali che oltretutto finirebbero per operare solo unilateralmente, perché a vantaggio del solo sovvenuto, rompendo la simmetria dei rischi contrattuali che tutte le operazioni creditizie, siano esse a tasso fisso o variabile, tipicamente portano con sé.

Insomma, quel che mi sembra di poter dire è che in un mercato concorrenziale, che offre molteplici forme di finanziamento e diverse tipologie di tassi di interesse, nelle operazioni a tasso fisso la tutela del sovvenuto contro il rischio che l'andamento dei tassi nel tempo si riveli decrescente non abbia ragione di porsi. E ciò non solo perché (i) egli aveva già, al momento in cui ha concluso il contratto, la facoltà di scegliere un meccanismo - il tasso variabile - che eventualmente eliminava tale rischio (seppure a condizione di accettare il rischio opposto), sicché egli non può pretendere di vedere riscritto, solo per a suo vantaggio (dal momento che con il tasso fisso egli comunque gode del beneficio di essere immune dal rischio dell'aumento dei tassi medi di mercato), la regola di distribuzione della normale alea contrattuale, ma anche, a ben vedere, (ii) perché, in un mercato aperto alla concorrenza, se non vuole continuare a sostenere il costo di un finanziamento

27. È questa la soluzione proposta dall'ABF-Collegio di coordinamento, nella decisione 10 gennaio 2014 n. 77, già in precedenza rammentata, secondo la quale il dovere di eseguire il contratto in buona fede – inteso come regola oggettiva di comportamento che «impone a ciascuna delle parti il dovere di agire in modo da preservare l'interesse dell'altra» - comporterebbe il dovere della banca di «trasferire al prestatore i vantaggi derivanti dalla discesa dei tassi», atteso che in un sistema caratterizzato «dall'esistenza di un margine piuttosto ampio tra tasso medio e tasso soglia» ciò potrebbe nella sostanza avvenire «senza grave sacrificio del prestatore». La soluzione – che sembra ricollegarsi alle tesi proposte in dottrina, seppur cautamente e prima dell'approvazione della norma di interpretazione autentica, da F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta*, cit., p. 1444 ss. - mi pare insostenibile, per le ragioni che ho già avuto modo di spiegare, nel dettaglio, in *L'ABF, il problema della "usura sopravvenuta" e il sistema dei rimedi*, cit., p. 284 ss., cui mi permetto pertanto di rinviare. In questa sede segnalo soltanto che quel che sembra sfuggire all'ABF è che il dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, se ancora può spingersi sino al punto da integrarne il contenuto con la previsione di obblighi ulteriori ove si tratti di colmare una lacuna del regolamento contrattuale, e dunque per fronteggiare una evenienza che le parti non si erano rappresentate, non può invece essere spinto sino al punto di introdurre una previsione - come sarebbe quella che impone alla banca di ridurre il tasso di interesse contrattuale, pure pattuito come tasso fisso, dinanzi alla progressiva riduzione dei tassi di mercato (e dunque per tal via della soglia usura) - che in realtà non solo è un evento prevedibile, ma soverte anche una consapevole scelta delle parti, le quali scegliendo il tasso fisso hanno preventivamente accettato di rendere il contratto insensibile, in un senso come nell'altro, alle variazioni dei tassi di mercato. Del resto, come ho già avuto modo di osservare nel saggio appena citato, anche nell'impostazione seguita nel progetto di un diritto europeo dei contratti – che pure assegna un rilevante ruolo alla buona fede integrativa stabilendo (così il § 2 del Principio II-9:101 del *Draft of Common Frame of Reference*) che ove appaia «*necessary to provide for a matter which the parties have not foreseen or provided for, a court may imply an additional term, having regard in particular to (...) the requirements of good faith and fair dealing*», - è tuttavia ben chiaro che «*Paragraph (2) does not apply if the parties have deliberately left a matter unprovided for, accepting the consequences of so doing*»; il che è proprio la situazione che si verifica nel caso di contratti di mutuo a tasso fisso. Per una severa critica della tecnica argomentativa impiegata del Collegio di coordinamento, considerata espressione di quella sempre più diffusa tendenza a fare della coppia solidarietà-buona fede una sorta di «*parola magica*, incapace di fondare razionalmente la decisione», G. PASSAGNOLI, *Ancora su regole e principi*, cit., p. 106.

oramai divenuto eccessivo rispetto a quelli mediamente praticati, il sovvenuto gode pur sempre della possibilità di rifinanziarsi²⁸, accedendo al credito a condizioni più vantaggiose in modo da estinguere l'esposizione debitoria precedente e rendere così il proprio indebitamento meno oneroso.

28. Possibilità peraltro oggi rafforzata dalle previsioni dettate dall'art. 8 del d.l. n. 7 del 31 gennaio 2007, convertito in l. 2 aprile 2007 n. 40, per ridurre gli ostacoli alla c.d. surrogazione del mutuo. Per una prima ricostruzione del tema cfr. A. A., DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge 40/2007 (c.d. portabilità del mutuo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 395 ss.; S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giur. merito*, 2010, p. 265 ss.

PUBBLICITÀ IMMOBILIARE E PROCEDIMENTO

SARA LANDINI

Prof. associato Università degli Studi di Firenze

SOMMARIO: 1. Pubblicità immobiliare e certezza. Certezza come mezzo e non come scopo – 2. Pubblicità immobiliare e procedimento contrattuale – 3. La trascrizione nel procedimento contrattuale - 4. La trascrizione come procedimento – 5. Le trascrizioni «anomale» - 6. La trascrizione tra forma e sostanza.

1. Pubblicità immobiliare e certezza. Certezza come mezzo e non come scopo.

Firenze 26 Gennaio 1995, via Laura 48 aula 1: “quando siamo in presenza di norme sui contratti a effetti reali, la disciplina che li caratterizza è una disciplina che va al di là dal puro e semplice contratto. Allora è opportuno ragionare in un'altra ottica. Si deve vedere il contratto come una fase del procedimento” (G. Furguele).

La pubblicità immobiliare, come tecnica per risolvere i conflitti tra più aventi causa e come strumento per rendere opponibile a terzi disposizioni contrattuali, viene solitamente abbinata al concetto di certezza del diritto.

La trascrizione, intesa come mero atto di registrazione, rilevarebbe di per sé in quanto criterio formale di soluzione di conflitti tra più aventi causa dal medesimo dante causa e risulterebbe saldamente ancorata a ragioni formali di certezza nella vicenda circolatoria¹.

Da ciò ne dovrebbe derivare che gli atti per i quali opera sono solo quelli indicati dalla legge e che, in caso di “anomalie” nel suo compimento, non vi sarà spazio per considerazioni di tipo funzionale volte a verificare se la “imperfezione formale” abbia o meno inficiato il fine cui il legislatore mirava nel prevedere procedure, presupposti ed effetti.

A ben vedere da tempo, e in specie da ultimo, in ambito di pubblicità immobiliare si danno pronunce giurisprudenziali in cui emerge una rivisitazione di tali assunti.

Così, anche quando si è affermata la tassatività degli atti soggetti a trascrizione relativi a beni immobili, i nostri giudici hanno argomentato a partire dalla *ratio* della norma contenuta nell'art. 2643 secondo interpretazioni che guardano alla certezza del novero degli atti trascrivibili non come un fine ma come un mezzo per perseguire i fini che la norma reca in sé². Si osserva ad esempio che “La ratio della norma di cui all'art. 2645 bis c.c., che prevede

1. Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, I, 1, Torino, 2012, p. 90 ss.

2. Lo stesso concetto di certezza del diritto è ormai in crisi in quella che la dottrina definisce la attuale posmodernità. V. P. GROSSI, *Sull'odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 921. Una certezza del diritto che se presa come “verità dogmatica” non risulta confacente allo sviluppo posmoderno caratterizzato da un utile costante riferimento “a dei principi, viziati forse di indefinitezza ma anche duttili, elasticamente disponibili a tener dietro al mutamento profondo e rapido di questi ultimi decenni”. Sul punto v. F. CARNELUTTI, *La certezza*

la trascrizione del preliminare, nei casi specificamente previsti dal comma 1 della stessa disposizione, consiste nel tutelare il promissario che, all'atto della stipulazione del preliminare o comunque nelle more della stipulazione del contratto definitivo, abbia corrisposto in tutto o in parte il corrispettivo dovuto, contro la eventualità che il promittente si sottragga all'adempimento della obbligazione assunta, ponendo in essere atti di disposizione del bene promesso, tali da rendere impossibile il successivo trasferimento dell'immobile. L'efficacia di tale adempimento è disciplinata dai commi 2 e 3 dello stesso art. 2645 bis ed è usualmente definita prenotazione degli effetti tipici della trascrizione del contratto definitivo, con la conseguenza di fare retroagire la efficacia dichiarativa della trascrizione del contratto definitivo (e non già gli effetti traslativi di detto contratto) al momento della trascrizione del preliminare, con una disciplina identica a quella della sentenza in relazione alla domanda accolta, correlativamente attribuendo alla trascrizione del preliminare, seguita da quella del definitivo, l'efficacia tipica dettata dall'art. 2644 c.c., per cui non sono opponibili all'acquirente le trascrizioni e le iscrizioni eseguite contro l'alienante dopo la trascrizione del preliminare³.

In altri casi i giudici hanno superato il limite della tassatività secondo un'interpretazione teleologica della norma. Così è stato con riferimento alla trascrivibilità di un accordo di mediazione avente ad oggetto la divisione di beni immobili. La conservatoria aveva opposto che l'art. 11 dlgs 28/2010 richiama ai fini della trascrizione solo alcuni atti tipici tra cui non compare la divisione⁴. Argomentazioni funzionali hanno inoltre portato ad ammettere la trascrivibilità di atti di ricognizione catastale⁵.

Si tratta allora di rileggere la disciplina della trascrizione come angolo prospettico privilegiato per guardare al tema della certezza del diritto, movendo da uno degli istituti che

del diritto, in *Discorsi intorno al diritto*, vol. II, Padova, 1953, p. 17; ID., *La crisi della legge*, in *Discorsi intorno al diritto*, vol. I, Padova, 1937, p. 167 ss.; F. LOPEZ DE ONATE *La certezza del diritto*, Roma, 1942, *passim*; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1951, pp. 146-152; Si veda anche per contro C. MIRABELLI, *Il rischio da diritto: il costo della incertezza ed alcune possibili economie*, in *La certezza del diritto, un valore da ritronare (Firenze 2-3-Ottobre, 1992)*, Milano, 1993, p. 41 e L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. II, Torino, 1988, p. 274 ss. L'autrice distingue più significati di certezza del diritto tra cui quello di certezza come "prevedibilità dell'intervento" ovvero come concreta possibilità per ciascun cittadino di essere messo in grado di sapere cosa è autorizzato a fare secondo il diritto.

3. Cass. 29 Aprile 2015, n. 8696, in *Guida al diritto* 2015, 29, 61

4. Tribunale di Roma 17 novembre 2015, in *Riv. Not.*, 2016, p. 349. Per una lettura funzionale in tema di opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa familiare si veda il libro di R. FRANCO, *Opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa familiare*, Napoli, 2016.

5. Cfr. App. Firenze, 29 novembre 2013, in *Riv. Not.*, 2014, 6, p. 1303. "Si può procedere alla trascrizione del negozio di ricognizione catastale relativo ad un immobile acquistato per usucapione, allorché tale atto — ai sensi dell'art. 2645 c.c. — consenta alla relativa sentenza dichiarativa di usucapione di esplicitare meglio i propri effetti, poiché solo una trascrizione relativa a beni correttamente e puntualmente identificati può fruttuosamente esplicitare i propri effetti (nel caso di specie gli immobili oggetto della sentenza di usucapione avevano assunto nelle more del giudizio una diversa consistenza ed una differente identificazione catastale così che il giudice ha preferito far fare dopo quello che avrebbe potuto essere fatto prima della pronuncia della sentenza con l'ausilio di un c.t.u. cui demandare gli incombenti per gli aggiornamenti catastali)".

è stato erto a vessillo della legalità e che merita di essere rimeditato a partire dai molteplici interessi da questa perseguiti⁶.

2. pubblicità immobiliare e procedimento contrattuale.

La pubblicità immobiliare è l'ambito entro cui la dottrina ha da tempo individuato il concetto di formalità intesa come "forma" estrinseca ovvero come altro rispetto all'atto in sé perfetto, volta a perseguire finalità ulteriori, e distinta in ciò dalla forma intrinseca che è parte dell'atto stesso⁷.

6. G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 602.

7. Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*, Napoli, 1897, p. 215; S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, t. II, in *Tratt. dir. Civ. comm., diretto da A. Ciu - F. Messineo*, Milano, 1989, testo curato ed aggiornato da G. GIACOBBE e M. E. LA TORRE, p. 419. Il nostro ordinamento conosce il meccanismo della pubblicità riferito a diverse funzioni ed effetti. La pubblicità può avere valore dichiarativo (con efficacia ai meri fini dell'opponibilità ai terzi), valore costitutivo, valore di pubblicità notizia. Parte della dottrina ha sottolineato l'importanza di individuare un concetto unitario di pubblicità quale strumento ordinato a soddisfare la "esigenza di certezza dei rapporti umani": così R. NICOLÒ, *La trascrizione. Appunti dal Corso di Diritto Civile tenuto dal Prof. Rosario Nicolò*, a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano, 1973, p. 3. Anche S. PUGLIATTI, *La pubblicità nel diritto privato*, Messina, 1944, p. 2 fa riferimento ad una generale idea di "pubblicità" come insieme di situazioni in cui si rende necessario agevolare l'acquisto nonché la diffusione della conoscenza. L'Autore, però, non manca in altre situazioni di rilevare la particolarità della funzione della pubblicità immobiliare individuando in essa l'impronta di un interesse pubblico alla certezza del diritto e alla risoluzione dei conflitti S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 220. In dottrina vi è chi parla di apparenza anziché di certezza. Cfr. R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Napoli, 1947, p. 38 ss. Corregge questa impostazione S. PUGLIATTI, op. ult. cit., p. 266 osservando che "la pubblicità può produrre apparenza delle situazioni giuridiche o dei fatti che ne formano l'oggetto, unicamente nel senso che li rende manifesti, evidenti a coloro che hanno interesse di conoscerli; ma non nel senso che produce una parvenza dietro la quale si nasconde una diversa realtà". Pertanto quando si ha una divergenza tra fattispecie primaria (titolo sostanziale) e fattispecie secondaria (titolo formale) "il problema pratico consiste nell'apprestamento, da parte del legislatore, o nella ricerca, da parte dell'interprete, dei mezzi per eliminare la divergenza, e intanto soddisfare gli interessi degni di tutela. Sotto quest'ultimo profilo, salvo per quanto attiene alla prima ipotesi, i rimedi escogitati gravitano attorno alle esigenze di tutela dell'affidamento o della buona fede" p. 267. Sulla distinzione tra apparenza e pubblicità v. A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Apparenza, pubblicità e legittimazione*, a cura di G. Fucillo e G. Fucillo, Napoli, 2004, p. 5 ss. Sul punto si può richiamare quanto osservato da F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 62 ss. il quale colloca gli strumenti di pubblicità immobiliare appunto tra gli indici della circolazione, ovvero "quel quid, il quale abbia il carattere della visibilità e perciò possa servire alla sua evidenza" ovvero alla evidenza del rapporto tra privati. Si parla al riguardo anche di procedimento che attiene alla buona fede pubblica identificando nella pubblicità quel fenomeno da taluni nominato "amministrazione pubblica del diritto privato". In tal senso S. PUGLIATTI, *La pubblicità nel diritto privato*, cit., p. 237. Per il concetto di "amministrazione pubblica del diritto privato" si rinvia a G. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, I, p. 169 ss. La prospettiva che, ai nostri fini, intendiamo adottare, invece, sarà piuttosto orientata nel senso di distinguere, all'interno della categoria della pubblicità, le ipotesi che sono riconducibili ad una logica procedimentale nel farsi degli effetti del contratto (trascrizioni e iscrizioni) da quelle in cui la pubblicità non è parte di un procedimento contrattuale (pubblicità notizia). Soltanto la prima, ovvero la pubblicità immobiliare, rileva rispetto al tema in oggetto delle formalità nel procedimento contrattuale. Sulla querelle relativa alla natura della pubblicità (pubblicità notizia o pubblicità dichiarativa)

Due le prospettive in cui il tema può essere considerato: quella della pubblicità immobiliare come segmento del procedimento contrattuale e quella della pubblicità immobiliare come procedimento essa stessa.

Al fine di sviluppare le suddette prospettive occorre muovere da una considerazione: la pubblicità immobiliare non rappresenta, a sua volta, un tipo di pubblicità ma una categoria ampia entro cui si possono distinguere i seguenti “tipi” di pubblicità immobiliare: la trascrizione, le annotazioni, le cancellazioni, le iscrizioni, le volture catastali.

Iniziamo col considerare quelle che, ai fini del presente discorso rappresentano le ipotesi marginali (annotazioni, cancellazioni e volture catastali) perché ridotte ad una sorta di *pendant* delle altre oppure perché ordinate a fini diversi (così parrebbe) rispetto alla circolazione dei diritti.

Le annotazioni sono le menzioni che il conservatore (ora funzionario dell’ Agenzia del Territorio) compie per ordine del magistrato, o su richiesta delle parti corredata da titolo autentico, a margine delle trascrizioni e iscrizioni al fine di portare a conoscenza dei terzi eventuali variazioni di queste ultime.

Tra le annotazioni vengono poi nella pratica incluse le cancellazioni⁸ anche se la dottrina ha notato come la cancellazione acquista una sua autonomia avendo funzione non integrativa ma piuttosto risolutiva. Si tratterebbe insomma di una pubblicità che tende a distruggere un’altra pubblicità e quindi di un’autonoma “pubblicità negativa”⁹.

rispetto alla trascrizione dei vincoli pubblicitici di cui all’art. 2645 *quater* v. B. MASTROPIETRO, *La trascrizione degli atti costitutivi di vincoli pubblici*, in *Rass. d. civ.*, 2012, p. 932; Id., *Trascrizione di atti costitutivi di vincolo. Art. 2645 quater*, in *Comm.Cod. Cin. Schlesinger*, Milano, 2016.

8. Cfr. R. VINCI, *La responsabilità del conservatore dei registri immobiliari nell’attuale sistema pubblicitario*, in *Rin. dir. ipot.* 1985, p. 9.

9. Le espressioni tra virgolette sono di A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali. Artt. 111 c.p.c. e 2652–2653 c.c.*, Napoli, 1968, p. 409. L’Autore osserva come la funzione negativa farebbe sì che “il procedimento di cancellazione sia circondato a particolari cautele: perché si possa procedere alla cancellazione è necessario un atto giuridico formale che abbia per oggetto la cancellazione stessa e consista nel consenso delle parti interessate ovvero in un ordine dell’autorità giudiziaria; il titolo su cui si fonda la richiesta di cancellazione non è destinato a diventare pubblico, ma si ritiene che esso debba possedere egualmente i requisiti di autenticità indicati nell’art. 2657, perché tale articolo, per quanto dettato con riguardo soprattutto al momento di attuazione della pubblicità, deve certo applicarsi anche con riguardo al momento della sua eliminazione data la particolare gravità di un tale atto”. In tal senso si era già espresso sotto il vecchio codice N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 474. Cfr. più recentemente sul punto L. FERRI- P. ZANELLI, *Trascrizione*, Bologna- Roma, 1995, 3° ed., p. 437. Ancora contro l’ascrivibilità delle cancellazioni alla categoria delle annotazioni si veda S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 409. L’A. distingue le due ipotesi considerando la cancellazione una forma di pubblicità autonoma prevista in via generale atta a ristabilire l’armonia tra i piani delle due fattispecie. Laddove “l’annotazione costituisce uno sviluppo o in genere un complemento della trascrizione (o dell’iscrizione), mentre la cancellazione è l’unica operazione pubblicitaria che ha funzione di paralizzare una precedente operazione pubblicitaria, ove la fattispecie primaria sia divenuta inefficiente”. *Quid* in ipotesi in cui concorrano annotazione e cancellazione? Pugliatti risponde che “si può concedere all’interessato (o al legittimato) la facoltà di scelta, accompagnandola col principio: *electa una via non datur recursus ad alteram*”.

Anche le volture catastali vengono ad occupare un ruolo marginale all'interno del sistema della pubblicità immobiliare in quanto, secondo un consolidato orientamento, ancora attuale in giurisprudenza¹⁰, non hanno alcuna incidenza sulla circolazione giuridica.

Si afferma, infatti, costantemente che i dati catastali “hanno natura tecnica e sono preordinati essenzialmente all'assolvimento di funzioni tributarie e spesso sfuggono alla diretta percepibilità da parte dei contraenti”¹¹.

Sul punto occorre però compiere alcune osservazioni che avremo modo di sviluppare nel prosieguo del discorso nel trattare del tema delle trascrizioni anomale.

Da parte di alcuni¹² è stata data rilevanza alla novella del codice civile introdotta dalla l. 27-2-1985 n. 52 “Modifiche al libro sesto del codice civile e norme di servizio ipotecario, in riferimento alla introduzione di un sistema di elaborazione automatica nelle conservatorie dei registri immobiliari.”

L'attuale testo dell'art. 2659 come riformulato a seguito della suddetta novellazione sancisce che “chi domanda la trascrizione di un atto tra vivi deve presentare al conservatore dei registri immobiliari, insieme con la copia del titolo, una nota in doppio originale, nella quale devono essere indicati: n.4 la natura e la situazione dei beni a cui si riferisce il titolo, con le indicazioni richieste dall'art. 2826” ove si prevede che nell'atto di concessione di ipoteca debbano essere specificati i dati di identificazione catastale.

Ancora si osserva come la “meccanicizzazione” delle conservatorie (ora Agenzie del Territorio) avrebbe inciso sul vigente sistema pubblicitario obbligando il richiedente la trascrizione a compilare la nota fornendo le sole informazioni predefinite dal legislatore di cui alla suddetta disposizione.

Da tale contesto normativo si deduce la centralità dei dati catastali nel sistema attuale di pubblicità immobiliare.

Si arriva così a concludere nel senso che, ai fini della validità della nota di trascrizione e quindi dell'opponibilità del trasferimento, i dati catastali rivestono “una funzione essenziale ed insurrogabile per mezzo di altre indicazioni”¹³.

Anche i meccanismi documentali di registrazione e modifica dei dati catastali acquistano pertanto una rilevanza al di là dell'ambito fiscale.

10. Cfr. R. TRIOLA, voce «Trascrizione», in *Enc. Dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 970. Per la giurisprudenza si veda la nota successiva.

11. Così Cass. 11.1.2005, n. 368, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 224 con nota A. GILETTA, *I riflessi dell'erronea individuazione degli immobili sulla loro circolazione giuridica*. In senso conforme tra le pronunce più recenti si veda Cass. 8.3.2005, n. 5002, in *Foro it.*, 2006, p. 853 con nota di E. FABIANI, *Immobile pignorato: erronea identificazione ed erronea trascrizione del relativo atto, nullità del pignoramento ed invalidità della trascrizione*; Cass. 5.7.2000, n. 8964, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000; Cass., 28.11.1998, n. 12098, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1946.

12. Cfr. A. GILETTA, op. cit., p. 229

13. L'espressione è di A. GILETTA, op. loc. cit.

A nostro avviso tra l'orientamento giurisprudenziale che riduce i dati catastali a mere indicazioni tecniche con finalità puramente fiscali e la posizione di chi assume addirittura la loro centralità nel sistema della pubblicità immobiliare vi possono essere vie intermedie.

Già Pugliatti, in epoca ben anteriore alla riforma delle conservatorie immobiliari, osservava come, sebbene la formalità della voltura catastale abbia finalità propriamente fiscali, la stessa possa spiegare effetti anche sulla pubblicità ipotecaria e sulla trascrizione. Affermava al riguardo l'Autore che "Le risultanze catastali hanno una utilizzazione indiretta in ordine all'attuazione della pubblicità ipotecaria, i beni devono essere identificati, sia nell'atto di concessione dell'ipoteca (art. 2826) sia nella nota per l'iscrizione (art. 2839) oltre che per mezzo dei confini, con l'indicazione del numero del catasto e delle mappe censuarie. Tali indicazioni sono anche richieste per la nota di trascrizione (art. 2659 che richiama l'art. 2826) nonché per quella relativa alle annotazioni (in base al rinvio generico di cui all'art. 2656)"¹⁴.

I dati catastali verrebbero pertanto ad avere efficacia integrativa o correttiva dei parametri identificativi ponendosi in una relazione di complementarità rispetto a questi ultimi.

Una simile rilevanza dei dati catastali verrebbe ad essere confermata e rafforzata in virtù del nuovo testo dell'art. 2659 n. 4 in base al quale viene conferito, ai fini della descrizione del bene oggetto di trascrizione, un marcato rilievo ai dati catastali e alle formalità della loro fissazione nei pubblici registri, le quali costituiscono operazioni documentali orientate ad un precipuo scopo e nel caso di specie allo scopo di identificare l'immobile.

L'indicazione di dati catastali erronei, che trovino correzione nei dati indicati nella nota di trascrizione, non potrà che essere valutata tenuto conto del raggiungimento dello scopo da parte dell'atto viziato. Eventuali errori od omissioni relativi ai dati catastali assumeranno rilievo solo se incidenti sulla identificazione del bene oggetto dell'atto trascritto¹⁵.

Venendo ai "tipi" di pubblicità immobiliare aventi un ruolo centrale nel sistema di diritto privato possiamo indicare l'iscrizione e la trascrizione.

Sull'iscrizione non ci dilungheremo sia perché dall'art. 2808 emerge chiaramente il valore della stessa nella circolazione giuridica come momento determinativo della nascita del diritto¹⁶, sia perché alcuni problemi relativi a difetti nell'iscrizione coincidono con le questioni che simmetricamente si pongono in materia di trascrizione.

Su quest'ultima ipotesi di pubblicità immobiliare incentreremo allora il nostro discorso.

3. La trascrizione nel procedimento contrattuale.

Una risalente dottrina, pur collocando la trascrizione nella dimensione procedimentale, negava che la stessa fosse a sua volta parte di un procedimento di più vaste dimensioni

14. Così S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, t. I, *op. ult. cit.*, p. 275.

15. Sul punto v. in particolare da ultimo E. FABIANI, *op. cit.*, c. 859.

16. Cfr. per tutti A. CHIANALE, voce «*Ipoteca*», in *Dig.it. disc.priv. sez. cin.*, vol. X, Torino, 1993, p. 162.

nel fenomeno della circolazione giuridica¹⁷. Si affermava, infatti, che la trascrizione degli atti giuridici troverebbe una più rispondente descrizione come coppia di fattispecie tra loro collegate: atto trascrivendo e trascrizione.

Si potrebbe obiettare contro simile ricostruzione che l'idea del collegamento risulterebbe contrastare con quanto disposto dall'art. 2652, n. 6 ove si ammette l'efficacia di un atto nullo (fattispecie primaria) validamente trascritto (fattispecie secondaria).

Seguendo la logica del collegamento, infatti, si dovrebbe affermare che la invalidità della prima fattispecie non può che ripercuotersi sulla seconda, la quale non potrebbe avere efficacia sanante rispetto alla prima¹⁸.

Per contro è stato osservato dai fautori della teoria della fattispecie che in tale ipotesi non è corretto parlare di efficacia sanante in quanto in questo caso la trascrizione "non è elemento costitutivo della fattispecie acquisitiva del diritto del terzo, ma ha solo la funzione, sempre che si sia alla presenza di una fattispecie acquisitiva perfetta in base alle norme c.d. di diritto comune, di «conservare» l'acquisto validamente posto in essere dal terzo e di tutelarlo contro il pericolo della successiva trascrizione"¹⁹.

La teoria delle fattispecie collegate ci lascia, in vero, perplessi per ragioni diverse rispetto al dato normativo di cui all'art. 2652 n. 6 con cui potrebbe risultare conciliabile su un piano logico in base alle suddette considerazioni.

Una simile ricostruzione del fenomeno osta, a nostro avviso, ad una soluzione del problema dei rapporti tra principio del consenso traslativo e rilevanza della priorità della trascrizione nel meccanismo di circolazione dei diritti.

Il collegamento tra la fattispecie primaria e fattispecie secondaria potrebbe infatti essere interrotto dalla presenza di una fattispecie secondaria attuata da altri in data anteriore e relativa ad una diversa e confliggente fattispecie primaria.

Né ci paiono convincenti le soluzioni proposte al riguardo movendo dalla teoria della doppia fattispecie.

L'orientamento tradizionale sul punto, al fine di dare prevalenza al secondo acquisto in presenza dei necessari presupposti, ipotizza che la trascrizione di tale trasferimento abbia efficacia risolutiva *ex lege* del primo acquisto²⁰.

17. Il riferimento è a S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, t. II, cit., p. 326. L'A. però si riferisce ad una logica procedimentale solo per il farsi della trascrizione, ma non ascrive la trascrizione stessa ad un procedimento più ampio. Anzi al riguardo distingue una fattispecie primaria (atto trascrivendo) da una secondaria (trascrizione) il che importa una serie di incongruenze (Sulla distinzione tra fattispecie primaria e secondaria v. anche il volume I dell'opera S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, t. I, cit. p. 419).

18. Cfr. G. BARALIS - G. METTIERI, *Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarile. note tratte da un'esperienza professionale*, in *Riv. not.*, 1992, fasc. 3 pag. 401-440.

19. Così A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, p. 295.

20. Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2004, 4^a ed., p. 105 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il Codice civile - Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 472 ss.

Si osserva, al riguardo, da parte di altra dottrina, come risulti problematico ammettere che un identico «fatto», ovvero l'operazione del trascrivere, possa produrre effetti antitetici rispetto al medesimo diritto²¹.

Altri, al fine di conciliare le regole sulla priorità dell'acquisto con il principio del consenso traslativo, propongono di distinguere tra effetti del fatto ed opponibilità del medesimo²².

In tale prospettiva si colloca anche chi parla di una «dissociazione» delle situazioni soggettive dell'acquirente²³, sostenendo che, a seguito del contratto non trascritto, la proprietà è trasferita tra le parti; nei confronti dei terzi, invece, l'acquisto sarà rilevante ma in maniera variabile a seconda della presenza o meno di altre circostanze, per cui solamente dopo la trascrizione si avrà l'opponibilità a terzi che abbiano trascritto successivamente un titolo incompatibile.

La critica a suo tempo mossa contro queste teorie è che per tal via si viene a configurare l'opponibilità come un *quid alterum* rispetto al diritto laddove poiché «il diritto, a sua volta, altro non è che la sintesi verbale per il cui tramite si perviene a designare un frammento dell'effetto giuridico in uno dei suoi possibili riflessi soggettivi, l'opponibilità, che è del fatto e dell'effetto, finisce per essere anche opponibilità del diritto»²⁴.

Come accennato la problematicità della teoria della doppia fattispecie deve essere riferita a monte ovvero alla stessa adozione della idea della fattispecie che finisce per considerare come un'unità in sé completa, perfetta ed immobile il fatto da cui origina l'effetto.

In tale logica la trascrizione non sarebbe collocabile nel farsi degli effetti contrattuali ma sarebbe un atto ulteriore ed esterno agli stessi.

Altro è se ci si pone in una logica procedimentale per cui «il consenso, insuscettibile di tradursi contestualmente in effetto reale per ragioni oggettive impegna il venditore a rimuoverle e la sua obbligazione al riguardo è in definitiva, quella stessa che, resosi efficace il consenso, lo impegnerà anche a far sì che si abbia l'esaurirsi del procedimento»²⁵.

21. Per tali osservazioni critiche si rinvia a G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa. Prime osservazioni*, in *Diritto privato, I, Il trasferimento di proprietà*, 1995, p. 100.

22. Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, voce «*Diritti assoluti e relativi*», in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 750.

23. L'espressione è di G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995, p. 94. Si veda più recentemente E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008. Di «smembramento della proprietà» parla, invece, in una diversa prospettiva A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 3 ss. il quale ammette che nel meccanismo di trasferimento dei diritti si abbiano, anche nel sistema italiano ipotesi in obbligazioni di dare per cui in capo al creditore sarebbe rinvenibile una situazione di proprietà effettiva, laddove in capo al debitore sarebbe rinvenibile una posizione di mera titolarità formale sul bene.

24. Così G. FURGIUELE, op. cit., pp. 98-99.

25. Così G. FURGIUELE, op. cit., p. 100. L'A. si richiama alle teorie di SALV. ROMANO, *Vendita*, cit. pp. 14-16 per il quale «il cosiddetto passaggio della proprietà è legato alla completezza del procedimento di formazione del contratto e alla sussistenza dei presupposti oggettivi (*res* effettivamente disponibile) e soggettivi». «Occorre poi distinguere, sempre secondo l'insegnamento di quest'ultimo, l'effetto che è un elemento interno del contratto e che si risolve nel compimento di un atto, dalla efficacia che non appartiene all'ordinamento dei privati. Così nel

In tale logica la trascrizione diviene parte del procedimento contrattuale, ultimo anello di una catena di atti il cui completamento porta alla pienezza dell'effetto reale²⁶.

La trascrizione finisce così per essere essa stessa una formalità come documentalità protesa oltre l'atto, in sé perfetto, volta a perseguire scopi ulteriori nel procedimento contrattuale.

Questo, però, non consente di trarre conclusioni in ordine al difetto o all'invalidità della trascrizione. In tali casi, infatti, non sembra che si apra ad un giudizio in base al parametro del raggiungimento dello scopo come è in genere per le forme-procedimento. L'art. 2643 c.c., norma di apertura del titolo rubricato "Della trascrizione", contiene la perentoria espressione "si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione...". Una simile dizione, sebbene abbia permesso alla giurisprudenza di estendere il numero degli atti trascrivibili²⁷, non pare aprire alla possibilità di individuare strumenti alternativi di certezza nella circolazione dei diritti.

Del resto in tal senso risulta essersi orientata la giurisprudenza. La Suprema Corte ha avuto modo di affermare il seguente principio di diritto "la trascrizione imposta... risponde ad una funzione di pubblicità-notizia e... non ammette deroghe o equipollenti, restando irrilevante la conoscenza che i terzi abbiano acquisito altrimenti"²⁸.

concetto di proprietà occorre distinguere un potere che è di derivazione dell'ordinamento statale, dal diritto soggettivo, che è derivato dall'ordinamento privato e dall'esercizio del potere.

26. Già F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, pp. 74-75 qualifica la pubblicità immobiliare nei termini di un indice della circolazione "ultraletterale", un "mezzo di segnalazione (che) non tanto entra a far parte del contratto come un pezzo del meccanismo di questo, quanto costituisce un fatto giuridico diverso e ulteriore il quale, in quanto si aggiunga a quello, determina gli effetti voluti di fronte ai terzi".

27. Con riferimento al trust prima dell'introduzione dell'art. 2645 *ter* si veda in particolare Trib. Bologna, 28.04.2000, in *Arch. locazioni*, 2000, p. 610 e in *Trusts*, 2000, p. 372: "L'atto istitutivo di trust in relazione a beni immobili è soggetto a trascrizione nei pubblici registri immobiliari, posto che gli effetti di tale atto rientrano tra quelli considerati dal legislatore ai sensi degli art. 2643 n. 1 e 2645 c.c.". Con riferimento al lastrico solare Cass., 14.11.1997, n. 11250, in *Mass. Foro it.*, 1997 afferma il principio in base al quale "Il negozio con il quale il costruttore di uno stabile, nell'alienare la costruzione, riserva a sé il diritto di proprietà del lastrico di copertura e il relativo *ius inaedificandi*, essendo finalizzato ad incidere sul regime dominicale della *res* e, in particolare, su diritti considerati dall'ordinamento inerenti al bene immobile oggetto della convenzione negoziale (e, pertanto, in assenza di contrario titolo, appartenenti al proprietario - o ai proprietari - dell'immobile medesimo), è soggetto a trascrizione". Ancora nella logica dell'estensione del numero degli atti soggetti a trascrizione si veda Trib. Firenze, 15.09.1990, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, p. 373, con nota di A. FUSARO, *La pubblicità del vincolo di destinazione a parcheggio* per il quale "Ai sensi dell'art. 2645 c.c. deve ritenersi trascrivibile la convenzione stipulata tra comune e privato che prevede l'obbligo perpetuo di destinazione di aree a parcheggio". Sulla trascrivibilità delle vendite obbligatorie richiamandosi alla regola della trascrivibilità del contratto condizionato v. Cass. 31. 5. 1971, n. 1637, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1616 e Cass. 8.10. 1973, n. 2520, in *Riv. notar.*, 1974, p. 737; Cass. 10.7.1986, n. 4497, in *Riv. not.*, 1987, p. 1216. In dottrina G.MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 19, t. I, Torino, 1997, 2° ed., p. 91. Rileva un'espansione del regime di pubblicità immobiliare G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 425 ss.; ID. *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contr. Impr.*, 1989, p. 807.

28. Così Cass., 15.03.2006, n. 5684, in *Foro it. Rep.* 2006, voce Famiglia (regime patrimoniale) [2990], n. 11.

L'aver collocato la trascrizione in una dimensione procedimentale acquista rilievo se ci si sposta dal terreno della sua surrogabilità per considerare i parametri entro cui si muove il giudizio sulla validità di trascrizioni "imperfette". In tale ambito, come avremo modo di vedere nei prossimi paragrafi, è possibile recuperare l'idea di funzione del trascrivere per valutare se una trascrizione *formalmente incompiuta e/o imperfetta* possa dirsi *sostanzialmente completa e/o perfetta*.

4. La trascrizione come procedimento.

Se dubbi vi sono sulla ricostruzione del rapporto tra trascrizione e atto trascrivendo, la dottrina risulta invece concorde nell'affermare la natura procedimentale della trascrizione in sé considerata²⁹.

Detto procedimento inizia con la presentazione della nota di trascrizione che, a seguito della informatizzazione delle procedure, avverrà per via telematica.

Recita infatti l'art. 3 *bis* decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 463 come integrato dal Dlgs 18 gennaio 2000 n. 9 - Art. 1 "Alla registrazione di atti relativi a diritti sugli immobili, alla trascrizione, all'iscrizione e all'annotazione nei registri immobiliari, nonché alla voltura catastale, si provvede, a decorrere dal 30 giugno 2000, con procedure telematiche. Con decreto del Ministero delle finanze, di concerto con il Ministero della giustizia, è fissata la progressiva attivazione del servizio, anche limitatamente a determinati soggetti, a specifiche aree geografiche, e a particolari tipologie di atti, nonché l'eventuale attribuzione di un codice unico immobiliare.

Le richieste di registrazione, le note di trascrizione e di iscrizione nonché le domande di annotazione e di voltura catastale, relative agli atti per i quali è attivata la procedura telematica, sono presentate su un modello unico informatico da trasmettere per via telematica unitamente a tutta la documentazione necessaria".

Viene così meno il passato *incipit* della procedura di trascrizione costituito dalla presentazione della domanda cartacea di trascrizione quale dichiarazione priva di contenuti volitivi e pertanto idonea a produrre gli effetti di legge indipendentemente dal soggetto che la pone in essere, da alcuni definita addirittura come un mero fatto che dà impulso al procedimento³⁰.

In senso analogo v. precedentemente Cass., 09.03.2005, n. 5168, in *Foro it. Rep.* 2005, voce «Esecuzione in genero», n. 34; Cass., 23.10.1985, n. 5194, *ivi*, 1985, voce cit., n. 55; Cass., 14.07.1980, n. 4508, in *Arch. civ.*, 1980, p. 1029. Per la giurisprudenza di merito v. A. Palermo, 05.11.1991, in *Temi siciliana*, 1991, p. 488.

29. V. *supra* p. 85

30. Cfr. Cass. 23.10.1957, n. 4077, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 715. In dottrina in tal senso C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *C.C. Comm.*, diretto da M. D'Amelio, *Libro della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 293 e in particolare a p. 293 nota 1. L'A. prende le distanze dalla dottrina (N. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 406) che è giunta alle stesse conclusioni partendo, però, dall'assunto che la trascrizione stessa sia un mero fatto giuridico. "Ma è forse atto giuridico la trascrizione? No; essa non è che forma estrinseca di atti giuridici, semplice fatto materiale, non fatto giuridico: quindi non si poteva esigere capacità alcuna in chi inizia con la

Acquista di conseguenza piena centralità, come atto che dà impulso alla procedura di trascrizione, la nota³¹.

Del resto anche nel previgente sistema la dottrina tendeva a negare rilevanza ed autonomia alla domanda sostenendo che la nota è tutt'uno con la domanda al punto che una domanda separata, anche se formulata per iscritto, non solo non sarebbe necessaria, ma non è neppure sufficiente a stimolare l'ufficio del conservatore (ora funzionario dell'Agenzia del Territorio)³².

Si arrivava addirittura ad osservare che il difetto di istanza non poteva inficiare una trascrizione formalmente perfetta, salve eventuali sanzioni contro il funzionario dell'Agenzia del Territorio³³.

La nota è un atto giuridico privato³⁴ il quale viene ad assumere un ruolo fondamentale ai fini della pubblicità immobiliare sostituendosi al titolo³⁵. Il terzo, infatti, non è tenuto a compiere indagini sul documento³⁶.

La nota deve contenere le indicazioni di cui all'art. 2659, in caso di incompletezza si rinvia all'art. 2665 ove si prevede che "l'omissione o l'inesattezza di alcuna delle indicazioni richieste nelle note menzionate negli articoli 2659 e 2660 non nuoce alla

domanda il compimento di tale fatto": così N. COVIELLO, *op. ult. loc. cit.*

31. Sulla centralità della nota si veda Cass. 19 ottobre 2015, n. 21115, in *Giust. Cin. Mass.*, 2015; Cass. 4 dicembre 2012, n. 21758, *ivi*, 2012; Cass. 31 agosto 2009, n. 18892, *ivi*, 2009. La centralità della nota non impedisce l'opponibilità di disposizioni comunque menzionate nel titolo. Così recentemente si è osservato che in caso di preliminare con riserva di nomina non è necessario che questa risulti dalla nota giacché la certezza del collegamento tra questo ed il definitivo è assicurata dalla menzione, nel primo, della riserva di nomina, nonché dalla trascrizione del preliminare, del definitivo e della dichiarazione di nomina, la quale ha solo l'effetto di far acquistare "ex tunc" all'eletto la qualifica di soggetto negoziale del contratto, già perfezionato in tutti i suoi elementi: Cass., 24 Gennaio 2017, n. 1797, in *Giust. Cin. Mass.*, 2017.

32. In tal senso S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, t. II, cit. p. 347.

33. Cfr. F. S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 632.

34. Si afferma, in dottrina, che la nota è un atto di parte talché rispetto ad essa lo Stato non assume alcuna responsabilità, ma è solo la parte che l'ha compilata responsabile per sue eventuali inesattezze. In tal senso S. PUGLIATTI, *ult. op. cit.*, p. 348. Sui modelli di alternatività tra nota e titolo si veda G. BARALIS, *La nota di trascrizione*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, Torino, 2014, p. 1 ss.

35. Da notare come si sostituisca al titolo ai soli fini ed effetti della pubblicità immobiliare per il resto vige il principio enunciato in giurisprudenza per cui "La nota di trascrizione non costituisce, di per sé, valida fonte di prova in ordine al contenuto del titolo cui si riferisce, ma solo uno degli elementi sui quali il giudice può fondare il proprio convincimento": così Cass., 24.07.2001, n. 10064, in *Mass. Foro it.*, 2001.

36. Cfr. N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 455; S. PUGLIATTI, *ult. op. cit.*, p. 351. In tal senso si può ricordare la giurisprudenza maggioritaria Cass., 26.7.1967, n. 1976, in *Foro Pad.*, 1968, I, p. 550; Cass., 20.12.1980, n. 6574, in *Foro it.*, 1981, I, p. 359 con nota di A. PROTO PISANI; Cass., 27.06.1992, n. 8066, in *Mass. Foro it.*, 1992; Cass., 22.04.1997, n. 3477, in *Vita not.*, 1997, p. 875; Cass., 23.02.1998, n. 1942, in *Mass. Foro it.*, 1998. Questo orientamento risulta recepito dallo stesso legislatore con la legge 52 del 1985 la quale ha accolto questa impostazione riconoscendo alla nota il valore di fonte di pubblicità e limitandone il contenuto ad uno schema rigido predisposto. Su quest'ultimo aspetto v. G. MARICONDA, *ult. op. cit.*, p. 170; F. PADOVINI, voce «Trascrizione», in *Noviss. Dig. It. Appendice*, vol. VII, Torino, 1987, p. 808 ss.; A. DE DONATO, *La nuova legge sulla pubblicità immobiliare*, in *Vita not.*, 1986, p. 430 ss.

validità della trascrizione, eccetto che induca incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto giuridico...”.

Rinviano al prossimo paragrafo la trattazione del tema delle trascrizioni avvenute sulla base di “anomalie” della nota, proseguiamo la disamina dei momenti di cui si compone il procedimento di trascrizione.

La nota viene accettata mediante registrazione nel registro generale. Dalla nota il funzionario dell’ Agenzia del Territorio ricava gli estremi per la registrazione che prevarrà poi sul contenuto della nota. Prima di tale momento secondo alcuni la nota varrebbe come mero atto di richiesta³⁷. Per contro si osserva che “qualunque sia l’importanza e la rilevanza della registrazione, non si può, senza manifesta contraddizione, postulare la necessità di un complesso di atti a cui essa si accompagna, o di un procedimento di cui faccia parte, e affermare, nel tempo stesso, che essa aduna in sé tutti gli atti e li assorbe, che riduce a sé tutto il procedimento e in sé lo concentra, esprimendone struttura, natura e funzione”³⁸.

Una simile considerazione sembra non cogliere l’idea di procedimento come sequela di atti che danno impulso a distinti poteri nella realizzazione dell’effetto finale. In tale logica la nota varrebbe come atto privato che dà impulso al potere pubblico il quale realizza la conoscibilità dell’atto trascrivendo secondo i parametri di legge.

Ne segue che andrebbe accolta la tesi della dottrina maggioritaria per la quale la totale omissione di registrazione darebbe luogo a inesistenza della trascrizione salva la responsabilità del funzionario dell’ Agenzia del Territorio³⁹.

Questi, infatti, compie controlli sulla completezza della nota e deve procedere alla registrazione *ex art* 2674 c.c., salva la possibilità di effettuare una registrazione con riserva *ex art*. 2674- *bis* che secondo la dottrina maggioritaria avrebbe effetto prenotativo⁴⁰.

La conservatoria (ora Agenzia del Territorio) prima della già più volte ricordata riforma del 1985 procedeva poi alla trascrizione sui registri particolari. Già nel passato regime parte della dottrina maggioritaria considerava questa fase non rilevante al fine del completamento della procedura di trascrizione.

Si assumeva, infatti, che detti registri avessero una funzione puramente secondaria e che le copie in essi contenute rilevassero solo in ipotesi di smarrimento degli originali⁴¹.

37. Cfr. R. BONIS, *Contributo alla teoria della prevalenza delle note di trascrizione sui registri particolari*, in *Riv. dir. ipotec.*, 1962, p. 27. ID., *Ipoteche occulte e trascrizioni occulte*, in *Riv. dir. ipotec.*, 1980, p. 26 ss.

38. S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, t. I, cit., p. 390.

39. Cfr. R. BONIS, ult. op. cit., p. 23 e L. FERRI- P. ZANELLI, op. cit., p. 485; C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Codice Comm. diretto da M. D’Amelio*, Libro della tutela dei diritti, Firenze, 1943, p. 283.

40. In tal senso G. OBERTO, *Rifiuto di trascrizione e trascrizione con riserva nel sistema della L. 27.2.1985, n. 52*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 243; F. TRIFONE, *Rilievi critici « a caldo » sugli artt. 2674 cc., 113 bis, e 113 ter disposizioni per l’attuazione del c.c. introdotti dalla novella, n. 52 del 1985, in tema di modifiche al libro sesto del codice civile*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 5; L. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 10.

41. Cfr. R. BONIS, ult. op. cit., p. 9; ID., *Contributo alla teoria della prevalenza delle note di trascrizione sui registri particolari*,

Contro questo indirizzo si osservava che la trascrizione si attua mediante due operazioni ovvero la trascrizione della nota nel registro particolare e la conservazione dei titoli negli archivi dell'ufficio: "La riproduzione della nota nel registro è la forma di pubblicità che l'atto riveste, e in essa materialmente si sostanzia la trascrizione. La conservazione de' titoli ne costituisce solo la base e il legittimo controllo. Senza di questa la sola riproduzione della nota nel registro delle trascrizioni non importerebbe la pubblicità dell'atto. La nota non è l'atto, non ha in sé nessun carattere di autenticità, non fa nessuna fede perché non è nemmeno copia dell'atto, come dunque la sua riproduzione soltanto per opera del funzionario dell'Agenzia del Territorio poteva valere a far pubblica fede dell'esistenza dell'atto"⁴².

Osserva al riguardo la più recente dottrina come, dopo la novella del 1985, è venuto a mancare un importante argomento a supporto di quest'ultima tesi, ovvero la materiale trascrizione della nota sul registro particolare delle trascrizioni. Tale registro è infatti ora costituito dalla raccolta delle note (art. 2664 c.c. come modificato dalla L. 27 febbraio 1985, n. 52: ma già la legge 23 ottobre 1969 aveva introdotto i registri a fogli sciolti). Questo ha indotto a ritenere che sia ormai sufficiente, ai fini del compimento della trascrizione, l'introduzione nel registro generale d'ordine⁴³.

Si discute inoltre dell'essenzialità, nel procedimento di trascrizione, della repertoriazione sui registri ordinati ad agevolare la ricerca.

La dottrina, a favore della non essenzialità della tenuta di tali registri, adduce la stessa disciplina della tenuta dei registri medesimi.

Si rileva, infatti, come "mentre è consentito al richiedente un controllo sia della iscrizione nel registro generale che di quella sui registri particolari menzionati nell'articolo che si commenta, attraverso il rilascio di ricevuta e la restituzione della nota, nessuna certezza viene offerta dell'adempimento delle ulteriori formalità sui repertori e sulle tavole alfabetiche, che, in un certo senso, rimane un affare interno della Agenzia del Territorio. Infatti, per l'art. 2664 II comma, il funzionario dell'Agenzia del Territorio deve restituire al richiedente uno degli originali della nota, nel quale deve certificare l'avvenuta trascrizione «con le indicazioni sopra accennate», e cioè colla indicazione del giorno della consegna del titolo e del numero d'ordine assegnato nel registro progressivo; mentre non si fa alcun accenno alla registrazione nel mod. 65"⁴⁴.

in *Riv. dir. ipotec.*, 1962, p. 43. L'autore porta a sostegno delle sue teorie il pensiero di F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 65 ss. Contro questo indirizzo N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 455 il quale ritiene che la trascrizione si attui mediante due operazioni ovvero la trascrizione della nota nel registro particolare e la conservazione dei titoli negli archivi dell'ufficio.

42. Così N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 455.

43. Così L. FERRI- P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 437.

44. In tal senso L. FERRI- P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 492. Contro l'essenzialità della repertoriazione v. inoltre R. BONIS, *Ipotecche occulte e trascrizioni occulte*, cit., p. 12. In tal senso anche Cass. 6.8.2004, n. 15183, in *Foro it.*, 2004, p. 3323: "Il conservatore dei registri immobiliari ha l'obbligo di tenere un registro generale d'ordine (art. 2678 c.c.) ed i registri particolari per le trascrizioni, le iscrizioni e le annotazioni (art. 2679, 1° comma,

All'obiezione della giurisprudenza, fondata sulla considerazione che un tale difetto di repertoriazione rende difficile la ricerca⁴⁵, si risponde che una simile conseguenza spiegherà caso mai i suoi effetti sul piano della responsabilità del soggetto che ha effettuato la repertoriazione e non certo su quello del compimento della procedura di trascrizione e quindi dell'opponibilità dell'atto trascritto⁴⁶.

Occorre infatti distinguere i difetti che incidono sulla vicenda circolatoria rispetto a quelli che incidono su profili di responsabilità del loro autore.

Se per le ragioni sopraesposte si aderisce alla teoria che fa della trascrizione un momento del procedimento che porta al compimento della realtà del diritto trasferito rendendolo opponibile a terzi, la trascrizione non è un mezzo di conoscenza dell'atto traslativo rispetto ai terzi, ma è un onere posto a carico delle parti della vicenda traslativa ai fini del perfezionamento della stessa nel perseguimento di determinati fini di tutela di determinate posizioni di interesse.

Del resto, se il legislatore avesse inteso dar rilevanza alla conoscenza/conoscibilità in concreto del terzo, allora dovremmo ritenere che egli abbia inteso attribuire rilevanza anche alla conoscenza che il terzo possa aver avuto dell'atto in assenza di trascrizione. Il che risulta in pieno contrasto col dettato dell'art. 2645 come confermato da costante giurisprudenza.

Il momento sostanziale della conoscenza o conoscibilità del terzo non rileva non per un assunto primato della forma e della certezza fine a se stesse, ma perché per tal

c.c.), nonché gli altri registri ordinati dalla legge (art. 2679, 2° comma, c.c.; r.d. n. 2130 del 1874) in particolare, rientrano tra questi ultimi la «tavola alfabetica dei nomi» e la «rubrica dei cognomi», i quali, poiché la trascrizione nei registri immobiliari è informata al criterio della ricerca per nome del soggetto cui si riferisce, hanno la funzione di facilitare le ricerche, ma, sotto il profilo pubblicitario, hanno carattere meramente accessorio; pertanto, qualora la trascrizione di una vendita sia stata correttamente riportata nel registro generale d'ordine in danno dell'effettivo venditore, ma, per mero errore materiale, nel registro alfabetico non sia stata riportata la trascrizione in suo danno, l'acquirente del bene ha diritto di ottenere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria effettuata da un terzo in danno dell'alienante, successivamente alla trascrizione dell'atto di compravendita, a cagione dell'errore nella registrazione della trascrizione nel registro alfabetico.»

45. Così Cass. 2.2.2000, n. 1135, in *Giust. civ.*, 2000, p. 1685 la quale osserva: «poiché la trascrizione sui registri immobiliari è informata al criterio della ricerca per nome... del soggetto a cui si riferisce, essendo le modalità pratiche di attuazione della pubblicità immobiliare impiantate su base personale, che consente di effettuare visure delle note di trascrizione solo sulla base degli esatti dati di identificazione delle persone, qualora, per errore della Conservatoria, la trascrizione ancorché la nota sia stata correttamente redatta, venga repertoriata a carico di altra persona, diversa dall'effettivo alienante dell'immobile, e quindi imputata in un diverso conto individuale, può in conseguenza comportare- con apprezzamento di fatto incensurabile in sede di legittimità- per il terzo in buona fede (che non ha l'onere di esaminare gli altri atti o documenti ovvero il registro generale d'ordine) l'infruttosità del titolo reso pubblico, e perciò rendere invalida la trascrizione stessa che, pertanto, non gli è opponibile». In senso conforme Cass. 22.4.1997, n. 3477, in *Vita not.*, 1997, p. 875. In dottrina v. E. FABIANI, *Trascrizione erronea, apparenza del diritto, pignoramento e conflitto fra più «pretendenti» in relazione al medesimo bene immobile*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, pp. 574-575.

46. Cfr. L. FERRI- P. ZANELLI, op. cit., p. 493. In tal senso v. anche D. RUBINO, *L'ipoteca mobiliare e immobiliare*, Milano, 1956, p. 320.

via si dovrebbe dar anche rilevanza alla conoscenza/conoscibilità come surrogato della mancata trascrizione onerando la posizione del soggetto terzo. Si è così osservato che “la trascrizione, intesa come mero atto di registrazione, rileva di per sé come criterio formale di soluzione di conflitti tra più aventi causa dal medesimo dante causa e risulta saldamente ancorata a ragioni formali di certezza nella vicenda circolatoria. Per questo la concreta conoscenza o conoscibilità dell’atto traslativo non risulta presa in considerazione dal legislatore”⁴⁷.

Questo non può portare comunque a conseguenze estreme che non diano rilevanza alla conoscenza e accettazione da parte del terzo di determinati effetti⁴⁸.

Altre sono le risultanze dei difetti di repertoriazione nei registri particolari sotto il profilo di eventuali responsabilità del loro autore ovvero del soggetto preposto a tale ufficio.

5. Le trascrizioni «anomale».

Nelle trattazioni in tema di trascrizione ricorrono le espressioni “trascrizione occulta” e “trascrizione anomala”⁴⁹.

Si ha la prima ipotesi nel caso in cui vi sia stata un’interruzione del procedimento di trascrizione per cui alla presentazione della nota non è seguita la registrazione oppure perché, pur essendo avvenuta anche la registrazione, un vizio di repertoriazione ha determinato un difetto di conoscibilità dell’atto oggetto di trascrizione.

Come abbiamo avuto modo di osservare, diverse sono le conseguenze nei due casi.

La mancata registrazione importerebbe, infatti, un difetto di trascrizione in quanto la registrazione è frutto dell’esercizio di un potere di controllo e di rappresentazione ai fini della pubblica fede esercitato da una pubblica autorità su impulso dell’attività privata di presentazione della nota.

La repertoriazione, invece, sarebbe un’attività puramente tecnica attuata non a fini di pubblica fede ed avrebbe esclusivamente la funzione di agevolare la ricerca dei dati trascritti. Si tratta, infatti, di un atto che non importa alcun controllo sulle fasi precedenti né importa l’esercizio di alcun potere che trova in queste ultime un impulso .

47. Cass. 2 luglio 2015, n. 15939, in *Guida al diritto* 2015, 39, p. 87.

48. “Ricondotta alla servitù, l’opponibilità ai terzi acquirenti dei limiti alla destinazione delle proprietà esclusive in ambito condominiale va regolata secondo le norme proprie di questa, e dunque avendo riguardo alla trascrizione del relativo peso. A tal fine non è sufficiente indicare nella nota di trascrizione il regolamento medesimo, ma, ai sensi dell’art. 2659 c.c., comma 1, n. 2, e art. 2665 c.c., occorre indicarne le specifiche clausole limitative (Cass. nn. 17493/14 e 7515/86). Fermo restando - è chiaro - che anche in assenza di trascrizione quest’ultimo può valere nei confronti del terzo acquirente, il quale ne prenda atto in maniera specifica nel medesimo contratto d’acquisto. E salvo precisare che, in tal caso, tecnicamente neppure si pone una questione di opponibilità.”: Cass. 18 Ottobre 2016, n. 21024, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia* 2016, 6, I, p. 1040.

49. Cfr. R. BONIS, op. ult. cit., p. 3 ss.; A. PROTO PISANI – E. FABIANI, *Ipotesi «anomale» di trascrizione delle domande giudiziali e invalidità della trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 179 ss.

L'attività di repertoriare i dati trascritti nei registri immobiliari seguirebbe solo sequenzialmente la registrazione, ma non sarebbe ascrivibile al completamento della procedura di trascrizione secondo l'idea di procedimento sin qui accolta.

Ne segue che la mancata registrazione non darebbe luogo ad una trascrizione occulta in quanto un simile difetto importerebbe non un completamento del procedimento di pubblicità immobiliare, ma un'interruzione dello stesso.

In tal caso non si avrebbe allora una trascrizione occulta, ma una trascrizione mancata.

Diversa è l'ipotesi della mancata repertoriatura. In questo caso il procedimento di trascrizione è completo, ma, a causa della mancata o della non corretta repertoriatura, la nota trascritta potrebbe non essere reperibile. Sarebbe allora corretto parlare di trascrizione occulta.

Altro è la trascrizione anomala caratterizzata da un perfetto compimento della procedura che trova però a suo monte una nota contenente irregolarità o omissioni che sono sfuggite al controllo del funzionario dell'Agenzia del Territorio.

L'ipotesi parrebbe trovare regolamentazione nel testo dell'art. 2665 c.c. ove si prevede che la presenza di omissioni o inesattezze delle note non determina invalidità della trascrizione purché "non induca incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto".

La norma in realtà apre a problemi interpretativi in quanto non chiarisce quale sia il grado di certezza dei dati contenuti nella nota rilevanti ai fini della validità della trascrizione.

Possiamo al riguardo ricordare la presenza di orientamenti salvifici della trascrizione, i quali tendono a ridurre gli elementi rilevanti ai fini della validità della stessa. In particolare si individuano nell'immutabilità e nella rilevanza, ai fini dell'identificazione del bene o della persona, i parametri della essenzialità⁵⁰.

Solo un dato immutabile è, infatti, suscettibile di conferire certezza nella individuazione delle persone o del bene. Inoltre solo un dato, che abbia una pregnante valenza identificativa del bene o della persona, avrà rilevanza *ex art. 2665 c.c.* in quanto la certezza è legata alla possibilità per i terzi di conoscere gli atti soggetti a trascrizione.

Seguendo un tale ordine di idee si ritiene, ad esempio, essenziale il nome, il cognome e la data di nascita delle parti del contratto trascritto; non essenziale la professione, la residenza ecc.⁵¹.

50. Così R. BONIS, *ult. op. cit.*, p. 14 ss. Sul punto si deve aver riguardo anche alla diligenza richiesta da chi effettua le ricerche. Si ritiene così inidonea a determinare l'incertezza una divergenza rispetto all'atto di nascita concernente l'uso, nei cognomi, del prefisso "de" con o senza apostrofo, uso non cumulativo di doppi cognomi ecc. Cfr. R. BONIS, *La trascrizione degli acquisti «mortis causa»*, in *Riv. dir. ipotec.*, 1959, pp. 89-90; ID., *La data di nascita e la pubblicità immobiliare*, *ivi*, 1959, p. 171 ss.

51. Recentemente si è affermato che: "In tema di trascrizione, al fine di stabilire se ed in quali limiti un determinato atto sia opponibile ai terzi, deve aversi riguardo esclusivo al contenuto della nota di trascrizione, unico strumento funzionale, *ex lege*, alla conoscenza, per gli interessati, del contenuto, dell'oggetto e del

Se su tali considerazioni è dato riscontrare una tendenziale uniformità di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, più problematica risulta la possibilità di integrare eventuali lacune attraverso l'intera lettura della nota, del titolo o dei dati catastali.

Venendo a queste ultime ipotesi si può rilevare un costante orientamento giurisprudenziale che tende ad escludere la rilevanza, ai fini dell'integrazione di inesattezze o omissioni della nota, di elementi dedotti da documenti diversi dalla nota di trascrizione ed in particolare dai dati catastali o dal titolo⁵² in quanto ciò importerebbe il riconoscimento di un onere per i terzi di tener conto degli stessi⁵³.

destinatario dell'atto. Ciò posto, a mente dell'art. 2665 c.c., è da ritenersi causa di invalidità della nota de qua non ogni generica omissione od inesattezza, ma soltanto la erronea indicazione inducente incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto giuridico cui l'atto si riferisce. (Nel caso di specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto che l'indicazione della partita Iva in luogo del codice fiscale, restando corretta l'indicazione della ragione sociale e della sede nella nota di trascrizione, non comporta alcuna invalidità di questa, ma una semplice inesattezza): così Cass. 4 dicembre, 2012, n. 21758, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 12, p. 1374. Sugli elementi rilevanti ai fini dell'identificazione delle parti la giurisprudenza si è in particolare occupata di problemi relativi al cognome. Cfr. Cass., 14.10.1991, n. 10774, in *Foro it.*, 1993, parte I, p. 219. In base alla quale "L'inesatta indicazione, nella nota di trascrizione, della persona contro la quale si intendeva trascrivere, ove abbia prodotto la registrazione nel conto di una persona indicata con erronea generalità, determina quell'incertezza sulle persone che, a termini dell'art. 2665 c.c., comporta l'invalidità della trascrizione, rendendola legalmente occulta nei confronti dei terzi." E in particolare "ai fini della trascrizione nei registri immobiliari, è necessaria la indicazione nella nota del cognome originario della donna coniugata; pertanto, la trascrizione con l'indicazione del solo cognome da coniugata determina incertezza sulla persona che comporta l'invalidità della trascrizione e la conseguente inopponibilità ai terzi della stessa". Viene poi escluso in giurisprudenza che possa essere richiesta, ai fini della validità della trascrizione, l'indicazione di altri parametri. Si afferma infatti il seguente principio: "Ai fini della validità della trascrizione non possono richiedersi indicazioni diverse da quelle espressamente previste dalla legge ed è sufficiente che le risultanze della nota consentano di individuare, senza incertezza, gli elementi essenziali del titolo ed in particolare i soggetti e l'oggetto cui esso si riferisce e l'essenza e la natura della situazione giuridica che si è inteso o si intende costituire: ne segue che per la validità della trascrizione di una domanda giudiziale non occorre la specifica menzione nella nota degli elementi di eventuali atti da cui deriverebbero il titolo dedotto in domanda, essendo sufficiente la completa indicazione della domanda formulata con l'atto di citazione (art. 2658, 2° comma e art. 2659 n. 2 c.c.), con le dovute precisazioni in ordine alla natura ed alla situazione del bene": così Cass., 08.01.1981, n. 158, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1713.

52. Sui problemi di divergenza tra nota e titolo si veda da ultimo E. FABIANI, *Trascrizione erronea, apparenza del diritto, pignoramento e conflitto fra più «pretendenti» in relazione al medesimo bene immobile*, cit., p. 543 ss.

53. Cass. 11.1.1969, n. 45, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 1522, con nota di A. TRABUCCHI, *Un alto monito all'attenzione dei pratici*. In senso analogo più recentemente Cass. 2.2.2000, n. 1135, cit. Si ritiene pertanto che non sia sanabile in via successiva l'errore di repertorizzazione compiuto dal conservatore o derivante da lacune delle indicazioni fornite dalle parti: R. TRIOLA, *Generalità incomplete delle parti e validità delle note di trascrizione o di iscrizione*, in *Giust. civ.*, 1977, I, c. 1236; Id., *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino 2004, pp. 279-280; A. TRABUCCHI, *Un alto monito all'attenzione dei pratici, Nota a Cass. 11.1.1969, n. 45*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 1522; D. CHINDEMI, *Errata indicazione del soggetto nella nota di trascrizione, Nota a Cass., sez. II, 14 ottobre 1991, n. 10774*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 438; F. DELFINI, *Inopponibilità al creditore pignorante della vendita immobiliare invalidamente trascritta, Nota a Cass., sez. II, 14 ottobre 1991, n. 10774*, in *Riv. notar.*, 1992, p. 246. La Cassazione ha, inoltre, avuto modo più volte di negare la possibilità di integrare la nota con "elementi attingibili dai titoli presentati e depositati con la nota stessa, a nulla rilevando in contrario la circostanza della introduzione del sistema informatico di trascrizione ad

Quanto alla integrazione mediante altri dati contenuti nella nota, in alcune pronunce la Suprema Corte ha ammesso la “sanabilità” dell’omissione ove l’atto di trascrizione sia comunque idoneo al raggiungimento dello scopo ovvero tutte le volte in cui da eventuali omissioni od errori non derivi incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto cui si riferisce la trascrizione *ex art.* 2665. In particolare la giurisprudenza ha ammesso la validità della trascrizione tutte le volte in cui l’atto sia idoneo ad esplicitare la sua funzione. Si pensi all’ipotesi di erronea od omessa indicazione della data di nascita in assenza di omonimie⁵⁴.

Il problema si sposta così dalla questione della integrabilità della nota alla questione della determinazione del livello di certezza richiesto ai fini della validità della trascrizione tenuto conto dell’attuale sistema di pubblicità immobiliare⁵⁵.

Si tratta allora di compiere non valutazioni formali fondate su un giudizio di conformità dell’atto privato al modello legale imposto, ma di compiere una valutazione di stampo teleologico volta a verificare l’idoneità dell’atto al raggiungimento del proprio scopo⁵⁶.

opera della l. 52/1985”: così testualmente Cass. 8.3.2005, n. 5002 in *Foro it.*, 2006, p. 853 con nota di E. FABIANI *Immobilie pignorato: erronea identificazione ed erronea trascrizione del relativo atto, nullità del pignoramento ed invalidità della trascrizione*. Si tratta di una giurisprudenza costante. V. tra le pronunce più recenti sul punto Cass. 5.7.2000, n. 8964, in *Mass. Foro it.*, 2000; Cass. 28.11.1998, n. 12098, *ivi*, 1998.

54. Cfr. Cass., 23.11.1983, n. 6994, in *Foro it.*, 1984, I, p. 1918 e in *Vita not.*, 1984, p. 287, con nota critica di R. CENICCOLA, *Generalità incomplete delle parti e validità delle note di trascrizione o di iscrizione*; Cass. 8.11.1974, n. 3424, in *Vita not.*, 1975, 429 (caso di erronea indicazione del prenome). Così precedentemente Cass. 24.4.1953, n. 1118, *ivi*, 1953, voce cit., nn. 22 e 23; Cass. 7.12. 1956, n. 4386, in *Foro it.*, *Rep.*, 1956, voce *Trascrizione*, nn. 46 e 47; Cass. 10.3.1964, n. 518, in *Foro it.*, 1964, I, 964 con nota adesiva di U. MORELLO. In dottrina a favore di quest’ultimo orientamento sulla data di nascita si ritiene in certi casi, in assenza di omonimie sia sufficiente la sola indicazione del nome. N. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 456; L. FERRI- P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 428; U. NATOLI, *Sub. Art. 2665*, in U. NATOLI- FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, 1971, libro IV, t. I, 219; R. BONIS, *Tre motivi di invalidità di una nota di trascrizione*, *Nota a Trib. Venezia 9.10.1968*, in *Riv. dir. ipotec.*, 1970, p. 113; *Id.*, *La rettifica dell’errore nell’indicazione della data di nascita e la pubblicità immobiliare*, *ivi*, 1959, p. 171; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 639

55. Cfr. R. BONIS, *Ipotecche occulte e trascrizioni occulte*, *cit.*, p. 19; A. PROTO PISANI – E. FABIANI, *op. cit.*, p. 232. Né a maggior ragione si può ammettere la sanabilità per integrazione successiva della nota incompleta. Prospetta la sanabilità Cass. 5.3.1971, n. 587, in *Giust. civ.*, 1971, I, c. 667. In questo caso la S.C. ha ammesso la trascrizione di una nuova nota (inopponibile solo al terzo che abbia già acquistato diritti sui beni) volta a colmare una lacuna riscontrata dalle parti nella nota precedente, così come è ammissibile che le parti chiariscano indirettamente la situazione di un immobile mediante note successive riguardanti altri immobili?”. *Contra* R. TRIOLA, *ult. op. loc. cit.*

56. Secondo la dottrina pronunciatasi sul punto, le omissioni e incertezze di cui all’art. 2659 e 2660 e 2665 non danno luogo ad invalidità da dichiararsi *hic et nunc* dal giudice immediatamente con la sola constatazione della carenza, ma danno luogo ad inefficacia assoluta il che importa per il giudice la necessità di compiere una valutazione sull’idoneità ad assolvere la funzione pubblicitaria (S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, t. II, p. 405). Si tratta di una inefficacia non sanabile, perché non surrogabile stante l’interesse generale che la ordina, né convalidabile essendo indirizzata non a beneficio di un singolo terzo ma *erga omnes* (S. PUGLIATTI, *op. ult. loc. cit.*; C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, *cit.*, p. 284).

La trascrizione non sarebbe mera forma⁵⁷, essa infatti si realizza “attraverso atti o fatti giuridici aventi insieme la sostanza e la forma essenziali ad ogni fenomeno giuridico, e costitutivi di esso, non avrebbe senso il quesito circa la invalidità o validità, la efficacia o inefficacia di essa. Quando si parla di validità (o invalidità) e di efficacia (o inefficacia) della trascrizione, si fa necessariamente riferimento ad un istituto giuridico, che risulta costituito dal collegamento necessario di fatti o atti giuridici, e il quesito si risolve nella dichiarazione delle conseguenze dell'accertamento di vizi o difetti degli atti o fatti o del loro collegamento”⁵⁸.

6. La trascrizione tra forma e sostanza.

Si intende così proporre una visione *formale ma non formalistica*, che guardi alla formalità della trascrizione in una prospettiva funzionale protesa agli interessi che l'ordinamento intendeva con essa tutelare, evitando *degenerazioni sostanzialistiche* che portino ad un uso distorto delle ragioni sostanziali dando rilevanza a fatti e interessi di fatto che non emergono a livello del giuridicamente rilevante⁵⁹.

Da un lato si avrebbe, ad esempio, secondo le considerazioni che precedono, un approccio sostanzialistico nel caso in cui, per dare importanza alla concreta difficoltà di ricerca di un atto trascritto in ipotesi di difetti nella repertoriazione, non si consideri la ridotta rilevanza che l'ordinamento dà a tale fase del procedimento di trascrizione per ragioni di certezza al fine di limitare l'impugnabilità della trascrizione.

Il rischio di giudizi sostanzialistici è quello di condurre a soluzioni disordinate e disordinanti. Si rischia di seguire interessi particolari disancorati dai valori riconosciuti dall'ordinamento⁶⁰. Si rischia un disordine fondato sulla proposizione di soluzioni a problemi giuridici disarticolate dal sistema di valori su cui l'ordinamento si fonda.

57. Come sostiene N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 406.

58. Così S. PUGLIATTI, *op. ult. loc. cit.*

59. Sulla distinzione tra “formale e formalistico” – “sostanziale e sostanzialistico” si rinvia a P.S. ATIYAH AND R.S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo – American Law*, Oxford, 1987, p. 28: “*authoritative formality degenerates into formalistic reasoning when, for example, a judge ignore gaps in the law...there are degenerate forms of substantive reasoning where judges use reasons of substance inappropriately*”.

60. Tante sono le pagine, che vorremmo ricordare, di autorevoli studiosi i quali hanno sottolineato la forza ordinante dei valori come strumento di composizione della complessità dell'ordinamento giuridico colto nel suo concreto e vigente determinarsi. Ci limitiamo a citarne alcune, che possono essere accomunate in una prospettiva tendenziale seppur moventi da differenti punti di vista: E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, p. 55 ss.; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, vol. I, *Il concetto del diritto*, IVa ed., Milano, 1992, p. 8 ss.; P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 2003, p. 40 ss.; P. PERLINGIERI, *Interpretazione e sistema dei valori*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2001, p. 81 ss.; ID., *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 3 ss.; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, ivi, p. 199 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 566 ss.

Da un altro lato il rischio dei giudizi formalistici è quello di mancare del senso di giustizia sostanziale ovvero di non essere, nel concreto, rispondenti agli interessi sottesi alle leggi astratte cui si vorrebbe dar applicazione⁶¹, agli interessi meritevoli di tutela nel presente del momento applicativo del precetto legale⁶².

Occorre coniugare forma e sostanza. Da qui la scelta di preferire la categoria ordinante del procedimento piuttosto che quella della fattispecie.

La fattispecie è pura astrazione.

La produzione degli effetti contrattuali nella logica della fattispecie, è quindi una pura questione di conformità agli schemi legali.

L'idea di procedimento riporta, invece, il momento dell'efficacia del contratto al potere di autonomia negoziale, che è sì di derivazione dall'ordinamento statale, ma che è, nel suo svolgimento, concreto esercizio di un'attività autenticamente regolamentare. Parlare di "concreto esercizio" vuol dire porsi in una logica che riesca a contestualizzare l'atto ovvero a coglierlo non nel suo mero conformarsi a schemi astratti⁶³.

L'*agere* è *forma* in tanto in quanto idoneo a comprendere anche momenti che sono attuazione di precetti legislativi cui è informato lo svolgimento del potere che deriva appunto dall'ordinamento generale. L'attuazione di questi precetti, però, nel suo proiettarsi nel procedimento, viene a recuperare *sostanza* come impulso al concreto svolgimento di un potere contrattuale e al raggiungimento nei fatti della funzione individuale al quale è orientata la tendenzialità dell'*agere*.

61. Tali aspetti avrebbero poi effetti economici diretti in punto di "*transaction cost*" e di "*enforcement cost*" come rilevato anche recentemente da C. MITCHELL, *Interpretation of Contracts*, London – New York, 2007, p. 93 ss.

62. Particolare è poi la riscoperta dell'importanza degli approcci formali nell'interpretazione del diritto privato sotto il profilo della rilevanza della coerenza nell'argomentazione. "Coherence matters because justification matters. The private law relationship is not merely an emanation of official power... Coherence is important for private law relationships because it is indispensable to justification": così E. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge (Massachusetts) – London, 1995, p. 39.

63. Nella letteratura americana è dato cogliere un nuovo antiformalismo leggibile in orientamenti contestualisti e un nuovo anti-anti-formalismo. Sul punto v. in particolare C. CHARNY, *The New Formalism in Contract*, in *Univ. Chi. Law Rev.*, 1999 (66), p. 842 ss. Accanto a tali posizioni si pongono quelle di chi mette il luce le problematiche che entrambi gli approcci incontrano, proponendo anche approcci mediani. Cfr. C. MITCHELL, op. cit., p. 93 ss.

VALUTAZIONI A MARGINE DELLA TEORIA DELLA COSA: LA CONSIDERAZIONE COMUNE E GIURIDICA DELLA *RES* IN UNA PROSPETTIVA DI ONTOLOGIA TERMINOLOGICA

ETTORE M. LOMBARDI
Ricercatore Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Alle origini della considerazione comune e giuridica della cosa: la questione della separazione/individuazione. - 2. Il bene di consumo ex art. 128 c. cons.: tra bene mobile e bene immobile? - 3. L'autentico carattere ontologico del "bene di consumo". - 4. La portata della nozione di "bene mobile di consumo". - 5. L'esigenza di un flessibile percepire: la *res*, tra oggettività giuridica e contenuto in senso tecnico.

1. Alle origini della considerazione comune e giuridica della cosa: la questione della separazione/individuazione.

L'inquadramento delle situazioni in cui si ravvisa, almeno in apparenza, una evidente frattura tra la considerazione comune della *res* e la sua considerazione giuridica rappresenta uno dei più complessi problemi della teoria giuridica della cosa. Il riferimento è, in particolare, a ipotesi in cui sia coglibile un collegamento tra una parte e un tutto che appaia necessario interrompere per conseguire l'autonomia tipica della consistenza unitaria della *res*. In effetti, il concetto giuridico di cosa si compone, in generale, anche del requisito dell'esistenza separata¹, poiché il distacco può determinare la nascita di una nuova *res* in senso normativo, su cui può configurarsi un diverso diritto di proprietà².

È bene precisare, tuttavia, che l'autonoma rilevanza giuridica della *res* risulta essenzialmente descrittiva, qualora si permanga all'interno della sfera giuridica del *dominus* della cosa³, assumendo, *a contrario*, rilievo quando sia funzionalizzata a un criterio di individuazione, che, in alcune ipotesi, può essere di derivazione eminentemente legale, mentre, in altre, e più spesso, risiederà nella volontà particolare⁴, o del titolare o dei contraenti⁵.

1. Cfr. A. PINO, *Contributo alla teoria giuridica di beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 839 ss.; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*. I, Torino, 1953, p. 262 ss.

2. Cfr. G. FURGUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, p. 81.

3. Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1954, p. 69, ove l'A. afferma che «La presa di possesso per sé non reale ma rappresentante soltanto la mia volontà, è un segno della cosa; significato del quale, deve essere che io ho messo in essa la mia volontà».

4. Cfr., sul tema, G. FURGUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 82, ove l'A., operando una interessante esemplificazione, osserva che «[...] niente impedirà al proprietario di una penna di dirsi titolare dell'intero o del solo cappuccio, a seconda di una visione globale o parziale, e perché questo discorso abbia rilevanza giuridica, sempre in una prospettiva tale da manifestare ripercussioni fuori dalla sfera del titolare stesso».

5. Cfr., sul tema, G. FURGUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 79, ove l'A. afferma che «L'azione, che si sviluppa sulla base di interessi, il cui riconoscimento fornisce la giustificazione del confe-

Il materiale distacco, tuttavia, si porrà sullo stesso piano dell'attualità di una concretizzazione materiale che non altera né le linee della sostanza giuridica né il suo ruolo oggettivamente configurante.

Se la materiale disgiunzione, infatti, può presupporre o preludere a una *separatio*, l'individuazione, come parametro logico e giuridico su cui s'incardina la relazione che intercorre tra l'uomo e il mondo esterno⁶, prescinde dai tratti della fisicità, che sono, invece, intrinseci a una qualunque divisione, e si pone come semplice premessa a una concreta utilizzazione.

L'unico limite che l'individuazione, come attività intellettuale, può incontrare è *in rerum natura*, giacché la concettualizzazione umana, se vuole rimanere credibile, deve confrontarsi con la realtà effettuale e alla sua luce autolimitarsi⁷.

In altri termini, la previsione di una concretezza materiale e il suo effettivo dimensionarsi si pongono come il crinale che delimita l'operazione diretta a individuare l'autentica consistenza giuridica, poiché i limiti di una corrispondenza fisica sono coesenziali a un fenomeno giuridico che appare essere il frutto di una elaborazione interna al soggetto su una materia lui esterna.

Il giurista, nel caso di specie, è mosso dalla possibilità di plasmare l'entità individuata alle specifiche finalità d'interesse che muovono il soggetto individuante⁸, cosicché possa emergere la reale funzione della separabilità che, da criterio di accertamento della potenziale conformità di una operazione razionale alla realtà, diviene pratico approdo dell'effettiva operatività della situazione giuridica.

La separazione, allora, consente di esprimere, al massimo grado, la rilevanza che la cosa ha in una sfera che è posta in posizione subordinata alla volontà configurante dell'in-

rimento da parte del sistema di poteri, astratta espressione della potenzialità attiva, può estrinsecarsi nella mera creazione di strutture obbligatorie di comportamento, non assumendo la cosa rilevanza giuridica se non indirettamente; o può incidere teleologicamente sulla configurazione tipica della *res*, la quale peraltro assume rilievo primario non tanto in sé, quanto per il suo proiettarsi all'interno di una caratterizzazione uni o plurisoggettiva». Cfr., per approfondimenti, S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 173 ss.; SALV. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, Milano, 1955, p. 285 ss.; ID., *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 1009 ss.; ID., *L'autonomia privata*, Milano, 1957, p. 17 ss.; ID., *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano, 1958, p. 9 ss.; ID., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, Napoli, 1970, p. 141 ss.

6. Cfr. F. CARNELUTTI, *Tempo perso*, Firenze, 1959, ove l'A., a p. 359, sottolinea che «L'oggetto indefinito è il mondo; l'oggetto definito è la cosa. La definizione è una astrazione, ossia un restringere ciò a cui si attende in confronto di ciò che si vede», e, a p. 609, che «Si tratta in primo luogo, di distaccare un pezzo della realtà e di metterlo davanti. Questo pezzo in ordine alla percezione si chiama fenomeno; oggetto in ordine alla posizione; cosa in ordine all'utilità».

7. Cfr. F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959, *passim*.

8. Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., p. 59, in cui, in termini di assoluta teleolicità, si osserva che «La persona ha per suo fine sostanziale il diritto di porre la sua volontà in ogni cosa, la quale, pertanto, è mia: non avendo in se stessa un tal fine, riceve a sua determinazione e anima la mia volontà: assoluto diritto di appropriazione dell'uomo su tutte le cose».

dividuo⁹, che non si lascia condizionare dall'attualità di una situazione fattuale, ma la plasma e l'armonizza assecondando gli interessi di cui è latrice.

Il distacco materiale consentirà di verificare il conseguimento della previsione che si intendeva perseguire e, soprattutto, consentirà di attuare il contenuto del godimento¹⁰.

Il parametro valutativo dell'esistenza giuridica della *res* che s'incarna in un'attività individualizzante realizzata nella successiva ed eventuale separazione¹¹, si pone in posizione nodale nel valutare il ruolo che le cose giocano nella fenomenologia giuridica, come entità oggettive di riferimento funzionalizzate a una considerazione specificante.

Una volta, quindi, che si sia accettato il principio per cui la *res* non è altro che la rappresentazione mentale di un *quid* esterno al soggetto¹², e tale prospettiva sia, ancor più, confermata in ambito giuridico ove l'oggettività non rileva di per sé, ma è relativizzata all'adozione di un inquadramento soggettivo¹³, se ne ricava che il criterio diretto a verificare qualsivoglia determinazione intellettuale s'incentra su un riscontro della realtà pratica, ove abbia a oggetto un accertamento fisico.

La separazione, quale attività materiale e prioritaria rispetto all'individuazione, non segna il momento in cui sorge l'individualità giuridica della *res*, poiché è la stessa esistenza fisica a costituirne il presupposto a cui segue e si somma un'attività specificante di fonte privata¹⁴ diretta solo a concretizzare la condizione iniziale e necessaria alla esistenza in senso giuridico.

Il distacco, pertanto, non si presenta più come il tratto su cui si fonda la dinamica traslativa, ma come il semplice fattore che condiziona, logicamente, il godimento del bene¹⁵.

9. Cfr., per approfondimenti, P. PIOVANI, *Linee di una filosofia del diritto*, Padova, 1968, p. 298 ss.

10. Cfr. G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 82 ss.

11. Cfr., a riguardo, G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 83, ove l'A., analizzando il criterio enunciato all'art. 939 c.c., sottolinea che «Sancendo la permanenza della proprietà nei titolari delle singole cose unite o mescolate così da integrare un tutto unitario, e purtuttavia separabili senza notevole deterioramento, il codice accetta il significato di un'attività individualizzante», intesa nei termini descritti. Cfr., sul principio di individuazione, in tal senso, A. AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, p. 24 ss.; in senso parzialmente difforme, S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, p. 165 ss.

12. Cfr., per approfondimenti, E. CASSIRER, *Storia della filosofia moderna*, Torino, 1961, p. 27 ss.

13. Cfr. A. SCHOPENHAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Bari, 1968, p. 29, ove l'A. osserva che «"Il mondo è mia rappresentazione" [...] il mondo [...] non esiste se non come rappresentazione, vale a dire sempre e dappertutto in rapporto ad un altro, a colui che rappresenta [...]».

14. Cfr. F. CARNELUTTI, *Tempo perso*, cit., p. 90, in cui si afferma che «[...] non si può capire l'oggetto senza il soggetto [...]».

15. Cfr. G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 84 ss., e soprattutto p. 85, ove l'A. precisa che «Conseguentemente il frutto, che sia già pervenuto ad un punto tale del suo sviluppo organico da realizzare il contenuto previsionale delle parti, non può non definirsi cos attualmente esistente a tutti gli effetti giuridici. Il momento della separazione rileverà, ma solo in termini di un'attività logicamente necessaria per il godimento. [...] In definitiva, l'affermazione per cui i frutti prima dello stacco formano parte della cosa madre, si rivela [...] priva di autentico contenuto normativo, semplicistico rilievo di mera ispirazione naturalistica».

2. Il bene di consumo ex art. 128 c.cons.: tra bene mobile e bene immobile?

Le osservazioni fin qui *breviter* sviluppate possono trovare un concreto riscontro nell'oggetto dell'attribuzione traslativa disciplinata dagli artt. 128 ss. c.cons.: i beni mobili (di consumo)¹⁶.

Parrebbe emergere, infatti, la volontà legislativa di identificare la specifica vendita oggetto di disciplina, operando sul piano dell'oggetto del contratto, poiché si parla di vendita di "beni di consumo".

Si coglie, tuttavia, con chiarezza l'esistenza di una profonda discrasia tra la scelta normativa ora prospettata e il dato testuale emergente dall'art. 128, lett. a), comma 1, c. cons., da cui non si ricava in modo nitido il concetto di «bene di consumo», perché definito solo in termini negativi.

Non a caso, il dato testuale stabilisce, prima, che rientra in tale categoria «qualsiasi bene mobile, anche da assemblare»¹⁷ e, poi, si concentra sulle tipologie di beni mobili sottratti alla sfera di applicazione della disciplina¹⁸.

16. Si deve notare come il legislatore italiano, superando l'ulteriore indicazione contenuta nella direttiva n. 44 del 1999, che faceva riferimento al carattere «materiale» o «corporale» del bene, ha introdotto una innovazione che si pone in linea con il sistema normativo nostrano, ove, da un lato, l'art. 810 c.c. definisce come «beni» le cose che possono costituire l'oggetto di diritti, e, dall'altro, l'art. 814 c.c. sottopone alla disciplina dei beni mobili le energie naturali che hanno valore economico. È fuor di dubbio, pertanto, che la disciplina della vendita dei beni di consumo, in conformità con quanto sostenuto dai commentatori della Convenzione di Vienna del 1980 ritenuta applicabile a tutti i beni mobili a prescindere dalla loro materialità, trova applicazione alle vendite relative a programmi per elaboratore elettronico, a dischi, a videocassette, o a libri, a prescindere dal fatto che tali beni siano venduti al consumatore attraverso supporti materiali – pagine, nastri magnetici, *compact disc* – o siano disponibili su una rete telematica dalla quale vengano poi acquisiti (*download*).

17. Cfr. art. 128, lett. a), comma 2, c. cons. È da notare come l'inciso «anche da assemblare» sia stato introdotto dal legislatore italiano al fine di estendere esplicitamente la nozione dei beni di consumo e renderla coerente alla scelta di equiparare, per l'applicazione della disciplina delle garanzie dei beni di consumo, alla vendita, quale unica ipotesi prevista espressamente dal legislatore comunitario, i contratti di permuta, di somministrazione, di appalto, di opera, e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre, che ben potrebbero avere ad oggetto beni mobili da assemblare.

18. Secondo l'art. 1, comma 2, lett. b), della direttiva n. 44 del 1999 «Consumer goods» sono «any tangible movable item, with the exception of goods sold by way of execution or otherwise by authority of law; water and gas where they are not put up for sale in a limited volume or set quantity; and electricity». Se si allarga l'orizzonte visuale alla situazione presente negli altri Paesi membri, si può constatare come, in sede attuativa, solo il Belgio, Cipro, la Francia, l'Ungheria, l'Irlanda, il Lussemburgo, la Polonia e la Svezia, abbiano dato pedissequa applicazione alla nozione comunitaria di "bene di consumo" appena riportata. A differenza dell'Austria e della Repubblica Ceca, poi, che non hanno adottato particolari formule descrittive dei beni di consumo, poiché la normativa sulla vendita si applica a tutti i tipi di beni, altri Paesi membri hanno previsto delle variazioni definitorie rispetto alla previsione di cui all'art. 1, comma 2, lett. b), della direttiva n. 44 del 1999, consistenti, complessivamente, nella esclusione delle specifiche limitazioni applicative riportate all'art. 2, comma 2, lett. b) – come accade, ad esempio, in Danimarca, Estonia (art. 2, § 3, del *Consumer Protection Act*), Finlandia (*Chapter 1*, art. 3, del *Consumer Protection Act*), Germania (dove il § 90 e il § 474, comma 1, *BGB*, includono tra i beni di consumo anche l'acqua e il gas forniti mediante condutture), Lettonia (art. 1, § 1, sent. 6 della *Consumer Rights Protection Law*), Malta (dove l'art. 72, § 1, del *Consumer Affairs Act* parla, genericamente, di «any tangible moveable item

La prima questione che pone questo tipo d'impostazione è, allora, valutare se i beni di consumo eccettuati dall'ambito di operatività della disciplina *ex artt.* 128 ss. c. cons. siano, in teoria, da ricondurre alla citata nozione, seppur esclusi, in sostanza, dalla relativa normativa, o se essi non rientrino nemmeno in essa, essendo qualificabili come beni mobili ma non "di consumo".

Se si ritiene corretta – come pare evidente – la prima soluzione prospettata, ossia che i beni mobili esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina della vendita dei beni di consumo potrebbero comunque considerarsi «beni di consumo», sebbene sottratti alle norme dettate dagli artt. 128 ss. c. cons., si evince, *de plano*, il carattere artificiale¹⁹ della nozione legislativa di tale "tipologia" di beni, trattandosi di comuni beni mobili sottoposti dal legislatore a una particolare normativa, nell'ottica di tutelare il consumatore che li acquista.

Non sembra, quindi, possibile configurare una nuova, ulteriore e autonoma categoria di beni, che si ponga accanto a quelle già individuate dall'art. 812 ss. c.c., e che trovi una materiale rispondenza nella realtà naturale, in quanto i beni di consumo cui la disciplina in oggetto fa riferimento altro non sono che tutti i beni mobili²⁰, anche da assemblare,

of property)), Portogallo (dove l'art. 1, § 2, del *Decree Law* 67/2003 estende l'applicazione della legge anche ai beni immobili) e Slovacchia (ove l'art. 2, § 1, dell'*Act on Consumer Protection* considera l'elettricità e l'acqua forniti, in generale, ai consumatori come beni di consumo) –. In Lituania, sebbene l'art. 2, § 5, della *Law of Consumer Protection* non escluda apparentemente alcun bene mobile dall'elenco assoggettabile alla disciplina comunitaria, l'art. 1, § 2, della *Law of Consumer Protection* prevede che le regole principali in essa contemplate non si applichino all'acqua, all'elettricità e al gas, derivandone, così, il risultato pratico di seguire appieno la definizione di "bene di consumo" prevista dalla direttiva n. 44 del 1999. In Olanda, benché sia l'art. 5, § 1, del *Book 7* del *Civil Code*, che l'art. 2 del *Book 3* del *Civil Code*, dispongano che solo i beni «tangibles» siano da considerare "di consumo", l'art. 7:48 *Civil Code* prevede che, ove possibile, le regole relative ai beni materiali siano estensibili anche ai beni non materiali. La Slovenia ha adottato una ampia definizione di ciò che debba intendersi per "bene", senza descrivere separatamente il bene di consumo. In Spagna, si è aggiunto alla definizione comunitaria l'ulteriore requisito per cui il bene di consumo debba essere «aimed at the private consumer» (art. 1, § 2, sent. 2 della *Law on guarantees in the sale of goods for consumers*). Sia in Grecia (art. 6, § 2, sent. 2/3 della *Consumer Protection Law*) che nel Regno Unito (sec. 61, § 1, del *Sale of Goods Act* 1979), infine, si segnala la presenza di una definizione di "bene" che si caratterizza per essere più ampia e generalizzata di quella comunitaria.

19. Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, p. 11 ss., ove l'A. sostiene che il mercato è «*Locus artificialis*, e non *locus naturalis*; ordine costruito, e non ordine trovato nell'originaria natura degli uomini. [...] tutto dimostra che il mercato può assumere una o altra forma, e svolgersi in una od altra struttura, e, dunque, che esso è disegnato *artificialmente*, fatto con l'arte del legiferare».

20. Cfr. R. CARLEO, *Art. 1519-bis*, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. PATTI, Milano, 2004, p. 28, nota 8, ove l'A. sottolinea che «Mediante il riferimento a "qualsiasi" bene mobile, il legislatore sembra reputare irrilevante ogni ulteriore caratteristica del bene come ad esempio il valore economico, la destinazione effettiva all'uso o al consumo finale, la maggiore o minore attitudine a durare nel tempo, quale era invece considerata nelle originarie intenzioni del legislatore comunitario secondo cui il nuovo provvedimento si sarebbe dovuto applicare soltanto alle vendite di beni mobili "*nuovi e durevoli*" (cfr. il Libro Verde, in COM, 1993, 509 def., p. 76). Tuttavia tale limitazione fu abbandonata già nella prima Proposta del 1996, perché ritenuta irragionevole, nonché foriera di eventuali difficoltà applicative, data la soggettività dei criteri in base ai quali classificare un bene come *nuovo e durevole*».

materiali o immateriali, che siano destinati al mercato dei consumatori, con le eccezioni previste dall'art. 128, lett. a), nn. 1, 2, 3, comma 2, c. cons.

Per paradosso, una conferma all'ampiezza della nozione di "bene di consumo" può ravvisarsi nella esclusione dei beni immobili dalla sfera applicativa degli artt. 128 ss. c. cons., da cui deriva la loro soggezione alla normativa sulle garanzie già prevista nel codice civile.

La mancata inclusione dei beni immobili nella disciplina introdotta con il d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005, allineandosi al tenore della stessa direttiva n. 44 del 1999²¹, si spiega, infatti, non tanto per la difficile attuabilità dei rimedi esperibili dal compratore (come la riparazione e la sostituzione del bene)²², quanto per una precisa scelta legislativa che, a dispetto di quanto auspicato dalla dottrina dominante²³, non si è spinta a realizzare sul piano interno l'obiettivo di uniformare la disciplina delle garanzie²⁴, come invece è avvenuto in altri Paesi europei (su tutti l'Austria)²⁵.

Allora, appare opportuno precisare che la stessa inequivoca delimitazione della normativa in esame ai soli beni mobili non sembra legittimare l'assunto per cui gli *immovables* siano di necessità esclusi dalla nozione di "bene di consumo", atteso che, in via astratta, anche gli immobili possono essere, talora, ricondotti dal legislatore a quest'ultima categoria "tipologica"²⁶, perché destinati al mercato dei consumatori²⁷.

21. Cfr., per tutti, nell'ampissima letteratura sulla direttiva n. 44 del 1999, J.-J. LEMOULAND, H. DÍEZ GARCÍA, G. FURGIUELE, N.L. NICOLAU, M.T. ÁLVAREZ MORENO (editado por), *Algunos aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo*, Madrid, 2010.

22. Cfr. J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer-Boston, MA, 1999, p. 101.

23. Cfr., per tutti, A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. impr./Eur.*, 2001, p. 89 ss., ove l'A. sostiene che le differenze di regime esistenti tra la vendita mobiliare e la vendita immobiliare non devono necessariamente portare ad una diversa disciplina applicabile in tema di garanzie, auspicando, così, un intervento legislativo volto ad uniformare il sistema.

24. Cfr., per approfondimenti, G. FURGIUELE, *La garanzia legal en Italia en la venta de bienes de consumo*, in *Algunos aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo*, cit., p. 37 ss.

25. Cfr., a riguardo, A. CIATTI, *L'ambito di applicazione*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di M. BIN e A. LUMINOSO, Padova, 2003, p. 122, ove l'A. sostiene che il mancato riferimento ai beni immobili può spiegarsi anche «[...] per la presenza nei vari sistemi nazionali di norme di ordine pubblico che li riguardano e forse pure per il maggior peso delle singole tradizioni normative che rendono il sistema più impermeabile agli interventi emendatori di origine estranea».

26. Cfr., a riguardo, A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44 CE*, cit., p. 89, ove l'A. auspica la realizzazione di una disciplina unitaria della garanzia per vizi che sia comune alla vendita tanto di beni mobili quanto di beni immobili.

27. Si pensi alla disciplina prevista dal d.lgs. n. 427 del 1998 sui diritti di godimento a tempo parziale di beni immobili, che, dando attuazione alla direttiva n. 47 del 1997, detta una specifica tutela in favore dell'acquirente, considerato e definito dall'art. 1, lett. c), come un vero e proprio "consumatore" («da persona fisica, che non agisce nell'ambito della sua attività professionale, in favore della quale si costituisce, si trasferisce o si promette di costituire o di trasferire il diritto oggetto del contratto»).

3. L'autentico carattere ontologico del "bene di consumo".

Il discorso finora svolto evidenzia come i beni di consumo di cui all'art. 128, lett. a), comma 2, c. cons. non sembrano caratterizzati da un'autentica e specifica natura ontologica, poiché appaiono come comuni beni mobili che si contraddistinguono per la loro connaturale e usuale destinazione al mercato amorfo e impersonale dei consumatori²⁸.

La formula "bene di consumo" si rivela, pertanto, come il frutto di un'ambiguità terminologica della disciplina *ex artt.* 128 ss. c. cons., poiché il consumo, in realtà, non qualifica il bene, ma il fatto che esso venga acquistato da un consumatore, ovvero da un soggetto che lo compra per sé e non per utilizzarlo a fini di lucro nell'ambito della propria attività professionale²⁹.

Ne consegue un inevitabile ridimensionamento o, meglio, la chiara *deminutio* del ruolo di limite oggettivo alla disciplina prevista dagli artt. 128 ss. c. cons. che in apparenza potrebbe, invece, essere attribuito a tale concetto³⁰.

L'ampiezza del nozione analizzata, in definitiva, pone in luce la difficoltà, se non l'impossibilità, di definire la completa operatività della normativa sulla vendita dei beni di consumo facendo riferimento alla sola natura del bene ("di consumo"), risultando inevitabile integrare tale criterio oggettivo con il requisito soggettivo, e altrettanto problematico, del potenziale riferimento dell'operazione negoziale a un consumatore.

I tentativi che, comunque, parte della dottrina, con l'ausilio della giurisprudenza³¹, ha compiuto³² per delimitare la nozione di "bene di consumo", benché siano poco esaustivi, sono apprezzabili, perché forniscono dei criteri sussidiari utili alla precisazione della figura.

È in questa prospettiva che i beni di consumo vengono letti come mero oggetto di vendita "al minuto" e non anche "all'ingrosso"³³, conseguendone, seppur in mancanza

28. Cfr. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Rin. trim. dir. proc. civ.*, I, 1998, p. 347 ss., ove l'A. dipinge la natura delle contrattazioni di massa come l'intrecciarsi di due atti unilaterali, quello dell'esposizione (che non è offerta) e quello della scelta (che non è accettazione), in un non-luogo («spazio astratto») dal quale è bandito il dialogo tra le parti, che costituisce la sostanza dell'accordo.

29. Cfr. A. NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, Milano, 2005, p. 88.

30. Cfr., sul punto, G. FURGUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, p. 89, ove l'A. osserva che «L'atteggiamento dell'organizzazione economica implica un assetto che si ripercuote giuridicamente sulla configurazione della dinamica contrattuale, portando alla ribalta una certa visione, diversa dall'inquadramento tradizionale e, quindi, nelle esigenze di disciplina».

31. Cfr., da ultimo, Cass., 11 dicembre 2015, n. 25027; Trib. Roma, 2 febbraio 2015, n. 2383.

32. Cfr. R. CARLEO, *Art. 1519-bis*, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. PATTI, Milano, 2004, p. 30 ss.

33. Tale tesi viene sostenuta alla luce della pronuncia della Cass., 19 settembre 1996, n. 8357, in *Rin. giur. poliz.*, 1998, p. 79, secondo cui «In tema di sanzioni amministrative per l'esposizione di merci di largo e generale consumo nella vetrina di un negozio senza l'indicazione del prezzo, in violazione dell'obbligo imposto dall'art. 38 legge 11 giugno 1971 n. 426 [...], devono considerarsi beni di "largo e generale consumo", ai sensi della

di specificazioni, il riferimento sia ai beni “prodotti in serie” che a quelli “fabbricati”³⁴ secondo criteri standardizzati³⁵.

Un processo di produzione industriale in serie disposto e regolato dal solo produttore e diretto alla immissione del bene nel mercato dei consumatori sembrerebbe caratterizzare i beni di consumo “prodotti”, senza l’impulso o la partecipazione del consumatore; ove i beni di consumo “fabbricati”, sebbene non costituiscano oggetto di produzione in serie e presentino, *a contrario*, proprie e peculiari caratteristiche, sembrerebbero beni comunque realizzati dal fabbricante secondo criteri standardizzati, anche se eventualmente commissionati *ad hoc* dallo stesso consumatore³⁶.

Tale ricostruzione, seppur condivisibile perché atta a superare il rigido orientamento interpretativo che si regge sull’identificazione dei beni di consumo con i beni prodotti in serie – si ricomprendono, infatti, all’intero di tale nozione anche le *res* specificamente fabbricate –³⁷, non è decisiva³⁸ e può essere vista, al più, come espressione di quel mero “carattere di consumo” del bene che si incentra sulle modalità di produzione o di fabbricazione³⁹.

legge citata, diretta alla tutela del consumatore finale ed al migliore funzionamento della concorrenza, i beni di larga diffusione commerciale nella vendita al minuto [...]».

34. Atteso che la disciplina ritiene «equiparati» ai contratti di vendita «i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre» (art. 128, comma 1, c. cons.). Cfr., R. CARLEO, *Art. 1519-bis*, cit., p. 32, nota 18, ove l’A. sostiene che «In ciò sembra quindi rinvenibile il significato della endiadi utilizzata dal legislatore nel riferimento specifico ai beni di consumo sia da “fabbricare” sia da “produrre”, che a prima vista potrebbe apparire una mera tautologia [...]. Pertanto la scelta legislativa di specificare che i beni di consumo possano essere alternativamente tanto “prodotti” quanto “fabbricati”, può disvelare un vero e proprio carattere precettivo e perdere dunque la sua apparente natura pleonastica ».

35. Cfr., in tema, R. CARLEO, *Art. 1519-bis*, cit., p. 33, nota 19, ove l’A. precisa che «La fabbricazione di cose mobili specifiche secondo criteri *standard* non sembrerebbe necessariamente implicare, ai fini dell’applicazione della nuova disciplina dei difetti di conformità dei beni di consumo, che il fabbricante ed il consumatore ricorrano all’adozione di condizioni generali di contratto (d’appalto, di opera ed altri): anche in caso di trattativa individuale, infatti, nonostante la specificità della contrattazione, comunque il bene commissionato dal consumatore ben può risultare fabbricato secondo comuni criteri di tecnica e di esperienza, nel qual caso esso rientra sempre nell’ambito di applicazione della disciplina, salvo che “il difetto di conformità deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore”» (art. 129, comma 3, c. cons.).

36. Cfr., per alcuni approfondimenti sul concetto di *res* fabbricata dal venditore, G. FURGUELE, *Vendita di “cosa futura” e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 101 ss.

37. Tale assunto si presenterebbe pienamente coerente alla espressa determinazione del legislatore italiano volta ad ampliare l’ambito di applicazione della disciplina che, originariamente riferito dalla direttiva comunitaria n. 44 del 1999 alla vendita e, genericamente, ai «contratti di fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre», è stato esteso dalla disciplina nazionale ad altri contratti che sono stati equiparati alla vendita (contratto d’appalto, d’opera, etc.), i quali, per loro essenza, non potrebbero avere ad oggetto beni prodotti in serie, poiché funzionalmente destinati proprio alla realizzazione di un specifico oggetto.

38. Cfr. A. NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, in *La vendita di beni di consumo* cit., p. 84 ss.

39. Secondo tale tesi dottrinale, ove si seguisse l’ottica prospettata, si avrebbe, come ulteriore corollario, che un bene mobile specifico di fattura prettamente artigianale, realizzato secondo le capacità individuali possedute

In questa prospettiva un aggiornamento dovrebbe riguardare la stessa tradizionale distinzione operata tra cose specifiche, cose generiche e cose fungibili⁴⁰, che appare alla base di quest'ultima impostazione, poiché spesso beni prodotti in serie vengono venduti in modo "personalizzato", sicché l'insieme, benché formato da parti fungibili, si presenta specificato, conseguendone che non sempre il venditore possa facilmente sostituire la cosa come una qualsiasi *res* di genere⁴¹.

Quanto al momento in cui va valutato il carattere mobiliare del bene, secondo una classica impostazione, se ne ravvisa la coincidenza con la consegna all'acquirente e non con la conclusione del contratto⁴², questo valendo con particolare riferimento ai «mobili

dalla persona del costruttore, e quindi sulla base di un criterio di lavorazione individuale ed esclusivo, sarebbe escluso dalla categoria dei beni di consumo *fabbricati*, ogniqualvolta esso costituisca un *unicum* non rapportabile né ad altri «beni dello stesso tipo» (art. 129, lett. *a*) e *c*), comma 2, Codice del consumo), né ad un «campione o modello» del medesimo bene di consumo (art. 129, lett. *b*), comma 2, Codice del consumo). L'impossibilità di effettuare un raffronto con altri beni o con criteri di produzione di beni appartenenti ad un medesimo tipo, in definitiva, comporterebbe la non riconducibilità di una data *res* alla nozione di *bene di consumo*. È chiara, infatti, la diversità esistente tra il bene appartenente ad un «tipo» comune che sia fabbricato mediante l'uso impersonale e standardizzato di macchinari, e il bene, unico ed esclusivo, che sia realizzato, e non *prodotto né fabbricato*, personalmente dall'artigiano (l'art. 2 della *Legge-quadro per l'artigianato* – l. 8 agosto 1985, n. 443 – dà una definizione di artigiano, identificandolo con «colui che esercita personalmente, professionalmente e in qualità di titolare, l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri ed i rischi inerenti alla sua direzione e gestione e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo») mediante il proprio lavoro manuale. Tale dottrina precisa, però, che quest'ultima considerazione non deve essere letta nel senso che il criterio discreto per individuare i *beni mobili di consumo* possa essere dato semplicemente dalla circostanza che essi siano *fabbricati* con il solo impiego di macchinari, escludendosi, in tal modo, qualsiasi apporto o realizzazione *a mano*. Se, in effetti, la "manualità" del bene possa costituire pur sempre un indizio diretto ad escludere la disciplina dei beni di consumo, le opere di manifattura potrebbero assumere la natura di beni di consumo quando il lavoro manuale dell'uomo presenti i tratti della serialità, poiché svolto secondo criteri *standard* di lavorazione (si pensi, ad esempio, alle cuciture a mano su larga scala di manufatti tessili cravatte, asole di camicie, etc. – dello stesso tipo realizzati con gli stessi criteri *standard* di lavorazione. I beni di consumo, quale oggetto della disciplina di tutela dei consumatori, sembrerebbero, allora, caratterizzati dal connotato della fungibilità, che deriva dalla produzione in serie ovvero dalla fabbricazione secondo criteri standardizzati, connotato questo che si attaglia appieno alla logica degli innovativi rimedi previsti in caso di difformità del bene, ossia la riparazione e, specialmente, la sostituzione (si pensi, ad esempio, ad un bene artistico, che in quanto tale non potrebbe essere raffrontato con altri beni per valutarne la conformità e, segnatamente, non potrebbe essere né riparato – pena una mutazione intrinseca che ne ridurrebbe inevitabilmente il valore – né sostituito – stante i suoi tratti di unicità –). Cfr., a riguardo, R. CARLEO, *Art. 1519-bis*, cit., p. 32 ss.

40. Cfr., sulla distinzione fra "cosa generica" e "cosa fungibile", L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, p. 232 ss.; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1965, p. 224 ss.

41. La distinzione tra "cosa generica" e "cosa fungibile" deve seguire una coerente linea di sviluppo che consideri il rapporto intercorrente tra il soggetto della deduzione contrattuale e l'obbiettivo della natura delle *res*, così da consentirle lo svolgimento di un ruolo caratteristico, ma non incidente sulla conformazione previsionale della struttura obbligatoria. Cfr., in tema, SALV. ROMANO, *Dell'apertura del credito (Premesse ad uno studio sulle concessioni private)*, in *Economia e credito*, n. 1, 1969, p. 48 ss.; G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 90 ss.; C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa e dir. prin.*, 2001, p. 720 ss.

42. Cfr., per tutti, per un approfondimento sulla Convenzione di Vienna, F. FERRARI, *La vendita internazionale*,

per anticipazione»⁴³, ossia ai beni che «cessano di essere immobili con il distacco dal suolo»⁴⁴, i quali «vanno considerati del pari beni mobili quando formino oggetto di contratto che li contempra per l'epoca in cui saranno divelti»⁴⁵.

D'altro canto, l'applicazione degli artt. 128 ss. c. cons. non dovrebbe essere preclusa dal fatto che un mobile risulti legato da un vincolo pertinenziale con un immobile⁴⁶, deponendo a favore di tale considerazione l'agevole applicazione ai mobili pertinenziali dei rimedi della riparazione e della sostituzione, il fatto che le disposizioni specialmente dirette agli immobili non vengono normalmente applicate ai mobili che li corredano, e, infine, il tenore dello stesso art. 818 c.c., rubricato *Regime delle pertinenze*⁴⁷.

Quest'ultimo disposto, infatti, si limita semplicemente a estendere all'accessorio gli effetti di un atto o di un rapporto giuridico avente ad oggetto la cosa principale⁴⁸, in quanto «la immobilizzazione non fa acquistare alla cosa accessoria la qualità obbiettiva di cosa di per sé immobile»⁴⁹, ovvero non rende applicabile alla pertinenza il trattamen-

in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. XXXIV, diretto da F. GALGANO, Padova, 2006, p. 117.

43. Cfr. Cass., 14 febbraio 1980, n. 1109, in *Rep. Foro it.*, voce *Beni in genere*, n. 2.

44. Cfr. Cass., 14 febbraio 1980, n. 1109, cit.

45. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 14 febbraio 1980, n. 1109, cit.; in dottrina, A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFORO, *La vendita di beni di consumo. Commento agli artt. 1519-bis – 1519-nonies del codice civile*, Padova, 2002, p. 18 ss. Cfr., sulla natura mobiliare della vendita degli alberi, R.J. POTHIER, *Trattato della comunione* cit., p. 848; C. FADDA e P.E. BENZA, *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*. I, p. 2^a, Torino, 1925, p. 554 ss.; S. PUGLIATTI, *La distinzione tra beni mobili ed immobili* cit., p. 64 ss.; ID., voce *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 84 ss.; G. FURGUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto* cit., p. 43 ss.; e, in senso contrario, quantomeno alla vendita di alberi coltivati in vivaio, G. DE NOVA, *Art. 1519-bis*, in *L'acquisto di beni di consumo. D. lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, a cura di G. ALPA, G. DE NOVA, G. CAPILLI, L. COLANTUONI, C. LEO, A. MANIACI, P.M. Putti, A. SCARPELLO e M. VALCADA, Milano, 2002, p. 18. Natura mobiliare è stata riconosciuta anche alla vendita di materiali di risulta derivanti dalla demolizione di un fabbricato. Cfr., su quest'ultimo profilo, S. PUGLIATTI, *La distinzione tra beni mobili ed immobili*, Milano, 1967, p. 18.

46. Cfr. A. CIATTI, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 123; ma, in senso contrario, A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFORO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 24.

47. Cfr., sull'argomento, A. CIATTI, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 123, ove l'A., a favore dell'estensione della disciplina alla compravendita di pertinenze di immobili, sostiene che «Le limitazioni oggettive nell'ambito di applicazione della nuova disciplina sembrano avere carattere eccezionale e ciò dovrebbe precluderne una lettura estensiva, o peggio analogica [...]».

48. Cfr. in senso contrario, A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFORO, *La vendita*, cit., p. 24.

49. Il legislatore si limita, quindi, a introdurre una semplice presunzione di appartenenza delle stesse pertinenze al bene principale, ove quest'ultimo venga alienato senza specificare se s'intendano trasferiti con esso anche i beni mobili che ne rappresentano le pertinenze. Cfr., per approfondimenti, S. PUGLIATTI, *La distinzione tra beni mobili e immobili*, Milano, 1967, p. 73, ove, più oltre, l'A. chiarisce che «l'ordinamento della proprietà immobiliare riguarda direttamente solo i beni immobili in senso proprio, poiché i beni immobilizzati seguono il regime immobiliare solo perché sono accessori di un bene immobile. Le ragioni della immobilizzazione [...] non hanno nulla di comune coi motivi che giustificano la differenza di regime (n.d.r.

to normativo della cosa principale⁵⁰. Ne consegue che, qualora sussistano i presupposti soggettivi, poiché il contratto abbia come parti un consumatore e un professionista, e i singoli beni mobili, pertinenze di un determinato immobile, siano oggetto contrattuale autonomo, si applicheranno le disposizioni sulla vendita dei beni di consumo di cui agli art. 128 ss. c. cons., e non la diversa regolamentazione che contraddistingue i beni immobili.

4. La portata della nozione di “bene mobile di consumo”.

Riprendendo le fila del discorso intrapreso sulla nozione di bene mobile di consumo, si deve ritenere che il concetto emergente dall'art. 128, lett. a), comma 1, c. cons., debba essere letto come comprensivo, da un lato, dei beni mobili registrati *ex* art. 815 c.c.⁵¹, soggetti ad un particolare trattamento «caratterizzato da cautele, limitazioni e controlli in ordine alla loro circolazione»⁵², e, dall'altro, delle universalità di mobili.

Per quanto riguarda più specificamente le *universalitates*, la descritta appartenenza non pregiudica l'identità giuridica dei singoli beni che continuano, infatti, a mantenere una propria autonomia funzionale e strutturale e possono, così, essere oggetto di specifici atti dispositivi oppure di un solo atto che li comprenda tutti, in forza della loro destinazione unitaria⁵³.

La disciplina della vendita di beni di consumo troverebbe, da ultimo, applicazione ai contratti aventi ad oggetto animali vivi, della cui riconducibilità o meno tra i beni di consumo si discute. A riguardo, in linea di principio, non sussistono ostacoli a una risposta affermativa, stante il disposto dell'art. 923 c.c., da cui si evince che un animale vivo sia qualificabile come cosa mobile⁵⁴, perché si assoggettano al regime di queste ultime «gli

tra mobili e immobili)».

50. Cfr. S. PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, cit., p. 73; F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di V. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, p. 53.

51. Cfr. V. MANNINO, in AA. VV., *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo* cit., p. 45; ma, *contra*, G. DE NOVA, *Art. 1519-bis*, cit., p. 18.

52. Cfr. S. PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, cit., p. 224.

53. Cfr. F. DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 31, il quale evidenzia la mancanza di qualsiasi dimostrata correlazione tra la considerazione normativa della difformità dei beni al contratto e la disciplina delle modalità con cui essi si trasferiscono.

54. Ne consegue che, a prescindere dalle ulteriori questioni poste dalla difficoltà di stabilire quando un animale possa ritenersi assimilabile ad un “bene nuovo” o ad un “bene usato”, è il precedente positivo della Convenzione di Vienna a suggerire l'inquadramento degli animali vivi tra i beni di consumo e, quindi, il loro assoggettamento alla disciplina di cui agli artt. 128 ss. c. cons. Sul punto, tuttavia, l'art. 1496 c.c. dispone espressamente per la vendita di animali, regolando la garanzia per vizi sulla base delle leggi speciali e, in mancanza, degli usi locali, derivandone che l'indicata prevalenza delle leggi speciali, oltre che degli usi, fa entrare in gioco certamente le ipotesi in cui il vizio assuma una rilevanza generale pubblica, come, ad esempio, nel caso classico degli animali da macello infetti, la cui vendita risulta plausibilmente nulla, in considerazione della non commerciabilità del bene sancita dal regolamento di polizia veterinaria approvato con d.P.R. n. 320 dell'8 febbraio 1954. L'ordine gerarchico che si rinviene nell'art. 1496 c.c. pone, pertanto, al primo posto l'applicazione delle leggi

animali che formano oggetto di caccia e di pesca». *A contrario*, a causa dell'espressa previsione normativa⁵⁵ e date sia le particolarità di tali beni che le loro modalità di utilizzo, non rientrano nell'ambito dispositivo degli artt. 128 ss. c. cons. i negozi di trasferimento di acqua e di gas, quando non siano confezionati in modo tale da rappresentare dei prodotti autonomi dotati di una specifica qualificazione⁵⁶, e l'energia elettrica⁵⁷.

Sono, inoltre, esclusi dall'ambito applicativo della disciplina sulla vendita dei beni di consumo⁵⁸, i beni oggetto di vendita forzata o venduti dalle autorità giudiziarie⁵⁹, non per l'oggetto che li contraddistingue, ma per le particolari modalità di trasferimento, dovendo trovare applicazione le disposizioni di vendita all'incanto di cui agli artt. 591-bis e ss. c.p.c.⁶⁰

Si devono, poi, ritenere esclusi dalla disciplina *ex art.* 128 ss. c. cons i contratti che hanno ad oggetto il trasferimento di diritti di credito, di diritti su opere dell'ingegno e su invenzioni industriali⁶¹, in quanto il loro eventuale trasferimento ha a oggetto non un bene, sia pure immateriale, ma un diritto: l'utilizzo dell'opera dell'ingegno o l'invenzione industriale⁶².

speciali e al secondo posto la disciplina della vendita dei beni di consumo. Cfr., sull'argomento, E. VARANO, *Art. 1519-octies*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. GAROFALO, V. MANNINO, E. MOSCATI, P.M. VECCHI, Padova, 2003, p. 689 ss. Cfr., per una visione generale sull'argomento, P. GRECO e G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di V. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 300 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. VASSALLI, Torino, 1994, p. 829; e, con riferimento specifico alla direttiva n. 44 del 1999, *ex multis*, A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 24 ss.; V. MANNINO, *Art. 1519-bis*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo. Artt. 1519-bis – 1519-nonies cod. civ. e art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, p. 50 ss.; A. CIATTI, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 124 ss.

55. Cfr. art. 128, lett. a), nn. 2 e 3, comma 2, c. cons.

56. Si devono ritenere beni di consumo, ad esempio, le bottiglie di acqua minerale oppure le bombole di gas, giacché confezionate in modo da rappresentare un bene determinato. Il gas e l'acqua erogati al consumatore mediante condutture sono, invece, escluse dall'ambito applicativo degli artt. 128 ss. c. cons.

57. Il legislatore comunitario prima (art. 1, lett. b) e c), § 2, direttiva n. 44 del 1999) e italiano poi, si sono discostati dalla Convenzione di Vienna del 1980, che riconduce indistintamente nel proprio ambito operativo le vendite di acqua e di gas.

58. Cfr. art. 128, lett. a), n. 1, comma 2, c. cons.

59. Cfr. E. CORSO, *Della vendita dei beni di consumo*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di V. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 2005, p. 24, ove l'A. pone in luce come «Il riferimento alle “autorità giudiziarie”, che è ripreso dal testo della direttiva (art. 1, par. 2 b)), è inusuale per il nostro ordinamento, dove il riferimento è generalmente posto al singolare. L'intento è qui quello di sottolineare l'inapplicabilità della disciplina specifica sulla vendita dei beni di consumo tutte le volte in cui la vendita dipenda da un ordine del giudice».

60. Cfr. E. CORSO, op. loc. ult. cit.

61. Cfr. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, in *Studium iuris*, I, 2002, p. 1179.

62. Cfr. E. CORSO, *Della vendita dei beni di consumo* cit., p. 20, nota 7, ove l'A. giustifica tale esclusione affermando che «Sembrano rientrare nella disciplina della vendita dei beni di consumo solo i beni – materiali e immateriali – dotati di una propria intrinseca valenza economica, mentre rimangono esclusi dalla stessa quei beni che non possono essere trasferiti in quanto tali e che pertanto non possono essere qualificati come “cosa”».

Assai dubbio è, infine, che la normativa di cui è parola possa applicarsi ai negozi di costituzione o trasferimento di diritti di godimento di beni mobili (ad esempio, nel caso dell'usufrutto)⁶³.

5. L'esigenza di un flessibile percepire: la *res*, tra oggettività giuridica e contenuto in senso tecnico.

L'analisi del concetto di *res* impone alcune considerazioni preliminari che prendono le mosse da una duplice rilievo che, per il suo carattere antinomico, condiziona e, contestualmente, illumina l'ermeneuta: per un verso, la lettera del codice civile e del codice di consumo sembrano lasciare poco spazio di manovra all'interprete, e, per l'altro, nonostante la tendenziale rigidità del sistema italiano, la rilevanza formale del dato di legge, per quanto da rispettare, non si presenta come elemento incontrovertibile in assoluto, pena il cadere in un vieto e passivo formalismo.

Il giurista, così, non deve esimersi dal cogliere e valutare né la ragione di certe soluzioni normative né, ancor più, le cause sostanziali che governano lo strutturarsi in concreto del fenomeno giuridico.

Se, pertanto, la disciplina prevista dagli artt. 128 ss. c. cons., in ragione di una necessità sinteticità regolamentare, non si presenta pienamente adeguata a chiarire i diversi tratti che appaiono caratterizzare il bene che ne costituisce l'oggetto⁶⁴, emerge l'urgenza di compiere una più attenta indagine che cerchi di meglio definire l'entità e la portata del "bene di consumo", nella piena consapevolezza del suo non essere, come già chiarito⁶⁵, un *tertium genus*.

L'adozione di un approccio tecnico alla *res* potrebbe farne trasparire la sfuggevolezza, causata da una pluralità di fattori: la poliedricità degli usi che ne compie il linguaggio comune, che riduce tale concetto a un generico predicato nominale⁶⁶; la suggestione di esperienze scientifiche il cui settore d'indagine è apparentemente attiguo all'area domina-

63. Cfr. V. MANNINO, in AA. VV., *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo* cit., p. 45; ma, in senso possibilista, E. CORSO, *Della vendita dei beni di consumo* cit., p. 20. Cfr., in generale sul punto, G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, sub art. 1470-1765, Torino, 1968, p. 4, ove l'A. sostiene che gli artt. 1470 ss. c.c. trovino «applicazione logica» più che «analogica», come afferma la dottrina maggioritaria, nei casi di trasferimento di un diritto reale limitato. Cfr., in senso diverso, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1971, p. 80; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 1998, p. 51.

64. V. *supra* § 3.

65. V. *supra* § 3.

66. Cfr., per una visione classica sulla vastità dell'uso lessicale del latino "*res*" e sulla corrispondente difficoltà di cogliere un univoco significato, G. GROSSO, *Le Cose. Corso di diritto romano*, Torino, 1941, p. 3 ss.; G. ASTUTI, voce *Cosa in senso giuridico – a) Diritto romano e intermedio*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 2. Cfr., inoltre, N. ABBAGNANO, voce *Cosa*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 2006, ove l'A. parla del concetto di *res* come dotato di un «[...] significato [...] generico per cui designa qualsiasi oggetto o termine, reale o irreal, mentale o fisico, ecc., con cui, in un modo qualsiasi, si abbia a che fare [...]».

ta dal diritto⁶⁷; il desiderio concettuale di scandire, secondo precisi moduli concettuali, ogni espressione di cui faccia comunemente uso il giurista⁶⁸.

Tuttavia, ogni ricerca tecnica, che miri ad affermare la propria validità scientifica, non può fondarsi su una ricerca analitica tendenziale, che, dirigendosi verso la concettualizzazione di ogni singolo dato, trascuri la piena comprensività di una integrale visione giuridica, e di conseguenza, la centralità che deve essere attribuita alla concezione stessa dell'ordine giuridico, quale filtro attraverso cui deve passare la visione tecnica di ogni singolo elemento⁶⁹.

Allora, la questione del ruolo giocato dalla *res* nel diritto, s'identifica con la tematica dell'oggettività, derivandone, da un lato, la impossibilità di inquadrare in modo sufficientemente chiaro la nozione di "cosa" senza passare di necessità per la configurazione dell'oggetto del contratto o del negozio, e, dall'altro, la possibilità di usare la ricostruzione data al concetto di "cosa" come termine opportuno a verificare l'attendibilità di ogni inquadramento relativo allo stesso oggetto contrattuale.

La dottrina, come è noto, non si esprime in modo unanime nel considerare questo elemento, presentandosi divisa, per soluzioni e criteri utilizzati, in due orientamenti di fondo⁷⁰.

67. Il criterio di individuazione della cosa in senso giuridico è frequentemente mutuato dal campo dell'economia, come conferma la stessa assimilazione con il termine "bene" che si opera comunemente. Cfr., a riguardo, E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1925, § 120; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, Milano, 1929, p. 249; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1934, p. 296 ss.; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1953, p. 259 ss.; F. DE MARTINO, *Dei beni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di V. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1960, p. 1 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, rist., Napoli, 1997, p. 55 ss.

68. I tentativi volti a individuare dei criteri alla cui luce costruire il concetto giuridico di "cosa" e conferirgli una dimensione tecnica sono numerosi e si caratterizzano perché, quasi mai, presentano una concezione pura, notandosi, invece, anche nelle teorizzazioni di uno stesso autore, il disinvolto accostamento dei diversi orientamenti. Cfr., per la considerazione della cosa in senso giuridico quale *res* che, tendenzialmente, possa rappresentare oggetto di proprietà o di regolamentazione giuridica, *ex multis*, G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Torino, 1926, p. 207 ss.; R. CICALA, *Elementi reali ed elementi ideali nella formazione del concetto di cosa in senso giuridico*, in *Riv. dir. agr.*, 1942, p. 12 ss.; L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1955, p. 92 ss.; J. CARBONNIER, *Les biens*, in *Droit civil*, Paris, 1969, p. 51; B. STARCK, *Introduction*, in *Droit civil*, Paris, 1972, p. 99 ss. Cfr., invece, per la considerazione della cosa in senso giuridico quale *res* che, tendenzialmente, sia tale nella coscienza sociale, C. LONGO, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1930, p. 123; E. BETTI, *Diritto romano (Parte generale)*, Padova, 1935, p. 690; G. BONFANTE, *La proprietà*, in *Corso di diritto romano*, rist., Milano, 1968, p. 7.

69. Cfr. G. FURGUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 65; G. CAPOGROSSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, p. 178, ove l'A. sostiene che «[...] ogni concetto formato per astrazione [...] non è il ritaglio di un tipo o schema di azione, ma è tutta quanta l'esperienza colta in un suo momento, determinata in quanto si puntualizza in una sua posizione. E perciò la determinazione di un concetto è necessariamente la determinazione degli altri. Per questo non esiste a determinazione di un concetto allo stato isolato e disperso. Esistono i singoli concetti di cui ognuno ha *in corpore* tutti gli altri [...]. E perciò in sostanza la determinazione del concetto è determinazione del sistema [...]».

70. Questo anche in ragione della natura del termine "oggetto", che si presenta pregno di una intrinseca

Il movimento dottrinale sviluppatosi sul tema dell'“oggetto” del contratto, in effetti, oscilla tra eterogenei risultati e rilievi polemici⁷¹ – che raramente hanno trovato riscontro in sede giurisprudenziale –⁷², la cui fonte di debolezza non è tanto da rintracciare nelle particolari proposte, volta a volta, prospettate, quanto nel disconoscimento del fatto che, nelle analisi condotte, l'intero argomento è finito per subire una caratterizzazione operata, segnatamente, in termini di nomenclatura e, quindi, svincolata dagli aspetti effettivi della sua rilevanza sostanziale⁷³.

La materia è stata resa complessa, in realtà, dall'individuazione di un nucleo problematico di definita rilevanza giuridica, che rendesse ogni altro aspetto residuale e a carattere meramente classificatorio⁷⁴.

Per un'adeguata ricostruzione del dibattito dottrinale sull'oggetto del negozio giuridico e del contratto ci si deve necessariamente muovere dal pensiero di Pothier, cui si attribuisce l'individuazione di tale elemento negoziale come categoria dogmatica autonoma⁷⁵ al cui interno si colloca la distinzione fra oggetto del negozio e oggetto dell'obbligazione⁷⁶, vale a dire fra elementi che, sebbene distinti, sono presentati intimamente

relatività di accezioni e bisognose di essere distintamente declinate tanto in funzione di entità-base differenti quanto, all'interno di una stessa entità, in una variegata maniera che si asseconi in ragione del punto di vista adottato. Cfr., per tutti, sull'ambiguità che ha accompagnato la nozione di oggetto, G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, in *Vita not.*, 1997, p. 611 ss.

71. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di V. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 350 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, I, Milano, 1987, p. 211 ss.; G. ALPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.; V. ZENO ZENOVICH, *Il contenuto del contratto*, in *I contratti in generale*, III, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. BIGIARI, Torino, 1991, p. 728 ss.

72. Rispetto alla complessa dialettica dottrinale, in giurisprudenza si rinvia un panorama meno disomogeneo, che risente in minore e diversa misura dei profili di equivocità della nozione, dovuti a una criticabile redazione delle norme codicistiche. Se, comunque, le stesse corti devono confrontarsi con l'infelice formulazione normativa e restano caratterizzate da tale irriducibile ambiguità, la scarsa considerazione che la elaborazione giurisprudenziale ha riservato al dibattito dottrinale, ha agevolato il ridimensionamento di alcune delle divergenze che si erano alimentate in passato, specie con riferimento a quanto ha rappresentato più disputa terminologica che effettivo contrasto dogmatico e concettuale. Cfr., sul punto, R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975, p. 474 ss.; G. ALPA, *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, in *Giur. It.*, 1977, I, 1, p. 703 ss.; V. ZENO ZENOVICH, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 729 ss.

73. Cfr. G. FURGIUELE, *Vendita di “cosa futura” e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 131.

74. Cfr., a riguardo, N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 128.

75. Cfr. N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Novissimo Dig. It.*, IX, Torino, 1965, p. 799 ss.; G. ALPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 1.

76. La distinzione tra l'oggetto del negozio e l'oggetto dell'obbligazione è molto nebulosa anche in Pothier, il quale, precisato che «des contrats ont pour objet, ou des choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui donnera, et que l'autre partie promet de lui donner; ou quelque chose que l'une des parties contractantes stipule que l'on fera ou qu'on ne fera pas, et que l'autre partie promet de faire ou de ne pas faire», rinvia la trattazione specifica di questi punti al capitolo successivo, ove afferma «[...] ce qui peut être l'objet des obligations [...]». Cfr. R.J. POTHIER, *Oeuvres. Traité des obligations*, I, Bruxelles, 1829, p. 17. In ogni caso, tale distinzione

legati⁷⁷. Il *Code civil* si è, così, allineato alla concezione di Pothier⁷⁸, che, confacendosi alla matrice ideologica del legislatore francese secondo cui nessuno può essere costretto ad alienare la sua proprietà⁷⁹, si allineava a una visione che, ripugnando l'idea di un obbligo del proprietario di alienare la propria cosa⁸⁰, si presentava tutta favorevole all'effetto reale del contratto e alla ideale connessione cronologica del trasferimento della proprietà al sorgere dell'obbligazione di trasferirla⁸¹.

Il percorso dottrinale che si è dipanato in Italia sul concetto di oggetto del contratto ha avuto una prima fase che, originatasi nel secolo scorso e sviluppatasi fino ad alcuni decenni fa, ha promosso, dapprima, la costruzione e, di poi, la decostruzione di tale nozione⁸².

Questa tendenza è stata, così, seguita da un secondo periodo, che iniziato negli anni Sessanta, ha portato alla configurazione sistematica del contenuto del contratto e alla progressiva emarginazione dell'oggetto, o alla sua riformulazione, tanto da giustificare la sua considerazione complessiva come nozione a carattere equivoco, residuale e relativo⁸³.

Non è un caso, allora, che il codice civile del 1865⁸⁴ – e, più propriamente, la disciplina della vendita in esso contenuta –⁸⁵ abbia fatto propria la impostazione dogmatica basata sulla distinzione fra oggetto del contratto e oggetto dell'obbligazione, che, nel riprodurre

e il legame che Pothier afferma esistere tra l'oggetto del negozio e l'oggetto dell'obbligazione, rappresentano un punto cui si è riferita, immancabilmente, la successiva elaborazione dottrinale. Cfr., in merito, C.A. CANNATA, voce *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 827 ss.

77. Quanto detto è tanto vero da aversi la sovente sostituzione del termine *contrat* con il termine *obligation*. Cfr., ad esempio, R.J. POTHIER, *Oeuvres. Traité des obligations*, cit., n. 55 e p. 17. Cfr., in tal senso, C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 1924, p. 510, per il quale l'oggetto dell'obbligazione è, per estensione, indirettamente e mediatamente l'oggetto del contratto.

78. V. art. 1126 *code civil*, secondo cui «Tout contrat a pour objet une chose que une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire».

79. V. art. 545 *code civil*, secondo cui «Nul ne peut être contraint de céder sa propriété [...]».

80. Cfr., in tal senso, C.A. CANNATA, voce *Oggetto del contratto*, cit., p. 828 ss. V., tuttavia, la seconda parte dell'art. 545 *code civil*, che tempera la intangibilità della proprietà privata, prevedendone la comprimibilità «[...] si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité».

81. Gli equivoci cui ha preluso la superflua nozione di *objet du contrat*, nell'impiego sinonimico che ne aveva fatto Pothier rispetto all'*objet de l'obligation*, sono stati, però, colti immediatamente dai primi commentatori del *Code civil*, che, nel compiere l'esegesi della disposizione codificante quella distinzione (art. 1126 *code civil*, secondo cui «Tout contrat a pour objet une chose que une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire»), rilevavano come la sua redazione fosse il risultato della confusione che i redattori avevano fatto tra il contratto e l'obbligazione da esso derivante. Cfr., a riguardo, V.N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, IV, Paris, 1859, *sub* art. 1126, p. 372, ove l'A. afferma che «[...] la rédaction de nos articles provient, on le voit, de la confusion faite par les rédacteurs entre le contrat et l'obligation qu'il produit, de cette idée fautive que l'obligation et le contrat sont une seule et même chose [...]».

82. Cfr. G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, cit., p. 625.

83. Cfr. G. ALPA, *op. loc. ult. cit.*

84. V. artt. 1116 e art. 1117 c.c. 1865.

85. Cfr., per approfondimenti, R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, Bruxelles, 1831, n. 53 e 129 ss.

le stesse formulazioni e, per tal via, le stesse questioni interpretative⁸⁶ già appalesatesi con il *Code civil*⁸⁷, e da ultimo, riprese nel codice civile italiano del 1942, ha ingenerato una confusione tra oggetto del contratto, oggetto dell'obbligazione e oggetto della prestazione⁸⁸.

La descritta impostazione ha ispirato due risalenti orientamenti dottrinali italiani che, tra loro contrapposti, hanno affermato, l'uno, che si poteva individuare un oggetto immediato nella obbligazione, e uno mediato nella prestazione⁸⁹, e l'altro, che si poteva considerare come oggetto del contratto la cosa o il bene⁹⁰, «che, mediante il contratto, diventa materia di trasferimento, di godimento e simile; e quindi di diritto soggettivo patrimoniale»⁹¹.

Si è sostenuto, a quest'ultimo riguardo, che l'emersione dell'oggetto come requisito essenziale del contratto sembrerebbe conseguire a un lungo processo di astrazione che è scaturito proprio dalla vendita⁹², come ipotesi contrattuale connessa, per sua natura, alla considerazione di una entità materiale⁹³.

86. Cfr., in merito, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV, Firenze, 1879, p. 379 ss., ove l'A., rilevando la «confusione completa» esistente tra oggetto del contratto, oggetto dell'obbligazione e oggetto della prestazione, critica la pedissequa riproduzione nel codice unitario delle norme del codice napoleonico.

87. V. art. dal 1126 al 1128 *Code civil*.

88. Gli articoli che il codice civile italiano vigente dedica all'oggetto del contratto, ad esempio, si riferiscono all'oggetto non del contratto, ma della prestazione, pur recando una rubrica intitolata all'oggetto del contratto. Cfr., in merito, F. MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 836 ss.; N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 805 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 350 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1988, p. 103 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 728 ss.

89. Cfr. G. OSTI, voce *Contratto*, in *Novissimo Dig. It.*, IV, Torino, 1939, p. 504, ove l'A., insistendo sull'identità fra oggetto del negozio (contratto) e del rapporto (obbligazione) e individuando in entrambi i casi l'oggetto con la prestazione, afferma che «[...] oggetto del contratto, quale elemento essenziale di questo, vale a dire quale requisito per la sua giuridica esistenza, non è dunque senz'altro quel concreto risultato utile [...], bensì il mezzo giuridico col quale esso è assicurato: che se si voglia identificare la prestazione con quel risultato utile, si potrà dire bensì che nei contratti obbligatori l'oggetto del negozio giuridico (contratto) e l'oggetto del rapporto giuridico (obbligazione) è uno e identico, e consiste appunto nella prestazione, ma avvertendo che questa, nel primo dei riferimenti accennati, ossia quale oggetto del contratto, non è da considerare come risultato utile già posto in essere, bensì solamente come risultato utile futuro, attualmente assicurato mediante il vincolo derivante dalla corrispondente obbligazione. Sicché per altra via si arriva alla stessa conclusione del Giorgi, che cioè, in tale categoria di contratti, la prestazione è oggetto mediato del contratto, essendone oggetto immediato l'obbligazione».

90. L'orientamento dottrinale secondo cui l'oggetto è il bene economico dedotto in contratto ha, così, ritenuto che contenuto del contratto sia la prestazione, alla quale sono riferiti i requisiti indicati all'art. 1346 c.c. Cfr., in tal senso, F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 98 ss.; V. FRANCESCHELLI, *L'oggetto del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 44; F. MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 55 ss.; ID., *Il contratto in generale*, in *Trattato diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1968, p. 136.

91. Cfr. F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., p. 836; e, *contra*, L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 157, ove l'A. critica l'indirizzo – risalente a Savigny – che concepisce l'oggetto dell'obbligazione in funzione di un rigoroso parallelismo con il prototipo dei diritti patrimoniali, vale a dire il diritto reale.

92. Cfr. B. BIONDI, *Reminiscenze ed esperienze romanistiche in tema di contratti moderni*, in *Studi in onore di F. Messineo*, Milano, 1959 p. 37.

93. Secondo tale impostazione dottrinale, allora, nella compravendita, ad esempio, il bene e il prezzo sono

L'orientamento ora descritto, in definitiva, si caratterizza per la distinzione, operata al di là delle incertezze terminologiche e delle incoerenze del legislatore⁹⁴, fra l'oggetto del contratto, inteso come bene, e l'oggetto dell'obbligazione, inteso come prestazione⁹⁵; ove altro è il contenuto del contratto, che, costituendo la materia su cui versa il contratto⁹⁶, è concetto, a carattere non strutturale, ma sostanziale, connesso più ai singoli tipi contrattuali che al contratto in generale⁹⁷.

Un impianto metodologico analogo è stato seguito da chi, in tempi non remotissimi, ha avviato l'indagine sull'oggetto del contratto seguendo una impostazione metagiuridica, che, negando la reperibilità di tale nozione dalle fonti normative, ha ritenuto dovesse ricavarne il senso dal comune uso linguistico⁹⁸.

Tuttavia, il recupero della valenza "volgare" dell'oggetto ha determinato, da un lato, la legittimazione di una indifferenziata estensione esplicativa, che coincide, d'altronde, con l'ampio e variegato valore assunto dal termine nell'impiego comune⁹⁹, e, dall'altro,

l'oggetto del contratto, mentre il dovere del venditore di trasferire la proprietà e il dovere del compratore di corrispondere il prezzo costituiscono un elemento dell'obbligazione. Cfr., per approfondimenti, G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 133; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 104.

94. Cfr., sul tema, L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 157, ove l'A. rifugge l'idea per cui, come il diritto reale ha per oggetto una cosa, oggetto del diritto di credito sarebbe la persona del debitore, e, a p. 158, evidenzia che «l'idea del vincolo, se non vuol essere una pura immagine, una semplice metafora, ma un reale concetto giuridico, non può che risolversi nel concetto di rapporto giuridico; e nello schema del rapporto giuridico la persona è soggetto giammai oggetto». La concezione patrimoniale è, in effetti, fuorviante perché pone la questione su che cosa cada il diritto, la quale, se eminente per i diritti reali, non si pone per l'obbligazione. Cfr., sul punto, M. NAPOLI, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e di umanità*, in *Jus*, 2002, p. 127 ss. Se, allora, il diritto reale è una situazione giuridica finita, in cui la titolarità del diritto si identifica con la soddisfazione dell'interesse, il diritto di credito è situazione giuridica strumentale alla soddisfazione del creditore. Cfr. L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., p. 163, ove l'A. Conferma tale assunto evidenziando come esso risulti dalla «[...] stessa parola con cui i romani hanno designato il rapporto: *ob-ligatio*».

95. Si sono, così, richiamate alcune disposizioni del Codice civile tutte contenenti il riferimento all'oggetto della prestazione, come gli artt. 1221, 1257, 1288, 1316, 1429, n. 1 e 2, c.c., tra cui spicca l'art. 1174 («La prestazione che forma oggetto della prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche patrimoniale, del creditore»).

96. Cfr. F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., p. 838.

97. Cfr. F. MESSINEO, op. loc. ult. cit.

98. Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., 1968, p. 135, ove l'A. sostiene che «anche per questa materia, la legge non va oltre la menzione, sì che la nozione di oggetto non può essere cercata nelle fonti e dev'essere tratta dall'uso linguistico generale».

99. La pluralità di significati che la nozione di oggetto può ricoprire e i suoi molteplici usi hanno avuto tale influenza su alcuni Autori da indurli a sottolineare la scarsa rilevanza pratica e concettuale. Cfr., in tal senso, L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 ss., e ancor più, G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale* (civil law). *Saggio di critica mediante il metodo comparativo*, in *Jus*, 1953, p. 292 ss., ove l'A. evidenzia come il variegato impiego del concetto di oggetto del contratto e l'inesistenza di strumenti analoghi nei sistemi di *common law* provino che la teoria dell'oggetto del contratto consente solo di cogliere la esistenza di regole giuridiche che sanciscono la invalidità del contratto a seguito di un fatto o di una certa peculiarità della prestazione od oggetto, tanto è vero che «una simile constatazione non basta davvero per costruire una teoria o un concetto generale; al massimo essa può servire a classificare certe regole sui contratti in un indice alfabetico, e forse neppure a questo!».

la rinuncia ad ancorarsi a una sostanzialità giuridica che vanifica lo stesso oggetto inteso come categoria giuridica¹⁰⁰.

La tesi che cerca di legittimare la identificazione dell'oggetto con il bene o con la cosa non sembra, poi, convincere per la sua stessa struttura, che, partendo dal rilievo per cui la legge menziona l'oggetto del contratto ora in senso proprio (*i.e.* art. 1470 c.c.) ora nel senso di contenuto (art. 1376 c.c.) parrebbe far coincidere il bene con l'oggetto del contratto, alla luce dell'art. 1348 c.c.¹⁰¹. Parrebbe, infatti, non possibile condividere né l'attribuzione di un diverso significato alla parola "oggetto" nell'uso che ne fa il legislatore nelle prime due ipotesi, né la idoneità dell'art. 1348 c.c. a fornire chiarimenti a riguardo¹⁰².

A quest'ultimo riguardo, infatti, si può notare come l'interpretazione del dato legislativo non appaia del tutto precisa, risultando strumentale a una pregressa ricostruzione che già dà per acquisita l'assimilazione, nello schema del contratto, tra concetto di "bene" e concetto di "prestazione"¹⁰³.

Un'attenta analisi critica¹⁰⁴ ha evidenziato, tuttavia, come il profondo significato che mira a raggiungere il descritto orientamento risieda nella consapevolezza che la realtà deve avere un ruolo rilevante nella dinamica del contratto¹⁰⁵.

100. Cfr. G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 133, ove l'A. sostiene che «Tutto ciò è una riprova dello sfociare in un vacuo empirismo nominalistico di ogni ricerca disancorata, per ciò che attiene al tema in esame, da una genuina prospettiva tecnica, nel difetto di valorizzazione di una problematica rilevante anzitutto all'interno dello stesso sistema giuridico».

101. Cfr. F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., p. 55, ove l'A. osserva che la identificazione dell'oggetto del contratto con il bene «sembra potersi desumere dall'art. 1348 c.c., dove si legge di *prestazione* "di cose future" e dove la cosa è, appunto, l'oggetto, mentre la prestazione (di cose) è da considerare come il *contenuto* del contratto». Cfr., inoltre, *Id.*, *Il contratto in genere*, cit., p. 136.

102. Cfr., a riguardo, P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, p. 67, ove l'A., prendendo spunto dallo stesso art. 1348 c.c., incentra l'attenzione sulla prestazione e non solo sulla cosa.

103. Cfr. G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 134, ove l'A., a riguardo, aggiunge che «Per ciò che attiene, poi, alla generale attendibilità di questa tesi, scaturisce immediatamente un primo rilievo critico difficilmente superabile: se l'oggetto deve essere un requisito essenziale del contratto (art. 1325 c.c.), come questa dottrina esplicitamente ammette, la sua identificazione col bene o colla cosa rende inesplicabili le ipotesi in cui diritti o, in senso lato, rapporti, costituiscono il termine di riferimento dell'attività negoziale delle parti. Si avrebbe, quindi, un contratto privo di un elemento costitutivo. [...] Insufficienza (n.d.r., della teoria) intrinseca evidente in maggior misura allorché si tenga presente la comune nozione della vendita, fatta propria da questa dottrina, come negozio traslativo di diritti e non di cose ed in cui il riferimento oggettivo alla *res*, giustificabile sul piano del costante riconnettersi della proprietà ad una cosa, non sarebbe pur tuttavia rispondente ad una corretta visione tecnica del fenomeno. In questa dimensione scompare la possibilità di considerare la cosa oggetto immediato del contratto, e ciò proprio nella vendita che ha verosimilmente rappresentato il punto di partenza per una generalizzazione dogmatica tendente ad un inquadramento obbiettivo della *res*».

104. Cfr. G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 135 ss., ove l'Aut. sostiene che «È proprio il rilievo di insanabili contraddizioni logiche ad offrire la misura per valutare la coscienza di una necessità che, indipendentemente dall'inadeguatezza dei criteri con cui si ritiene di dare alla stessa soddisfazione, è di per sé idonea ad impostare un dibattito scientifico di vasta portata».

105. Cfr., sul punto, F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., p. 55, ove l'A. significativamente afferma che «Per di

Infatti, il primo passo compiuto in tal senso è l'attrazione del bene nella struttura contrattuale, atteso che la *res* viene collegata alla volontà delle parti e, accettando il ruolo dell'oggetto come elemento costitutivo dell'accordo, si fa risultare il contratto come fusione di un elemento più o meno materiale con una entità volontaristica¹⁰⁶.

Una operazione condotta nel senso della esatta distinzione tra esistenza materiale dell'oggetto e sua ripercussione all'interno del negozio, per mezzo di uno strumento a carattere previsionale, determina, tuttavia, il possibile raggirò delle premesse, poiché tale schema non è ritenuto sufficiente a integrare l'elemento oggettivo, richiedendosi la fisica esistenza della *res*¹⁰⁷.

La cosa, in questa prospettiva, assume un rilievo autoreferenziale, come elemento di contenuto in sé, più che come espressione di una proiezione idealizzata, e, in tal guisa, l'oggetto rimane identificato nella *res* in quanto il rilievo sulla previsione risulta, in prevalenza, descrittivo¹⁰⁸. Un diverso indirizzo, che ravvisa nella prestazione l'oggetto del contratto¹⁰⁹, è nato e si è sviluppato anch'esso sotto l'impero del codice civile preunitario,

più tale tesi [...] manca di dire quale posto occupi – nella struttura del contratto [...] – il bene [...]».

106. Cfr., in merito, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 625, ove l'Aut. afferma che «Meglio è [...] intendere per oggetto la materia o i beni o le utilità o le relazioni che cadono sotto il volere della parti». È di interesse notare come, nell'esperienza spagnola, se alcuni riprendono le teorie degli autori italiani degli Anni cinquanta riferendosi proprio alla nozione di «*quid materiale*», elaborata da Carriota Ferrara, o a quella di interesse elaborata da Betti, la maggior parte della dottrina ripiega sulla nozione di «cosa» o di «prestazione», ignorando la nozione di contenuto del contratto. Cfr., a riguardo, M. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, 1996, p. 197 ss., ove si parla di problematicità della nozione di oggetto.

107. Cfr. G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 137.

108. Il carattere, in prevalenza, descrittivo del meccanismo rappresentativo prova è provato, tra l'altro, dal fatto che non si dia importanza alla questione terminologica di considerare l'oggetto come requisito, elemento costitutivo o presupposto. Cfr., in merito, G. OPPO, *Note sull'istituzione di non concepti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 85, ove si legge «Quel che a me interessa stabilire è che si tratta, sia per l'oggetto che per il destinatario, di un elemento necessario alla perfezione della volontà come volontà negoziale e quindi alla esistenza del negozio: che poi tale elemento operi dal di fuori o dal di dentro può anche ritenersi questione secondaria [...]». Cfr., per approfondimenti critici su questo indirizzo, N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 134 ss.; G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 137 ss.

109. Cfr., *ex multis*, G. OSTI, *Contratto*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 503 ss.; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ. UTET*, Torino, 1960, p. 23 ss.; e, in particolare, M. GIORGIANNI, *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1961, p. 47, ove l'A. afferma che essendo «[...] il contratto [...] un accordo diretto a costituire una o più obbligazioni [...] oggetto del contratto "deve" essere sempre l'obbligazione. Una sola, se il contratto sia unilaterale; due o più, se invece sia bilaterale». Cfr., in tal senso, anche J. CARBONNIER, *Droit civil*, 3, *Les biens*, Paris, 1969, p. 84. Nella dottrina francese, d'altronde, è comune il richiamo obbligatorio nella valutazione di una oggettività contrattuale. Cfr., in tal senso, C. BEUDANT, *Cours de droit civil française*, Paris, 1936, p. 112 ss.; C. AUBRY, C.F. RAU, *Cours de droit civil française*, Paris, 1956, p. 456 ss.; G. MARTY, P. REYNAUD, *Droit civil*, Paris, 1962, p. 150 ss. Nei sistemi di matrice napoleonica, d'altronde, la situazione è particolarmente variegata e resa ancor più complessa dalla circostanza che i testi normativi sono condizionati dalla codificazione dell'oggetto con riguardo sia all'obbligazione che al contratto, conseguendone che «contenuto» e «oggetto», riferiti

ovvero quando il contratto si presentava, in modo assorbente, nella sua accezione obbligatoria ed era, quindi, incapace di assicurare una generale concettualizzazione.

La caratterizzazione oggettiva della prestazione, divenuta progressivamente dominante, ha mostrato, però, le prime difficoltà, quando, per rispettare la qualifica legislativa di elemento costitutivo del contratto (art. 1325 c.c.), si è tentato di eliminare il contrasto esistente, sulla prestazione comunemente intesa, tra contratto a efficacia reale e contratto a efficacia obbligatoria.

Se, difatti, nel primo tipo di contratto, non è necessario l'adempimento di un vincolo obbligatorio perché possa realizzarsi l'efficacia reale, si è cercato di conciliare le due ipotesi contrattuali mediante un'azione che incidesse sul concetto di prestazione, al fine di liberarlo dal tradizionale riferimento obbligatorio e consentirgli l'assunzione di una dimensione tanto flessibile da assicurargli il legittimo inserimento nello schema traslativo, così da intenderla ora come apporto di una utilità a favore di un soggetto¹¹⁰ ora come attribuzione patrimoniale¹¹¹.

La tesi prospettata, poiché attribuisce rilevanza dogmatica a una indifferenziata notazione di carattere economico, sia essa produzione di utilità o spostamento patrimoniale, sembra, tuttavia, giustificare l'ampliamento del concetto di prestazione solo se si dia valore giuridico più al dato empirico di una risultanza tendenzialmente pecuniaria che all'indicazione tecnica delle strutture che, dando ordine al fenomeno materiale, spiegano i movimenti patrimoniali e chiariscono lo svolgersi delle relazioni umane in senso giuridico.

Andando, poi, al di là di una valutazione critica generale e osservando la identità coglibile tra oggetto del contratto, da un lato, e prestazione e apporto di utilità, dall'altro,

al contratto, appaiono come nozioni distinte e, quindi, bisognevoli di chiarimenti da parte dell'interprete. Se, allora, vi è chi – come Starck – ritiene che solo l'obbligazione possa avere un oggetto, ossia la prestazione, ove il contratto non presenta un oggetto, ma solo degli effetti; vi è chi – come Ghestin – ignora la nozione di contenuto e tratta dell'oggetto secondo l'impostazione tradizionale, ossia come elemento costitutivo del contratto e come requisito per la sua validità; vi è chi – come Terré – considera il contenuto come una nozione utile, ma da identificarsi con l'unione di oggetto e causa. Cfr., nel primo senso, B. STARCK, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, 1993, p. 654; nel secondo senso, J. GHESTIN, *Obligations. 2. Contrat*, curé de H. ROLAND et L. BOYER, Paris, 1995, p. 210 ss.; F. TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, curé de P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Paris, 1993, p. 205. Diversamente, nell'esperienza inglese non si enfatizza né la nozione di oggetto né quella di contenuto, ma preferendosi elencare i contenuti del contratto, la problematica passa sotto varie denominazioni ed è trattata in modo non unitario. Il discorso, infatti, è collegato alla vincolatività della promessa, alla serietà dell'intenzione delle parti di concludere un accordo, alla stessa formazione del contratto, quale mancata corrispondenza tra offerta e accettazione. Cfr., per i dovuti approfondimenti, G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, cit., p. 617 ss.; G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto in common law*, Padova, 1997, *passim*.

110. Cfr. G. OSTI, *Contratto*, cit., p. 503, ove l'A. descrive la prestazione come «l'apporto, da un soggetto ad un altro, di una utilità quale può essere collegata all'acquistare la disponibilità definitiva o temporanea di determinati beni, o al trarre profitto da attività produttive o al fruire di servizi, in generale, forniti da un altro soggetto».

111. Cfr., fra tutti, M. GIORGIANNI, *La causa del negozio giuridico*, cit., p. 38; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1971, p. 303 ss.

sarebbe evidente la distonia presente nell'accostamento di concetti che operano in fasi diverse della dinamica contrattuale¹¹².

Se, difatti, la prestazione e, ancor più, il mutamento patrimoniale integrano dei dati di risultanza, che, più opportunamente, andrebbero collocati al termine dell'*iter* contrattuale o in una dimensione a esso strumentale, l'oggetto postula un rapporto immediato e integrato con la struttura contrattuale, conseguendone l'assenza di un pieno rigore concettuale e classificatorio, oltre che lessicale¹¹³, ove si operi un'assimilazione che consenta l'impiego di un'unica entità concettuale in sedi e con valenza diversi¹¹⁴.

La particolare valenza rinvenibile nella descritta teoria non va, tuttavia, ricercata nella superficiale identificazione dell'oggetto con la prestazione, ma nel collegamento di un mezzo volto alla produzione di un risultato alla volontà dei soggetti del contratto.

Questo lascia intravedere un nesso tra siffatte opinioni e le tesi¹¹⁵ che qualificano come oggetto il risultato finale cui mira la norma contrattuale prevista dalle parti¹¹⁶, e che, quindi, preconizzano, in modo complessivo, l'assimilazione dell'oggetto al contenuto del contratto¹¹⁷.

Gli inquadramenti tracciati, in definitiva, per il loro muoversi in una direzione quasi astratta, che guarda allo schema normativo interindividuale nella sua prospettiva di effica-

112. Cfr., sul punto, G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 140 ss.; nonché, G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, cit., p. 629, ove l'A., parlando di «dinamicità del contenuto», afferma che «Il contratto deve essere considerato sia al momento originario della sua conclusione, sia nel corso della sua esecuzione; il contenuto tendenzialmente è statico, ma su di esso incidono fonti e fattori, sicché non si può dire che al termine dell'esecuzione e quindi alla sua estinzione, il contenuto sia rimasto invariato; è dunque la prospettiva dinamica che si deve tenere in conto, e l'espressione di "processo negoziale", da qualcuno impiegata per la sola fase delle trattative, può essere estesa a tutta la vita del rapporto contrattuale. In questo senso l'espressione contenuto non si identifica esclusivamente né con il voluto, né con lo stesso regolamento; il regolamento richiama la forza vincolante ed è collegato piuttosto con gli effetti del contratto, il contenuto riguarda il voluto con tutte le integrazioni che da diverse fonti e con l'intervento di diversi soggetti, valgono a modificare l'originaria situazione».

113. Cfr. N. IRITI, *Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica*, in *Rin. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 266, ove l'A. afferma che «[...] il campo del giurista si restringe ad un complesso di fenomeni linguistici: egli non osserva fatti, ma parole», e, ancor più, p. 275, ove si legge che «[...] la nomenclatura giuridica – al pari delle nomenclature delle scienze naturali – deve essere completa, organica, autonoma ed univoca».

114. Cfr. F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., p. 55, ove l'A. afferma che «Non può approvarsi un legislatore, che, dopo aver fatto della prestazione l'oggetto (o, quanto meno, l'elemento base) dell'obbligazione (come attestano gli artt. 1185, 1186, 1992, 2002 e, in special modo, l'art. 1174 c.c.), ne fa poi – inopinatamente – anche l'oggetto del contratto».

115. Cfr., *ex multis*, G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*. II, pt. II, *Dei contratti in generale*, Padova, 1936, p. 70, ove l'A. dice che «Oggetto del contratto è sempre, o il diretto trasferimento di un diritto da parte di un contraente all'altro, o l'obbligazione che un contraente assume di fronte all'altro di eseguire una determinata prestazione».

116. Cfr. V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1933, p. 35 ss.; M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p. 66 ss.; C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico. Fattispecie*, in *Novissimo Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 121 ss.

117. Cfr., *ex multis*, F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 98; L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 166 ss.; E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice civile*, cit., p. 901; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 352; E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice civile*, in *Rin. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 901.

cia, al fine di ricondurre alla volontà delle parti il mutamento giuridico, perdono di vista la collocazione della regola nella situazione giuridica e materiale preesistente¹¹⁸.

Così operando, tuttavia, si asseconda un *modus operandi* non inesatto ma riduttivo, nella misura in cui l'indagine scientifica non si limiti a una mera identificazione, ma, ad esempio nella vendita, cerchi i concreti rapporti esistenti con il contratto di trasferimento e con la *res*.

Si segnalano, d'altronde, dei tentativi di recupero della nozione di oggetto che, riferendosi o al profilo della disciplina dei contratti tipici¹¹⁹ o al profilo della teoria della fattispecie negoziale¹²⁰, non richiamano la volontà delle parti, per la ritenuta assenza di un'autonoma efficacia modificativa, ma la norma.

Il fulcro di tale trama concettuale risiede, così, negli effetti negoziali la cui incidenza ricade appunto sull'oggetto, derivato dalla situazione giuridica anteriore, in quanto il negozio si collocherebbe tra quest'ultima e la situazione giuridica finale che ne sintetizza gli effetti, tanto da affermarsi la coincidenza tra contenuto e oggetto del contratto, inteso come complesso delle clausole disposte dalle parti¹²¹.

In effetti, l'orientamento dottrinale appena tracciato assume a suo presupposto l'abbandono dell'approccio volontaristico cui ricorrere per la definizione dei termini entro i quali porre il problema dell'oggetto del negozio giuridico e abbraccia il criterio formale o normativo che considera il momento dinamico del negozio, ossia i suoi effetti.

Più in particolare, si sostiene che l'effetto della norma abbia sempre un centro di imputazione, il soggetto, e un luogo di incidenza, l'oggetto, che viene descritto, a livello normativo, in termini virtuali e astratti, attesa la naturale impossibilità di indicarne la concreta portata alla luce degli effetti del singolo negozio¹²².

118. Cfr. G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 142, ove l'Aut. afferma che «Identificare nel mutamento giuridico susseguente alla privata configurazione di un precetto il carattere oggettivo della regola stessa, significa adottare una visione non errata, ma incompleta ed inadeguata a chiarire i termini sostanziali di sviluppo del fenomeno contrattuale. Si opera, in definitiva, in una direzione quasi astratta, guardando allo schema normativo interindividuale nella sua prospettiva di efficacia, al fine di ricondurre alla volontà delle parti il mutamento giuridico [...]».

119. Cfr. B. BIONDI, *Reminiscenze ed esperienze romanistiche in tema di contratto moderno*, in *Studi in onore di Mes-sineo*, Milano, 1959, p. 37 ss., ove l'Aut. evidenzia come la struttura di ciascun contratto tipico e i suoi elementi costitutivi, che variano a seconda del singolo contratto considerato, espungono le nozioni di causa e oggetto, che, ove considerate descrittive di elementi del contratto, sono superflue, in quanto già previste dalla legge come elementi essenziali di ogni contratto tipico. I requisiti indicati dall'art. 1346 c.c., in tal modo, verrebbero a riguardare solo i contratti atipici, quale espressione dell'autonomia privata, e i contratti tipici il cui contenuto trovi la propria fonte nella volontà delle parti.

120. Cfr. N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 799 ss.; A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie e fatto*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926 ss., e spec. p. 935 ss.

121. Cfr. G. ALPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 1; G. ALPA, R. MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. disc. prin. (Sez. civ.)*, IV, Torino, 1996, p. 36 ss.; A. BARENGHI, *La determinabilità dell'oggetto del contratto. Appunti*, Napoli, 1997, p. 50 ss.

122. Cfr. N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 801; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 211 ss.; C.M.

La funzione del negozio s'identificherebbe, così, nella determinazione dell'oggetto delle conseguenze giuridiche, definite dalla norma solo in via astratta, di modo che l'oggetto della dichiarazione negoziale verrebbe a coincidere con il contenuto¹²³.

Il descritto orientamento dottrinale, pertanto, presentandosi in contrasto con la dottrina ricordata in precedenza, da un lato, equipara oggetto e contenuto del negozio, e, dall'altro, distingue contenuto e suoi effetti, vale a dire il derivato dalla separazione fra normativa della fattispecie e normativa delle conseguenze giuridiche del negozio.

In questa prospettiva, il tema centrale del dibattito dottrinale sull'oggetto del negozio o del contratto ha visto sempre più costruirsi il tenore del contratto sulla progressiva identificazione – da alcuni ammessa e da altri negata – fra oggetto e contenuto stesso¹²⁴.

I contrasti che già erano emersi in dottrina nel primo periodo si sono, allora, radicati nel secondo, e alla conferma di una pluralità di definizioni non è seguito il superamento dei profili di equivocità della nozione di oggetto e, ancor prima, di incertezza dei confini della sua area semantica¹²⁵.

Tenendo fermo quanto appena osservato, si può, comunque, riconoscere che, allo stato attuale, l'elaborazione scientifica ritiene prevalente l'orientamento favorevole all'equiparazione fra oggetto e contenuto del contratto¹²⁶, il cui perno poggia sulla mutata funzione del contratto.

In passato, infatti, il contratto era visto solo come fonte di obbligazioni e, pertanto, i requisiti di possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità potevano essere indifferentemente riferiti tanto all'obbligazione che alla prestazione o alla costituzione dell'obbligazione, tendendosi a sostituire l'idea di prestazione con l'idea di cosa.

In temi recenti, invece, la visione nuova di un contratto non più fonte di obbligazioni, ma anche modo di estinzione di esse, oltre che di trasferimento della proprietà, portando alla crisi della stessa definizione di contratto, ha posto in luce le contraddizioni che esi-

BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 317 ss.

123. Cfr. N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 801, ove l'A. afferma che oggetto «della dichiarazione negoziale è il contenuto, ossia l'insieme delle clausole disposte dagli autori del negozio. Il negozio [...] è ciò che determina; il contenuto è ciò che è determinato», di modo che «l'oggetto del negozio non è altro dal suo contenuto».

124. Cfr., in senso favorevole all'equiparazione tra oggetto e contenuto, N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 801 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 211 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 317 ss.; contra, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 625 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., p. 836 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 103 ss.

125. Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 473, che osserva come il conflitto di orientamenti dottrinali sul tema dell'oggetto sia frutto anche di disomogeneità terminologiche, che, a loro volta, tendono ad accentuare elementi di conflittualità che otrebbero, forse, essere ridotti.

126. Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 475; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 211 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 315 ss.; G. ALPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 2 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, in *I contratti in generale*, cit., p. 728 ss.

stevano tra le varie nozioni di oggetto, che non sempre si presentano adattabili alla nuova percezione dei tradizionali concetti di “obbligazione”, di “costituzione dell’obbligazione”, di “prestazione”, di “cosa”¹²⁷.

La definizione dell’oggetto dell’accordo si è, quindi, gradualmente avvicinata alla nozione di contenuto¹²⁸ – sia in senso formale che sostanziale –¹²⁹ inteso come autoregolamento delle parti (*lex contractus*) che, correlato alla prestazione e alla cosa, deve tenersi distinto dalle determinazioni legali dirette a integrare il rapporto contrattuale e che si identificano con la buona fede, la consuetudine e l’equità¹³⁰.

L’identificazione dell’oggetto con il contenuto del contratto¹³¹, poiché conduce a una nozione di oggetto cui accedono anche i beni ai quali le parti riferiscono diritti e obblighi, porta, ulteriormente, a distinguere tra bene dovuto, visto come rappresentazione ideale

127. Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 475; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, t. II, Torino, 1993, p. 18.

128. Si deve precisare che a chi identifica l’espressione “contenuto” con il regolamento contrattuale si contrappone chi priva di valore la nozione di oggetto, e, identificandola con il contenuto, ne tratta usando solo quest’ultimo concetto, a essa riferendo la disciplina degli artt. 1346 ss. c.c. Cfr., nel primo senso, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. II. Le obbligazioni e i contratti*, I, Padova, 1990, p. 189, ove si svaluta l’espressione “contenuto”, perché si estende all’intero regolamento, di modo che la sua descrizione verrebbe a coincidere con la raffigurazione dell’intera disciplina del contratto. Cfr., nel secondo senso, F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 211 ss.

129. Il contenuto del contratto è stato, infatti, distinto in senso formale, intendendosi il testo del contratto ossia l’insieme delle dichiarazioni che rientrano nell’accordo contrattuale, e in senso sostanziale, intendendosi l’insieme delle disposizioni contrattuali ossia l’insieme delle disposizioni mediante cui i contraenti determinano il rapporto contrattuale. Cfr. per approfondimenti, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 18; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 317 ss. Una dottrina minoritaria ha identificato l’oggetto del contratto con il solo contenuto in senso sostanziale. Cfr., in tal senso, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 353, ove l’A. afferma che «[...] l’oggetto sta ad esprimere l’aspetto oggettivo e contenutistico dell’intero contratto», il che equivale a dire che il contenuto corrisponde al complesso delle clausole e delle disposizioni di cui il negozio consta; nonché, N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 804, ove si legge che «[...] il negozio ha, come tale, un oggetto, ed è quanto le parti dichiarano: l’oggetto del negozio non è altro dal suo contenuto»; per una disamina delle ambiguità che hanno accompagnato tale orientamento, G. ALPA, *L’oggetto e il contenuto*, cit., p. 615 ss. Cfr., per una critica alla distinzione tra contenuto in senso formale e in senso sostanziale perché ritenuta eccessivamente formalistica, A. DI MAJO, *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1995, p. 548 ss., ove l’A. si concentra, piuttosto, sul rapporto intercorrente tra contenuto e oggetto del contratto e suoi effetti. Il contenuto, in questa prospettiva, riguarderebbe l’aspetto statico del contratto, ma una sua distinzione rispetto all’oggetto non si presterebbe all’apprezzamento delle regole nel loro insieme. Si presentano, altresì, contestate le tesi che, a volta a volta, hanno identificato l’oggetto del negozio o negli interessi regolati, o nel bene quale entità reale su cui ricadono gli effetti negoziali, o nel bene quale ideale previsione delle parti, o nella prestazione. Cfr., per un quadro generale, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 320 ss.

130. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 316.

131. È opportuno notare come la dottrina tedesca, pur nella varietà delle opinioni, ragionando in termini di negozio giuridico, e, quindi trasponendo il discorso sul contratto, alla nozione di oggetto, privilegi la nozione di contenuto. Si assume, infatti, il modello la trattazione di Larenz, per affermare che il contenuto è requisito di validità del negozio, deve corrispondere a uno dei tipi regolati dalla legge, deve essere valido, deve conformarsi ai principi di ordine pubblico e buon costume, è arricchito dalle obbligazioni originate dalla buona fede, è frutto dell’interpretazione. Cfr., G. ALPA, *L’oggetto e il contenuto*, cit., p. 617.

delle parti, e bene reale, visto come porzione della realtà materiale sulla quale cadono gli effetti del contratto¹³².

Ne segue che, se le parti identificano un bene reale come oggetto del contratto, l'impegno contrattuale ha per oggetto tale bene con riferimento sia alla sua identità che agli altri suoi aspetti, sì da imporre la considerazione tanto dell'intera previsione contrattuale quanto dei criteri legali: il bene dovuto è il bene che si conforma agli indici convenzionali e legali di determinazione della prestazione¹³³.

Pertanto, se appare difficile definire in modo univoco ed esauriente la nozione di "oggetto negoziale", non certo più agevole si presenta la definizione di "contenuto", stante la possibilità di riferirle differenti significati¹³⁴.

132. La possibilità di intendere l'oggetto del contratto come bene è stata criticata perché contratto e bene apparterebbero, rispettivamente, l'uno, al mondo del diritto, e, l'altro, al mondo del reale. Cfr. N. IRITI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 804; ID., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 141.

133. Circa il rapporto intercorrente tra contenuto ed effetti del contratto, si è ritenuto che le due nozioni siano contrapposte sia sul piano della logica che su quello del diritto positivo, giacché, quella di contenuto è plurivoca e relativa, mentre quella di effetto è chiara, riferendosi al complesso delle vicende giuridiche soggettive dipendenti dalla conclusione del contratto. Cfr., in tal senso, R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 477. Sempre in un'ottica di distinzione dei due concetti, poi, si è affermato che, se il contenuto del contratto ricomprende quanto le parti stabiliscono in ordine sia ai risultati materiali che agli effetti giuridici, è vero, altresì, che il contenuto esprime la decisione delle parti, ove gli effetti costituiscono le modifiche di situazioni di diritto discendenti dal contratto. La contrapposizione tra queste due nozioni non deve, però, essere intesa come limite fra quanto riservato alla legge e quanto riservato ai privati, poiché è lo stesso ordinamento che garantisce ai privati la competenza a disporre degli effetti giuridici, mediante il contratto, che è strumento di autonomia negoziale (art. 1321 c.c.). Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 317 ss.; P. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, p. 14 ss., ove l'A. precisa che le parti sono sì libere di determinare il contenuto del contratto, ma tale libertà attiene non tanto alla sua introduzione o alla sua eliminazione – come sostiene, invece, Messineo per trarre la distinzione tra contenuto eventuale (incentrato sulla esclusiva volontà delle parti) e necessario (incentrato sulla preminente volontà dell'ordinamento, che si esprime mediante l'introduzione di clausole di diritto) –, quanto, piuttosto, alla libertà della sua conformazione, vale a dire alla libertà di riempire di contenuti il contenuto, poiché è la mera facoltà di introdurre una data clausola la vera espressione della libertà contrattuale. Cfr., per la tesi secondo cui la volontà degli effetti giuridici sarebbe irrilevante, contando solo l'intento pratico delle parti, C. GRASSETTI, *Studi economici e giuridici dell'Università di Cagliari*, 1936, p. 107, e, in particolare, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994, p. 82, ove l'A. afferma che «[...] le parti vogliono normalmente il risultato pratico cui il negozio serve [...] e non hanno altro onere che quello di dettare il contenuto precettivo [...] non c'è alcun bisogno di postulare, accanto all'intento pratico tipico, anche un intento rivolto agli effetti giuridici. [...] Mentre alle parti spetta il compito di foggare il contenuto del negozio [...] è ufficio dell'ordine giuridico, e di esso solo, non delle parti, determinare gli effetti giuridici da ricollegare al negozio. La traduzione del precetto di autonomia privata in termini di diritto è compito esclusivo della legge». Cfr., in senso conforme, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 18, nonché, ID., *I contratti. Parte generale*, Torino, 1994, p. 65 ss., ove l'A. sottolinea come l'espressione contenuto del contratto possa indicare, di volta in volta, l'accordo, o quanto nel contratto sia detto e scritto, o la parte contrattuale dispositiva.

134. Si è sostenuto, da un lato, che il contenuto, se il contratto sia espresso per segni semantici, indichi il testo contrattuale o, comunque, l'insieme dei segni semantici nei quali si esprime la dichiarazione comune, dall'altro, che il contenuto esprima una regola desunta dalla dichiarazione per mezzo dell'interpretazione diversa da quella operata secondo regole legali, dall'altro ancora, che il contenuto sia una qualsiasi regola desunta dalla dichiarazione nel corso del procedimento che dall'accertamento del testo conduce alla costruzione degli effetti

In effetti, pur a voler accogliere la tesi favorevole all'identificazione dell'oggetto del contratto con il suo contenuto, la problematica resta tendenzialmente aperta, tanto da spingere alcuni Autori a negare l'utilità di mantenere in vita una nozione, quella di oggetto del contratto, a causa della sua evidente equivocità¹³⁵.

L'orientamento che, in ogni caso, sembra rispondere in misura più adeguata e funzionale alla realtà del fenomeno, evidenzia come l'accordo delle parti necessiti della concreta regolazione che scaturisce dalle dichiarazioni e che viene determinata anche da altri fattori esogeni, come l'integrazione e l'interpretazione, tanto da farsi coincidere la concreta ed effettiva normazione del rapporto con il regolamento contrattuale, in cui confluiscono, appunto, l'accordo e i fattori esogeni.

In questa prospettiva, il contenuto deve essere considerato come il complessivo "voluto" delle parti, inteso in senso oggettivo, e quindi non solo come l'*in idem placitum consensus*, ma, altresì, come il risultato prodotto dalle su descritte fonti esterne¹³⁶.

Se, quindi, l'accordo viene a differenziarsi dal regolamento contrattuale, in quanto il contenuto del primo non coincide con gli effetti del contratto, mentre il contenuto del secondo coincide con questi ultimi, l'assimilazione fra contenuto ed effetti del contratto, operata all'interno della nozione di regolamento contrattuale, consente di affermare che l'oggetto del contratto è l'insieme dei suoi effetti, ovvero il regolamento contrattuale nella sua interezza¹³⁷.

In altre parole, l'oggetto che diviene, in quest'ottica, parte del contenuto e riguarda, a seconda del tipo prescelto, il trasferimento di diritti, il *facere*, il *dare*, l'agire, può essere letto, in aderenza al testo normativo, come destinatario diretto di quella dizione più circoscritta che attiene non tanto alle cose o ai beni, quanto ai diritti che costituiscono, modificano o estinguono situazioni relative ai beni, alle cose, alle prestazioni.

Benché parziale, la nozione codicistica di oggetto e la sua disciplina che risulta dalla parte generale della normativa sul contratto – con i relativi adeguamenti imposti dai singoli tipi contrattuali – vengono, così, salvaguardate, evitando, contestualmente, le strette maglie di una nozione costruita sulla vendita e, perciò, caratterizzata da un limitativo contenuto "cosale".

Ancor più, per tal via, si riesce altresì a non dover ricorrere a una dicotomia tra oggetto formale e oggetto sostanziale, che, sebbene didascalicamente utile, appare di difficile attuazione pratica, ove non seguita in modo corale.

del negozio, e quindi, ogni medio logico che si incontra in tale procedimento, dall'altro ancora, che il contenuto sia la regola pregiuridica o sociale che scaturisce dall'accordo, o, infine, che si possa parlare di contenuto dell'accordo per indicarne gli effetti. Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 479; G. ALPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 39; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 729; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 25 ss.

135. V. *supra* nota 193. Cfr., da ultimo, M.A. URCIUOLI, *Art. 49*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Bologna-Roma, 1991, p. 380.

136. Il contenuto diviene la descrizione del regolamento contrattuale, articolato in clausole e in singoli patti, da cui scaturiscono prestazioni, diritti e obblighi.

137. Cfr. V. ROPPO, voce *Contratto*, in *Dig. disc. prin. (Seq. civ.)*, IV, Torino, 1988, p. 110 ss.

Da ultimo, operando nei descritti termini, si salva, allo stesso tempo, la nozione di contenuto, anch'essa presente nel *corpus* normativo, e la si struttura in modo più razionale e sistematico di quanto non abbia fatto il legislatore stesso¹³⁸.

Il discorso finora svolto sull'oggetto del contratto e sulle sue articolazioni diviene, così, emblematico per cogliere appieno la sempre più avvertita esigenza di abbandonare stringenti schematizzazioni e anacronistici dogmatismi in favore dell'affermazione di più flessibili e mobili confini.

In effetti, come ben dimostra lo stesso concetto di bene di consumo, non si versa in presenza di un *tertium genus*, ma, come accade per ogni bene, si verserà in presenza di un concetto non pienamente distinguibile dall'oggetto del contratto, e quindi, frutto dell'unificante confluire di elementi endogeni o infracontrattuali (accordo delle parti) ed esogeni o extracontrattuali (integrazione e interpretazione).

138. Cfr. G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, cit., p. 628 ss., e, in particolare, p. 629, ove l'A. si esprime sul problema della gradualità dell'unico e unitario (come il contratto di cui è parte) contenuto, affermando che «[...] si può dare alle parti libertà, ma tale libertà incontra limiti stabiliti dalla legge. Si ha infatti: 1) un contenuto essenziale, si potrebbe dire "minimo", che è costituito dall'oggetto; 2) un contenuto eventuale, che le parti hanno introdotto; 3) un contenuto coattivo, che è stabilito dalla legge».

CRISI DEL CONTRATTO COMMERCIALE E PRODUZIONE PRIVATA DEI RIMEDI

PAOLA LUCARELLI

Prof. ordinario Università di Firenze

SOMMARIO: Premessa. - 1. Relazioni commerciali di durata informali e internazionali: alla ricerca di soluzioni negoziali. - 2. L'autonomia privata come fonte di rimedi. - 3. Il D.lgs. 28/2010: crisi della legge o del giurista?

Premessa.

La complessità e la molteplicità dei fattori che compongono e determinano la sorte delle relazioni fra le imprese è tale da invogliare il giurista ad affrontare il tema del contratto commerciale con la curiosità e l'onestà intellettuale di chi si occupa di innovazione giuridica¹.

In particolare, con la consapevolezza che non è il diritto a dare forma al rapporto commerciale, ma è la strategia imprenditoriale a plasmare l'interazione fra i potenziali *partner*, il raggiungimento di un accordo sulle modalità e le condizioni di svolgimento dell'affare e lo sviluppo della relazione, il giurista è chiamato ad affrontare il problema della crisi del rapporto e delle sue cause avvalendosi di strumenti di lettura e soluzione rigorosamente radicati nella realtà, considerando, quali componenti essenziali di questa, la funzione cui l'impresa è preordinata e la dinamica degli interessi dei *partner* commerciali.

A lungo si è discusso - non solo in ambiente giuscommerciale - dell'importanza di focalizzare l'attenzione sulla sostanza dei fenomeni rilevanti per il diritto, sulla necessità di un'analisi sempre informata e consapevole del contesto nel quale sorgono i problemi giuridicamente rilevanti, al fine di suggerire le risposte più consone alla natura delle cose.

Ma la risposta, la medicina risolutiva della malattia del rapporto, la si è trovata sempre nella farmacia dell'ordinamento giuridico, nei suoi scaffali, nelle sue regole astrattamente applicabili a tutti i casi aventi le stesse caratteristiche. Certamente, l'ordinamento predispone farmaci diversi per fattispecie diverse, riponendo attenzione alle specifiche peculiarità dei fenomeni considerati, ma la soluzione è comunque là, in farmacia, negli scaffali del diritto. A volte deve essere cercata, non si trova immediatamente, a volte va confezionata facendo ricorso all'analogia o ad efficaci miscele giuridiche, ma è pur sempre dalla farmacia del diritto che esce la cura della malattia.

1. Lo scritto si avvale in buona parte degli esiti della ricerca svolta insieme a Laura Ristori, su cui il volume recente P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Utet Giuridica, 2016, del quale si riportano alcuni paragrafi.

Così come nessun medico ragionevole riterrebbe di poter fare a meno della farmacologia, anche il giurista - sia teorico che pratico - non potrebbe ragionevolmente evitare il richiamo ai rimedi offerti dalle norme ed ai relativi canoni interpretativi, nell'approccio alle patologie contrattuali.

Tuttavia, l'interesse del giurista sembra ancora troppo concentrato sulla malattia del rapporto, *rectius* del contratto, mentre si sta aprendo un nuovo spazio di ricerca e lavoro a proposito della relazione, ovvero di ciò che potrebbe rivelarsi utile per la sua salute, e per la prevenzione di crisi irreparabili.

Si avverte, in effetti, la necessità sempre più urgente di richiamare l'attenzione del giurista sul possibile ampliamento del punto di vista dal quale si possono osservare i fenomeni e si produce il diritto: dalla funzione ordinatrice, regola e sanzione, al motore propulsore della *salute* delle relazioni sociali.

Se di crisi della legge si può parlare, ma sul dubbio torneremo in seguito, questo contributo vuole osservare come la crisi derivi non tanto da una presunta inadeguatezza della legge ad offrire risposte adeguate alla nuova realtà dei fenomeni, quanto dalla incapacità di funzionare rispetto a nuovi obiettivi. Soprattutto nell'esperienza civilistica, infatti, la *protezione* giuridica *ex post* delle situazioni soggettive violate non rappresenta più, in molti e sempre più numerosi casi, il vero beneficio. Se si guarda, poi, al mondo delle relazioni imprenditoriali, è ancora più chiara la dissonanza fra esigenze della realtà e risposte dell'ordinamento giuridico. Perfino con riferimento alle relazioni societarie, per le quali la legge ha fornito puntuali rimedi alle complesse patologie dell'agire organizzato, è possibile constatare la scarsa utilità di certe terapie a fronte di un bisogno di metodi efficienti e celeri.

Il problema ha ragioni diverse: alcune manifeste, altre più nascoste che ad oggi non sembrano ancora assumere abbastanza chiaramente la portata di un valido argomento di discussione scientifica.

Fra le prime, certamente la crisi dell'*enforcement*, che ha poi la sua origine nelle gravi disfunzioni del sistema giustizia: il diritto non è applicabile nei tempi e nei modi che soddisfano il bisogno di giustizia.

Fra le seconde, invece, l'immagine di un *diritto-robot*, cioè di un diritto incapace di rimettere in discussione la sua funzione quando la natura delle cose e l'evoluzione della realtà lo richiedono, di scegliere quando generare e quando astenersi, quando decidere e quando tacere, in sintesi, di contemplare la sua relatività. Quel diritto che mira alla protezione ed è formattato per la tutela con una serie di rimedi tipici, non si concepisce assente nelle relazioni sociali, considerandosi l'unico ancoraggio possibile per un ordine ed una convivenza pacifici².

2. G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, in *Mediazione e Progresso. Persona, Società, Professione, Impresa*, a cura di G. CONTE - P. LUCARELLI, Milano, 2012, p. 8 ss.

La cultura giuridica si è alimentata nel tempo della concezione per la quale il diritto è la via esclusiva, nonché la più nobile, per la pace fra gli individui. Se ciò non può affatto essere messo in discussione, è altrettanto vero che il diritto è divenuto talmente vasto e presente, così duttile e partecipante, da creare nell'essere umano una dipendenza dall'*etero-nomia*, e nel giurista l'idea che solo l'applicazione giudiziale del diritto sia in grado di fornire la cura al rapporto malato fra gli individui. Il passo verso la convinzione per la quale solo la Giustizia resa nella Corte offra rimedi certi, in quanto tipici, alla malattia, è assai breve.

Così, è facile immaginare la ricerca di risposte ai problemi e conflitti presso il diritto-robot: l'individuo è impreparato ad affrontare la lite senza una decisione dall'alto, cerca sostegno e non indugia a delegare chi lo offre, è privo di fantasia selettiva e generativa di risposte concrete. L'individuo non si arrende, anzi minaccia battaglia, ma senza impegnarsi in prima persona, riparandosi bensì dietro il robot che lo difende con le armi concettuali affilatissime dell'avvocato nel processo formale davanti al giudice. La delega è imprescindibile, d'altra parte, perché la soluzione del problema richiede una competenza tecnica che l'individuo comune non possiede. Egli non può che assistere come spettatore al teatro del suo processo che altri, gli specialisti del diritto, recitano a sue spese portando il problema a divenire *il caso giuridico* e realizzando un'operazione assai complessa che solo i più esperti operatori sono in grado di compiere in perfezione, cioè colmando il divario fra la concretezza del conflitto e l'astrattezza del precetto. L'individuo delega, così, la gestione del suo problema, in attesa di protezione e di soluzione che egli non contribuisce a generare, perché quella è il rimedio tipico astrattamente concepito dal diritto: una protezione che non lo valorizza, tuttavia, quanto potrebbe come persona, prima di tutto perché conferma la sua incapacità di soggetto realmente autonomo nella gestione dei conflitti e poi perché non può farsi carico della sua sfera emozionale e dei più profondi motivi ed interessi³.

La cultura della gestione e risoluzione del conflitto, prima ragione della produzione del diritto, diviene, così, tutela e delega, protezione e isolamento.

Il problema non è il diritto in sé, ma il diritto come *funzione sociale*. Questa richiede urgentemente la consapevolezza dei limiti del diritto/protezione e delle ancora inesplorate

3. Siamo ben lontani, dunque, da quell'idea nobile della "dimensione democratica del processo che permette agli ultimi di primeggiare e di assurgere a protagonisti, di affermare se stessi" che ritroviamo nella narrazione di P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, p. 140, a proposito del pensiero di Capograssi e Grossi sul processo. Più in particolare, quanto rilevato nel testo evidentemente non riflette più l'idea di P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in RIFD, 2006, pp. 34-35, secondo cui: "quella povera e angusta cosa che è il soggetto particolare, come attore, come convenuto come imputato, c'è con una propria somma di poteri e di diritti nel processo. Può dire: domando eccipisco concludo mi difendo, *ergo sum*. Non c'è nessun punto dell'esperienza giuridica in cui il soggetto singolo come imprescindibile realtà giuridica dell'esperienza appaia in modo più presente e più diretto".

enormi potenzialità del diritto propulsore di sviluppo della personalità e dell'autonomia della persona nelle relazioni sociali: non può impedire tale sviluppo, dovendo, anzi, per espressa e felice disposizione della Costituzione, contribuire a riconoscerne la priorità, garantirlo e rimuovere gli ostacoli che lo impediscono.

La via che conduce alla piena esplicazione della personalità è quella di un diritto che lasci, fin dove possibile, il maggior spazio all'autonomia nella gestione delle relazioni e dei conflitti, che intervenga affinché l'esercizio dell'autonomia sia effettivamente garantito, riconosciuto e rispettato, che si configuri quale ancoraggio effettivo, accessibile e disponibile nel caso di mancato successo della volontà privata nella soluzione del problema: un diritto, dunque, forte e certo per la tutela di soggetti privi, per qualsiasi ragione, del volere/potere di autodeterminazione, e un diritto, nello stesso tempo, esplicitamente, convintamente e rigorosamente concedente agli individui il tempo e lo spazio necessari per la comprensione e la valutazione delle cause del problema, l'ascolto reciproco, la ricerca di una soluzione condivisa, in sintesi, per l'acquisizione di una piena consapevolezza e autonomia nella soluzione dei casi difficili della vita⁴.

Il terreno di esplorazione di quanto si è appena osservato è in questa sede quello giu-scommerciatistico, un terreno nel quale l'esperienza dimostra che le ragioni delle imprese e le loro esigenze sono altre rispetto a quelle di un diritto e rimedi solo etero confezionati. La concezione del *diritto-robot* appartiene al giurista, ma non all'impresa.

Il ragionamento a proposito delle relazioni commerciali fra le imprese può rappresentare, in effetti, un esempio di riflessione sulle nuove frontiere di un diritto propulsore di cultura della gestione delle situazioni conflittuali, ma anche della prevenzione della crisi irreparabile delle relazioni.

Quello dell'agire imprenditoriale è un settore di elezione innanzitutto perché è abbastanza evidente che gli imprenditori non possono permettersi di essere incapaci di valutare con competenza e professionalità adeguate le conseguenze delle loro scelte, a pena di incorrere in fallimenti o perdita di competitività sul mercato. Se è vero che l'ordinamento del mercato dovrebbe mirare a garantire la sopravvivenza soprattutto delle imprese in grado di competere con gli operatori più efficienti e a favorire la prosecuzione e l'attuazione soltanto degli accordi produttivi di scambi utili, e quindi di ricchezza, un'eccessiva tutela degli attori del mercato oltre che essere in certa misura disabilitante e passivizzante per il destinatario della protezione abituandolo alla delega di responsabilità e potere, rischia anche di disincentivare lo sviluppo di capacità e conoscenze professionali di alto livello ed adeguate al contesto competitivo nel quale le imprese sono immerse⁵.

4. Da ciò deriverebbe, fra l'altro, il sicuro ampliamento della gestione privata dei problemi conflittuali che eviterebbe l'abuso del processo e, dunque, dell'applicazione giudiziale del diritto, rendendo quest'ultima effettiva ed efficiente nei casi che non possono prescindere.

5. Cfr. P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, cit., p. 16. A p. 132: "una tutela forte, suc-

È in tale ambito, dunque, che è più agevole intravedere le nuove prospettive che si presentano al giurista: pensare un diritto che si interroghi sulla sua funzione e sui suoi limiti, che contribuisca allo sviluppo della consapevolezza e dell'autonomia, ovvero di competenze adeguate in punto di efficacia delle relazioni ed efficienza dei rimedi alla crisi delle stesse.

1. Relazioni commerciali informali e internazionali: alla ricerca di soluzioni negoziali.

Studiare la tendenza che al livello delle prassi imprenditoriali si sta sviluppando è di notevole aiuto per chi si interroghi sulla capacità di funzionamento del diritto rispetto alle istanze sociali ed economiche.

Nel mondo delle relazioni imprenditoriali si trova quella palestra nuova ove il giurista, tenuto a farsi carico di realtà che nascono prescindendo in varia misura dal diritto formale di un determinato ordinamento giuridico, ha modo di allenare la sua fantasia di fronte ad un bivio culturale: arretra e rimane ad osservare oppure è costretto a immaginarsi in una rinnovata funzione.

Nelle prassi imprenditoriali vanno affermandosi forme di collaborazione strategica a metà strada fra contratto e organizzazione produttiva integrata: una serie variegata di relazioni commerciali di durata che da una parte garantiscono alle singole imprese coinvolte l'autonomia di governo e, dall'altra, le intrecciano nella progettazione, organizzazione, o materiale svolgimento di una o più fasi dell'attività. Non una reale alternativa al contratto e all'organizzazione proprietaria, dunque, ma articolazioni ibride di queste, le reti di imprese sfruttano interessi comuni per operare in modo sinergico, pur lasciando autonome e distinte le titolarità dei diritti e degli obblighi⁶.

cessiva alla stipulazione dell'accordo, a favore delle imprese deboli, non solo disincentiva la professionalità e la responsabilizzazione degli imprenditori e dei loro consulenti, ma rischia, se portata avanti attraverso il riconoscimento di maggiori tutele contrattuali, di alzare le barriere per l'accesso alla stipulazione dei contratti e di eliminare dal mercato proprio quegli operatori che si vogliono proteggere. Si ritiene quindi che, in condizioni di asimmetria di potere o informativa, sia onere dell'imprenditore avvicinarsi al contratto con la cautela e la consapevolezza che si richiedono ad un professionista capace e responsabile, con l'assistenza del professionista competente ad affrontare e risolvere problemi di asimmetria, anziché avventurarsi nella stipulazione di accordi inaccettabili confidando nell'intervento salvifico *ex post* del giudice⁷.

6. V., fra i numerosi studi, G. SODA, *Reti tra imprese. Modelli e prospettive per una teoria del coordinamento tra imprese*, Roma, 1998, p. 29. Cfr. anche F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *I contratti*, 2009, p. 915; F. CAFAGGI (a cura di), *Il contratto di rete, Commentario*, Bologna, 2009, p. 12; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Reti di Impresa fra crescita e innovazione organizzativa*, Bologna, 2007; A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *I contratti*, 2011, p. 621; G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, 5, p. 1 ss.; S. MEUCCI, *La nuova normativa sui contratti di rete e il rapporto con i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Persona e mercato*, 2009, p. 42; A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratto di rete*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 87; P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012.

Tali forme organizzative ibride possono contemplare strutture formali quali il contratto di rete in senso proprio, il consorzio, la *joint venture* (contrattuale), oppure forme libere di condivisione di un progetto di innovazione, o di costituzione di un ufficio o centro di servizi comune, nonché posizioni economiche *non formalizzate* in cui le imprese realizzano un'utilità legata prevalentemente alla mera presenza nello stesso distretto produttivo o di mercato di altri operatori che svolgono attività identiche o collegate a quella svolta dall'impresa interessata⁷. Ciò che interessa qui porre in evidenza è che la rete mira a favorire la collaborazione su un piano di fiducia reciproca, nonché a permettere la diffusione di conoscenze, strumenti di *marketing* e servizi di alta professionalità in tutti i settori produttivi, al fine di valorizzare al massimo le specializzazioni tecniche e sfruttare le migliori opportunità offerte dal mercato attraverso relazioni di durata con altre imprese dalle risorse complementari.

Il fatto è che mentre risulta chiaramente la rilevanza economica del fenomeno, rimangono invece ancora discutibili le caratteristiche che consentono di ricavare dalla concettualizzazione della rete una categoria giuridica autonoma rispetto alle già esistenti categorie del contratto e della impresa/società nelle loro differenti articolazioni⁸.

Trattandosi in sostanza di aggregazioni imprenditoriali in cui il bisogno di flessibilità, fiducia reciproca e predisposizione spontanea alla cooperazione risulta senza dubbio primario, sarebbe auspicabile che, così come per le *joint venture*, le imprese avessero a disposizione, non tanto un modello contrattuale estremamente specifico e vincolante come quello predisposto, quanto piuttosto una mera cornice di meritevolezza degli interessi entro cui cercare e scegliere le risposte più adatte ai loro interessi. La creazione di un nuovo strumento formale che attiene alle modalità di organizzazione dell'attività economica, il contratto di rete, proprio in quanto tipo normativo - per quanto lo si voglia configurare *trans-típico* - finisce per ingessare la spontaneità nei rapporti di collaborazione fra le imprese, elemento imprescindibile di tali realtà⁹. Anziché costruzioni teoriche di situazioni giuridiche oggetto di tutela, alle imprese servono strumenti che generino la cooperazione per il raggiungimento della massima utilità congiunta.

7. Per una definizione del concetto di distretto industriale e un interessante excursus storico si rimanda a G. BECATINI, M. BELLANDI, L. DE PROPIS, *Industrial districts: the contemporary debate*, in *Economia e Politica Industriale*, 2011, 3, p. 53 e ss.; C. TRIGILIA, *Sviluppo locale - Un progetto per l'Italia*, Bari, 2007.

8. Cfr. E. COLOMBO, L. MANGOLINI, G. FORESTI (a cura di), *Il quarto Osservatorio Intesa Sanpaolo-Mediocredito Italiano sulle reti d'impresa*, 2014. I numerosi interrogativi posti dal susseguirsi di interventi legislativi (non ultimo quello circa la soggettività giuridica della rete) registrano un dato anomalo nell'operare del legislatore: si è assistito ad una tipizzazione "legislativa", anziché "sociale" (come normalmente avviene) dell'istituto. E questo in un'ottica promozionale del contratto che il legislatore mostra di considerare fortemente connesso alla crescita di competitività delle imprese italiane a livello internazionale. Cfr. G. D'AMICO, F. MACARIO, *Contratti di rete: prime applicazioni pratiche*, in *I Contratti*, 2013, p. 799. Lo schema che emerge dalla normativa è quello di un contratto trans-típico, come suggerivano in dottrina F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., p. 437 ss. Possono costituirsi reti meramente interne per le quali vige il principio di atipicità (cfr. a riguardo Cass. 24 dicembre 1975, n. 681. in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 780).

9. Interessante a questo proposito la riflessione di M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, in *Contratti*, 2009, p. 932.

La letteratura scientifica americana recente ha, inoltre, registrato il diffondersi nei settori industriali ad alto tasso di innovazione tecnologica di nuovi modelli di organizzazione delle attività produttive (o strumenti di *governance* della relazione commerciale) che non rispondono alle caratteristiche di nessuno dei modelli già descritti in letteratura (*market/contract or hierarchy*; distretti industriali; reti di imprese) e che ha riunito sotto la denominazione di *contracting for innovation*. Sono forme organizzative che in condizioni di elevata incertezza sui futuri sviluppi della tecnologia del prodotto o sulle configurazioni specifiche dello stesso, costruiscono le loro relazioni facendo leva su una mescolanza di vincoli di natura formale, come il contratto, ma soprattutto anche *informale*, che legano le imprese l'una all'altra non tanto grazie alla minaccia di sanzioni contro l'inadempimento, tipiche queste ultime del sistema degli obblighi legali, ma alla creazione di vincoli di *interdipendenza produttiva* e di aumento dei costi individuali che potrebbero essere causati dall'abbandono del rapporto (cd. *switching costs*). Si tratta di relazioni commerciali che vengono costruite gradualmente, con investimenti progressivi in scambi reciproci di informazioni, di conoscenze e di competenze specifiche in merito alla relazione e al prodotto, con l'obiettivo di sperimentare il *partner* ed accrescere nel tempo la fiducia nella sua capacità e volontà di cooperare al raggiungimento di un risultato comune¹⁰.

Si assiste, dunque, alla diffusione di forme estremamente e volutamente leggere che costruiscono la cooperazione sulla reciproca conoscenza e sulla sperimentazione della competenza dell'altra parte, sulla creazione di interdipendenza produttiva o organizzativa, sulla fiducia conquistata sul campo, nonché su un assai modesto apparato di vincoli legali diretti a fornire una garanzia minima di adempimento e una tutela della proprietà intellettuale e degli investimenti specifici, affidata quest'ultima, peraltro, soprattutto a strumenti *extra-contrattuali*. È interessante osservare che nei descritti fenomeni emergenti il diritto ad ottenere la condanna all'adempimento riveste per le parti un'importanza del tutto marginale.

Anche l'osservazione delle prassi del commercio internazionale può stimolare la nostra riflessione. Nei rapporti fra le imprese con elementi di internazionalità, infatti, il fatto di

10. Cfr. R.J. GILSON, C.F. SABEL, R.E. SCOTT, *Contracting for Innovation: Vertical Disintegration and Interfirm Collaboration*, in *Columbia Law Review*, 2009, p. 437 ss.; C.R. SABEL, J. ZEITLIN, *Neither Modularity nor Relational Contracting: Inter-Firm Collaboration in the New Economy*, in *Enterprise & Society*, 2004, 5, p. 388. Altre forme di organizzazione sono descritte da R.N. LANGLOIS, *The Vanishing Hand: the Changing Dynamics of Industrial Capitalism*, in *Indus. & Corp.Change*, 2003, 12, p. 351, e da N.R. LAMOREAUX, D.M.G. RAFF; P. TEMIN, *Beyond Markets and Hierarchies: Toward a New Synthesis of American Business History*, in *Am. Hist. Rev.*, 2003, 108, p. 404. La struttura descritta da Gilson, Sabel e Scott, ricorda vagamente la concezione cinese delle relazioni contrattuali, in cui le transazioni commerciali sono ispirate al *Guanxi* (che significa letteralmente "relazione"), cioè alla creazione di uno stato di reciproca fiducia tra le parti contraenti. Nella cultura cinese tradizionale molto più importante del vincolo giuridico creato dalla disciplina contrattuale è il legame e la fiducia che si instaura fra le parti e che guida e dà vita alla relazione d'affari, nel corso della quale diventa naturale rinegoziare i termini dell'accordo nel momento in cui eventuali sopravvenienze modificano significativamente l'assetto di interessi che ne è alla base. V. a tale riguardo T.B. GOLD, D. GUTHRIE, D. WANK, *Social Connections in China: Institutions, Culture, and the Changing Nature of Guanxi*, Cambridge, 2002, p. 21.

operare anche al di fuori dei confini territoriali di un unico ordinamento giuridico potenzia le scelte private nella confezione di accordi almeno tendenzialmente completi e di rimedi di natura privata negoziale per l'eventuale crisi del rapporto commerciale. Il rapporto è affidato per lo più alla capacità dei *partner* di predisporre già contrattualmente strumenti efficienti di gestione delle sopravvenienze - fra l'altro ben frequenti nell'ambito del commercio internazionale - nella consapevolezza della mera sussidiarietà e residualità della protezione *ex post* con l'applicazione del diritto ad opera del giudice. Troppi, infatti, sono i luoghi dell'incertezza giuridica in tali casi: dalla individuazione del diritto applicabile, anche in presenza di una scelta esplicita della legge per le eventuali lacune o materie inderogabili, fino alla estraneità dell'ordinamento giuridico del foro per almeno una delle parti contraenti. Così, proprio dalla prassi commerciale internazionale arrivano indicazioni chiare a proposito dell'evitamento di percorsi che conducono al giudice, nonché la diffusa scelta di metodi di gestione delle eventuali dispute fra modelli negoziali alternativi alla giurisdizione.

Le esperienze in estrema sintesi descritte sono state scelte proprio in considerazione della loro spiccata vocazione all'autonomia nella ricerca e produzione delle soluzioni alla patologia del rapporto commerciale. In tutti e tre i casi la realtà è quella di rapporti che nascono e vivono affidandosi, integralmente o almeno significativamente, alla fiducia reciproca dei *partner* e alla spontanea - finché produttiva - cooperazione.

Meno evidente forse, ma altrettanto presente, questo carattere si rinviene in tutti i rapporti commerciali di durata fra le imprese.

Si consideri, in estrema sintesi, l'approccio al tema della gestione dei problemi di squilibrio sopravvenuto fra le prestazioni nei contratti di durata, problemi che riempiono il panorama delle vicende contrattuali commerciali. È noto come gli studiosi di molti paesi si siano affaticati a condurre il dibattito sulla salvezza del contratto e sul valore della sua conservazione pur in presenza di sopravvenienze che ne alterino l'equilibrio.

Pur di proteggere il rapporto, *rectius* il contratto, da vicende di vario tipo che ne minano la conservazione e l'esecuzione, la concezione del *diritto-robot* si è spinta fino all'intervento giudiziale *modificativo* del contenuto contrattuale. Orientamenti simili, volti alla conservazione del contratto, si rinvengono anche nell'esperienza inglese e statunitense dove, peraltro, pur avvertendosi l'esigenza di individuare una regola per il verificarsi di sopravvenienze nel corso del rapporto contrattuale, non si è pervenuti ad attribuire al giudice il potere di riscrivere il contratto¹¹, o lo si è fatto nella consapevolezza del bisogno di una cautela estrema¹².

11. In proposito si rinvia a C. ROSSELLO, *Sopravenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Contratti internazionali e mutamento delle circostanze*, Milano, 1989, p. 43 ss. il quale sottolinea come il fatto che non sia consentito al giudice l'intervento correttivo sul contratto sia stato considerato da alcuni "il più stringente limite alla flessibilità del sistema inglese, in quanto non consentirebbe di procedere ad un riadattamento del contratto mediante forme di rinegoziazione etero dirette" (v. sul punto C.M. SCHMITTHOFF, *Hardship and Intervener Clauses*, in *JBL*, 1980, p. 88).

12. A tale proposito si ricorda l'istituto della *commercial impracticability* previsto dall'*Uniform Commercial*

Il rimedio autoritativo, imposto dall'alto o anche solo minacciato, non è compatibile o adeguato alle relazioni commerciali fra le imprese: se i rapporti commerciali di durata devono essere salvati, questo deve avvenire non per obbedienza ad un principio assoluto di conservazione, ma in considerazione del grado di utilità economica che deriverebbe dalla loro prosecuzione, alle condizioni ritenute giuste dalle parti (non dal giudice) e in quanto massimizzino l'utilità congiunta¹³. Come per tutti i tipi di rapporti caratterizzati fortemente dalla relazionalità, il rimedio alla mancanza di volontà di cooperare non può essere impositivo, ma deve essere riflessivo, fondato sull'autonomia, possibilmente trasformativo, radicato cioè nella piena consapevolezza da parte dei contraenti dei problemi che hanno compromesso o rischiano di compromettere la relazione con il *partner*, dei vantaggi e svantaggi legati al proseguimento o alla cessazione del rapporto commerciale, nonché delle alternative commerciali disponibili sul mercato e, quindi, legato alla volontà di trasformare la qualità dell'interazione che sta danneggiando il rapporto. Il rimedio quindi non può che essere fondato su una valutazione competente ed informata di tutte le possibili opzioni di soluzione e sulla decisione di investire energie per trasformare la qualità della relazione.

2. L'autonomia privata come fonte di rimedi.

La messa alla prova del giurista alla ricerca di strumenti e metodi nuovi della riflessione e della pratica si pone, dunque, sul piano delle relazioni commerciali che coinvolgono le imprese legate da un vincolo che dura nel tempo e che si caratterizza per la relazionalità, elemento necessario e naturale di tali rapporti: la relazione commerciale nasce, è disciplinata e si svolge non per una necessità giuridica, ma per un accordo che può sempre venir meno per il mutare della volontà, degli eventi e del contesto economico. Solo una collaborazione che aderisce agli interessi delle imprese rigenera accordi nuovi verso soluzioni che tengano conto di mutate condizioni prodotte dal tempo. Ciò di cui il rapporto ha bisogno per funzionare è la cooperazione volontaria, non tanto o non solo per

Code, sui cui ancora C. ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto*, cit., p. 53: "il sistema statunitense consente, sia pure entro una misura i cui esatti termini non sono a tutt'oggi chiaramente e unicamente delineati, forme di 'rinegoziazione eterodiretta', o addirittura di 'chirurgia contrattuale' certamente sconosciute al diritto inglese, laddove la formula "*Courts will not make a contract for the parties?*" continua a ricevere il massimo ossequio, tanto in sede giurisdizionale quanto in sede arbitrale". I confini non ben delineati dell'intervento giudiziale risultano chiaramente dai casi citati dall'Autore: è significativo che in un primo caso la Corte negò la modifica del contratto per mancanza dei presupposti della *commercial impracticability*, in un secondo caso il giudice rigettò la domanda sulla base della considerazione che si trattava di "*business problems, to be settled as business problems by businessmen?*", nel terzo caso (il famoso caso *Alcoa/Essex*) intervenne revisionando il contenuto contrattuale ma osservando nella motivazione che tale intervento avrebbe comportato "un auspicabile incentivo pratico per gli uomini d'affari a risolvere da sé i problemi che sorgono durante il corso dei contratti a lungo termine".

13. Cfr. L. RISTORI, *Asimmetrie e sopravvenienze*, in P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, cit., p. 77.

ottenere la prestazione dedotta nel contratto, quanto per ottenere il massimo beneficio che possa derivare dall'affare¹⁴.

Il fenomeno non si presenta più solo come un contratto, ma è l'insieme di contratto e relazione: laddove il contratto svolge la triplice funzione di tutela degli investimenti attraverso la garanzia dell'adempimento, di regola statica dell'eventuale crisi, di attivazione della disciplina generale in materia di contratti, la relazione rappresenta la parte dinamica e flessibile del rapporto, ciò che ancora si può e si deve decidere, cambiare e migliorare.

La relazione diviene quindi il punto di attenzione dell'analisi della crisi e dei suoi rimedi. Una relazione, quella fra le imprese, che non si presta a stare dentro i confini del diritto all'adempimento coattivo, sia esso in forma specifica o per equivalente. Portare nel processo la questione dell'inadempimento contrattuale al fine di ottenere il rimedio formale della sentenza di condanna significa curare la malattia senza considerare le vere cause che l'hanno procurata, può rivelarsi in contrasto con gli interessi contingenti delle imprese e sicuramente è in contraddizione con la spontaneità della collaborazione e della fiducia reciproca, elementi imprescindibili del rapporto. Se la cooperazione è necessaria, è anche vero che quella utile è solo volontaria e non è suscettibile di attuazione coattiva e/o delegata.

Proprio nella non coercibilità sta la differenza non risolvibile fra *l'obbligo giuridico* e la *volontà* di cooperare: né il giudice, né la legge, possono ripristinare l'operatività ottima del rapporto di durata attraverso un sindacato esterno o una imposizione esterna di singole condotte di cooperazione da attuarsi nel tempo.

Ciò che concisamente si è voluto esporre dovrebbe essere già indicativo della dissonanza fra realtà e rappresentazione giuridica. L'ordinamento, *rectius*, i modelli della condanna e dell'esecuzione, non contengono, nella prescrittività e nella coattività che li caratterizza, la cura ideale in grado di ristabilire la volontarietà e spontaneità della collaborazione fra le imprese. Servono strumenti di prevenzione della malattia terminale, quella cioè che si produrrebbe con il processo, per continuare ad usare la metafora scelta, rimedi energizzanti per una buona salute del rapporto o per uno scioglimento soddisfacente per tutte le imprese coinvolte nella relazione.

Solo l'autonomia, come insieme delle competenze dell'individuo riflessivo, consapevole, responsabile e volitivo, può colmare il vuoto di forme e di modelli della gestione del conflitto endo-contrattuale.

Non si pensi, peraltro, che sia diffuso l'esercizio dell'autonomia negoziale nell'ambito della risoluzione dei conflitti e delle crisi di cooperazione nei rapporti commerciali di durata. Non si dimentichi, infatti, che la delega della gestione del conflitto è una tenden-

14. Ancora sia concesso il rinvio all'approfondimento di L. RISTORI, *Relazionalità e cooperazione efficiente: contratto e meta-contratto, giuridico e meta-giuridico*, in P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, cit., p. 149 e ss., da cui si traggono le osservazioni nel testo.

za radicata nella cultura non solo giuridica, per superare la quale servono competenze relazionali del tutto particolari: saper gestire il confronto con il disaccordo, le differenze, la delusione delle aspettative, il timore della perdita, la paura delle responsabilità; saper mettere a fuoco le cause più profonde del problema; saper condividere eventuali responsabilità, identificare gli interessi, propri e del *partner*, trarre dal problema e dalle sue cause l'idea della soluzione di massimo beneficio per entrambi¹⁵.

3. Il D.lgs. 28/2010: crisi della legge o del giurista?

Si è evidenziato come il modo tradizionale di affrontare le controversie commerciali attraverso il processo non risponda fedelmente alla realtà dei rapporti fra le imprese. L'applicazione giudiziale della regola giuridica spesso non considera gli interessi delle parti perché, nel percorso verso la sentenza giudiziale, il *diritto a qualcosa* si traduce in *obbligo coattivo di dare o di fare*, distante da quella collaborazione volontaria elemento indefettibile di un buon affare e di una efficiente relazione commerciale.

Nel processo, "il confronto assume la modalità di scontro dialettico portato avanti da delegati, professionisti del conflitto, le parti escono dalla scena del confronto e la vertenza si concentra sulla faccia esterna della controversia, cristallizzata nelle posizioni giuridiche formalizzate prima dagli avvocati e poi dal giudice. Alla soluzione si arriva quindi lavorando, anziché sul *binomio problema/soluzione*, sull'*antinomia ragione/torto* in base all'applicazione delle regole di diritto guardando quindi solo al passato, per una soluzione che interessa, invece, la vita futura del rapporto. Lo scontro diventa sempre più polarizzato, i legami fra le parti ne escono fortemente compromessi o spezzati e ogni possibilità di relazione, intesa come possibilità di interazione cooperativa, si chiude. Le parti smettono definitivamente di essere *partner* e diventano *avversari*. Laddove c'è bisogno di attenzione al caso concreto e alle specifiche ragioni della mancanza di cooperazione per cercare di riparare ciò che realmente non funziona, i rimedi offerti dal processo sono limitati e tipici e necessariamente legati nel loro contenuto alla definizione giuridica del diritto leso.

15. Il modello tradizionale di approccio al conflitto conduce ad un confronto/scontro improduttivo, in cui relazioni che hanno ancora aspetti vitali e potenzialità non espresse vengono messe in discussione e prematuramente chiuse a causa della incapacità delle parti di confrontarsi in maniera consapevole e costruttiva. Il risultato dell'interazione mal gestita è che il confronto si ferma ad una mera contrapposizione fra le diverse posizioni, nella ricerca di colpe e responsabilità da attribuire, che nessuno spazio concede all'esplorazione delle reali possibilità di un nuovo accordo. Si combatte per attribuire responsabilità e colpe secondo diritto e non si lavora per cercare una soluzione secondo interessi. Eppure, sono stati innumerevoli gli auspici e gli stimoli provenienti da autorevolissima dottrina sul valore dell'esperienza giuridica nelle vicende dell'uomo e in quanto tale strettamente legata alla persona. Si pensi alle stimolanti riflessioni, di viva attualità, che lette oggi, con i nostri problemi e le nostre complessità, sono ancora in grado di illuminare la strada di un pensiero rinnovato e adeguato al mutare del tempo. Basti pensare agli studi di Capograssi, al richiamo da parte di Calamandrei, alla dichiarata influenza sul pensiero di Grossi, tutti richiamati da P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, p. 137 ss.

Con queste premesse, raramente la decisione del giudice risulta adeguata e conforme alle esigenze del caso. Questo richiederebbe una soluzione tagliata e cucita su misura, tenendo conto delle esigenze e dei bisogni delle parti nel contesto complessivo delle situazioni soggettive¹⁶.

Quanto esposto si può rappresentare come l'avanzare della crisi della legge? L'applicazione della norma proprio in quanto generale ed astratta è concepita per rispondere in modo antinomico sul torto e la ragione e sarà sempre lo strumento a fondamento e garanzia dell'ordine giuridico e sociale. E non può essere diversamente.

Ciò che occorre è che si formi una nuova sensibilità nel giurista verso le ragioni della crisi della relazione, le riserve ancora vitali del rapporto, un giurista formato come sul processo anche su un percorso anticipato rispetto all'etero-applicazione del diritto, sulla *sosta nell'autonomia*, e cioè nella volontà consapevole, per indagare le cause anche non evidenti della crisi e le reali possibilità della sua soluzione, prima di passare, in via eventuale, e comunque solo successivamente, all'applicazione delle regole legali anche in via giudiziale.

Si potrebbe eccepire, in proposito, che quella di concedere spazio all'autonomia sia una priorità già presente nell'ordinamento giuridico che risponde con l'azione processuale solo quando non vi sia più alcuna possibilità di addivenire ad una soluzione negoziata. Ciò, invece, non corrisponde a realtà. L'autonomia è un valore da promuovere, insegnare e sostenere: non è affatto diffusa fra i professionisti del diritto la competenza della negoziazione efficiente dei conflitti, ovvero di una cultura che anziché fondarsi solo sulla delega per la soluzione dei problemi, coltivi l'abitudine alla scelta, all'assunzione di responsabilità, alla ricerca privata dei rimedi. Diversamente, il contenzioso pendente nelle corti non sarebbe così gigantesco.

Proprio a causa della mancanza di tale cultura, vi è ancora bisogno di una procedura negoziale formalizzata che si svolga alla presenza di un terzo indipendente e neutrale rispetto ai confliggenti che, formato sulle tecniche di comunicazione e gestione della conflittualità, assista, sostenga, faciliti e finalizzi la discussione fra le parti e i loro consulenti. La presenza del terzo consente di superare gli ostacoli che emergono nella maggioranza dei casi ogni qualvolta vi siano contrasti, di qualsiasi grado e livello essi siano.

La crisi non è della legge. Basti pensare che con il D.lgs. 28/2010 è stato introdotto per la prima volta con portata ampia nel nostro ordinamento uno strumento che ha le potenzialità per colmare quel vuoto di capacità che esiste fra il momento della nascita di una controversia e la sua soluzione giudiziale: si tratta della mediazione per le controversie civili e commerciali.

Altro che crisi della legge: con il d.lgs. 28/2010 si è compiuto un passo importante - seppure non ancora decisivo - nella direzione della cultura più avanzata e superiore della gestione della conflittualità.

16. L. RISTORI, *Crisi e rimedi*, in P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, cit., p. 142 e ss.

Sebbene nelle intenzioni del legislatore il provvedimento abbia essenzialmente obiettivi deflattivi della giustizia civile, lo strumento che interviene *ante causam* su una controversia in corso e mette all'opera l'autonomia delle parti con l'ausilio di un terzo mediatore formato sulle tecniche di comunicazione e gestione della conflittualità, può ben servire l'obiettivo non solo della *soluzione* delle crisi dei contratti commerciali, della *valorizzazione* delle potenzialità inesprese di tali rapporti, ma anche di *educazione* alla *prevenzione* di crisi relazionali irreparabili¹⁷.

Un diritto, allora, quello della mediazione civile e commerciale, cui non può che riconoscersi una potente funzione di promozione della cultura dell'autonomia, della consapevolezza e dello sviluppo sociale¹⁸.

La mediazione si presta, meglio di ogni altro strumento fino ad ora utilizzato o immaginato, a svolgere quella funzione di cura della salute della relazione commerciale, fondamentale per la prosecuzione del rapporto. In questa sede il contratto può, con minori traumi, essere rinegoziato nel suo contenuto in maniera tale da tornare nuovamente utile per entrambe le parti o può essere chiuso, negoziando anche il contenuto e le modalità di uscita, nella ragionevole certezza della necessità della sua fine¹⁹.

17. La mediazione è per sua natura attenta alle dinamiche interne del conflitto e alle sue cause, nonché agli interessi reali delle parti: a quelle istanze cioè che stanno dietro o sotto le posizioni assunte per la difesa del caso in giudizio anche allo scopo di nascondere eventuali responsabilità. La mediazione consente, inoltre, di mettere meglio a fuoco i rischi e i costi reali del conflitto, siano essi monetari, o umani, relativi a relazioni personali o d'affari, o siano i costi per la perdita di opportunità di guadagno o di vantaggi di altro tipo che la cooperazione potrebbe sempre portare con sé e che la rottura del rapporto potrebbe impedire o rendere più costosi. La mancanza del potere del mediatore di decidere la sorte della lite favorisce, inoltre, la propensione delle parti a mettere sul tavolo un maggior numero di informazioni in ordine ai loro bisogni e alle preferenze, e a stimolare la loro capacità di fare proposte per la soluzione della controversia. Si esplora così il rapporto con la possibilità di scoprire serbatoi di scambio di cui non si era immaginata l'esistenza.

18. A questo proposito risultano pertinenti le considerazioni limpide di V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 974: "Quanto più un fenomeno si fa complesso, tanto più è forte il bisogno di strumenti che consentano di 'governarlo' in modo appropriato. (...) governo contrattuale significa soprattutto predisposizione e attivazione - ora per via di legge, ora per via di autonomia privata - dei meccanismi più idonei a gestire le criticità che abbiano a manifestarsi nello sviluppo del rapporto fra le parti". Se arricchito di una visione che persegue il diritto potrebbe allora divenire ancora più evoluto rispetto a quanto auspicato da F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Rivista della Scuola superiore dell'Economia e delle Finanze*, p. 6: "Un ordinamento giuridico che aspiri a definirsi veramente evoluto non può, perciò, rifiutarsi di offrire ai contraenti la tutela giurisdizionale adeguata al regolamento d'interessi concretamente pattuito, trincerandosi dietro il rispetto formale dei ruoli tradizionalmente rivestiti dalle parti e dal giudice e rendendo assoluta, per così dire, l'apparente antinomia fra libertà contrattuale dei privati e intervento giudiziale nel contratto, senza neanche tentare di confrontarsi con la particolarità dei contratti di durata".

19. La mediazione si presenta, almeno in teoria (ma la sua efficacia dipenderà in gran parte dalla qualità dei mediatori e dei professionisti che assistono le parti), come il mezzo più adatto a svolgere la funzione appena descritta proprio per le caratteristiche sopra indicate: la presenza di un terzo neutrale in funzione di supporto al dialogo e non giudicante, con esperienza e competenza professionale in materia di gestione del conflitto, può indubbiamente essere d'aiuto per abbattere le barriere cognitive che non hanno consentito alle parti un dialogo utile e costruttivo e per neutralizzare gli stimoli all'argomentazione contrappositiva diretta ad influenzare la

Certo non si può trascurare che l'intervento del legislatore italiano del d.lgs. 28/2010 si sia concentrato solo sugli effetti che la mediazione può produrre in termini di deflazione del contenzioso giudiziale. Il tentativo obbligatorio di mediazione inteso come condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le materie previste dal primo comma dell'art. 5, è concepito esclusivamente in funzione della riduzione del carico del contenzioso processuale. Anche il giurista legislatore, pertanto, ha dimostrato poca fiducia nella sua più alta funzione sociale: se è vero, infatti, che la mediazione è vicenda che confida sull'autonomia nella gestione dei problemi, è difficile poter negare che disporre l'obbligo di passare con la necessaria consapevolezza dentro il problema, per analizzarne le ragioni, riuscire a vedere quelle dell'altro, e generare soluzioni condivise, significhi soprattutto educare all'auto-determinazione e all'assunzione di responsabilità²⁰.

Eppure, ciò non è stato né il punto di origine, né il punto di arrivo delle intenzioni di un legislatore preoccupato solo di ridurre il contenzioso giudiziale e a sua volta totalmente inconsapevole della portata benefica per l'individuo e per la società dello strumento che andava disciplinando.

Non si tratta, dunque, di crisi della legge ma, semmai, di crisi del giurista, questa volta legislatore.

Se vi fosse stata maggiore consapevolezza in merito all'effetto che la mediazione è in grado di produrre, ovvero una cultura giuridica concedente spazio e tempo all'autonomia, dunque una cultura dell'uomo adulto, pronto ad affrontare i suoi problemi con responsabilità nel confronto diretto con l'altro, si sarebbe probabilmente affidato al diritto della mediazione un compito ancor più prezioso e nobile, anziché quello di una mera alternativa alla gestione giudiziale del conflitto, con scelte ancora più decise e qualitativamente impeccabili nella regolamentazione dell'istituto. A cominciare dalla previsione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione per tutte quelle liti che riguardano i contratti commerciali fra le imprese e le relazioni di durata²¹.

decisione del giudice e distruggere l'altra parte: la discussione è focalizzata sulle cause del disaccordo e orientata alla soluzione del problema, non all'attribuzione delle responsabilità. Ogni decisione è e rimane sempre nelle mani dei contraenti, che vengono invitati a riflettere su tutte le conseguenze (passate, presenti e future) delle loro condotte rimanendo arbitri della sorte della loro controversia.

20. Sia permesso, in proposito, il richiamo a P. LUCARELLI, *Crescita imprenditoriale e strategia relazionale, La mediazione insegna*, in G. CONTE, P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione e Progresso*, p. 319 e ss.

21. Sul punto risulta particolarmente interessante l'orientamento maturato in seno alla Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato. La Relazione della Commissione Alpa sulla riforma degli strumenti di ADR riferisce la proposta alternativa di Breggia-Marotta sull'art. 1-bis: "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, nonché contratti di opera, di opera professionale, di *appalto privato*, di *fornitura* e di *somministrazione*, di *franchising*, di *leasing*, *concorrenza sleale non interferente con l'esercizio dei diritti*

All'imposizione di tale obbligo lo Stato appare, del resto, legittimato da una serie di interessi nella ricomposizione efficiente e concordata delle crisi contrattuali.

In primo luogo, il bisogno di conservare ricchezza ed efficienza al mercato laddove esista ancora uno spazio utile di operatività del contratto perseguibile attraverso la sua conservazione o il suo rinnovamento e adeguamento ai nuovi parametri del mercato e del progresso; in secondo luogo, l'esigenza di operatori economici che esercitano l'autonomia contrattuale in maniera pro attiva, competente e responsabile; in terzo luogo, la necessità di limitare l'attività processuale a quei conflitti che veramente non possono beneficiare di una soluzione negoziata con un notevole risparmio di costi al sistema giudiziario; in quarto luogo, il bisogno di creare strumenti che limitino e assorbano la conflittualità sociale.

di proprietà industriale e intellettuale, contratti relativi al trasferimento di partecipazioni sociali, rapporti sociali inerenti le società di persone, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo IO settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. Restano escluse dal regime dell'obbligatorietà le controversie di competenza del Tribunale delle Imprese sopra indicate, il cui valore superi l'importo di 250.000 euro”.

PATTO COMMISSORIO, PATTO MARCIANO E NUOVI STRUMENTI DI AUTOTUTELA ESECUTIVA

ANGELO LUMINOSO
Prof. emerito Università di Cagliari

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. La elaborazione teorica e l'applicazione pratica del divieto del patto commissorio in Italia. - 3. Dal patto commissorio vietato al patto marciano e alle altre fattispecie di autotutela esecutiva. - 4. Il patto commissorio nell'attuale realtà: dal rigido divieto normativo al suo temperamento in via interpretativa. - 5. Il patto marciano e il suo ruolo nel sistema delle autotutele esecutive. - 6. La *datio in solutum* e l'esigenza di un ridimensionamento della sua validità. - 7. Il patto commissorio e il patto marciano a livello europeo.

1. Premesse.

La *Lex commissoria* – con la quale il debitore conveniva con il creditore che in caso di inadempimento un suo bene sarebbe passato in proprietà di quest'ultimo – risale al periodo romano classico dove tale stipulazione era considerata lecita nell'ambito del sistema di realizzazione del credito, all'interno del quale si poneva quale valida alternativa all'istituto dello *ius vendendi* del creditore. Con una costituzione dell'imperatore Costantino – emanata intorno al 324 d.c. – la stipulazione della convenzione venne vietata, e il diritto giustiniano mantenne il divieto¹.

Nel frattempo, il giurista Elio Marciano, vissuto intorno al II-III secolo d.c., aveva elaborato un correttivo della *lex commissoria* che prevedeva il diritto del debitore a ricevere dal creditore l'eventuale eccedenza tra l'entità del credito e il maggior valore del bene trasferito in garanzia².

La proibizione della convenzione commissoria rimase operante dopo la fine dell'impero romano, durante l'età intermedia, mantenuta viva anche dall'influenza della dottrina cristiana e del diritto canonico³.

Arrivando alle grandi codificazioni ottocentesche, il divieto viene accolto dal Codice Napoleone del 1805 (v. l'art. 2078 per il pegno e l'art. 2088 per l'anticresi; v. pure l'art. 742 c.p.c. per l'ipoteca).

1. Sull'evoluzione storica della *lex commissoria* (innestata nella *fiducia cum creditore* e nel *pignus*), v., fra gli altri, G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007, p. 5 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, p. 35 ss.

2. Secondo la tesi più accreditata, peraltro, il patto marciano, sarebbe nato solo alcuni secoli più tardi per un'interpolazione dei compilatori giustiniani, proprio al fine di creare schemi contrattuali che non cadessero sotto il divieto della costituzione di Costantino: così N. CIPRIANI, *Patto*, cit., p. 43 e nt. 65.

3. Su tale evoluzione storica e sulla recezione del divieto da parte del diritto canonico, v. G. MINNITI, *Garanzia*, cit., p. 23 ss.; N. CIPRIANI, *Patto*, cit., p. 44 ss.

Esso viene quindi recepito dal cod. civ. italiano del 1865 relativamente al pegno e alla anticresi (artt. 1884 comma 2 e 1894) ma non all'ipoteca (suscitando un ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza)⁴.

Il millenario divieto del patto commissorio viene accolto dal nostro codice del 1942 anche riguardo all'ipoteca (art. 2744) oltre che al pegno (v. lo stesso art. 2744) e all'anticresi (art. 1963)⁵.

Nella configurazione legislativa il patto assume la struttura di una alienazione del bene, oggetto di garanzia, da parte del debitore a favore del creditore, sospensivamente condizionata al mancato pagamento del debito; la proibizione colpisce espressamente anche il patto *ex intervallo*, stipulato cioè in un momento successivo alla costituzione del pegno, dell'ipoteca o del diritto anticretico.

Il legislatore nulla dispone circa la validità o meno del p.c. autonomo, del p.c. obbligatorio e del patto marciano, lasciando persistere, soprattutto nei primi anni di applicazione del nuovo codice, i dubbi che già si agitavano sotto il codice previgente.

Eguale discussa, in dottrina e in giurisprudenza, rimaneva la sorte della convenzione che preveda una alienazione immediata della proprietà del bene risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore.

Di qui le incertezze dottrinali e giurisprudenziali sulla liceità della vendita a scopo di garanzia con patto di riscatto o risolutivamente condizionata all'adempimento dell'obbligazione garantita⁶. Tali figure in un primo tempo vennero ritenute valide dalla giurisprudenza, la quale però dai primi Anni '80 ha cominciato a considerarle invalide, conformemente all'opinione della dottrina maggioritaria⁷.

Incertezze alle quali si sommavano i persistenti dubbi della dottrina sulla ammissibilità, più in generale, delle alienazioni a scopo di garanzia⁸.

Progressivamente viene a consolidarsi in Italia una *communis opinio* che attribuisce al divieto una portata più ampia di quella che è dato desumere dal tenore letterale degli artt. 1963 e 2744 c.c. In particolare, dottrina e giurisprudenza prevalenti si attestano su posizioni

4. Sui problemi, relativi alla portata del divieto, dibattuti sotto il vigore del codice italiano del 1865, cfr. G. MINNITI, *Garanzia*, cit., p. 27 ss.; N. CIPRIANI, op. cit., p. 46 ss.

5. Sulle questioni di cui si farà cenno nel presente subparagrapho, v., per tutti, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, spec. p. 105 ss.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, spec. p. 209 ss.

6. Sul problema v., per tutti, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Milano, 1987, spec. p. 221 ss.

7. V. tra le tante, Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1899; Cass. S.U., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 1989, p. 522; Cass. S.U., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821.

8. A favore dell'ammissibilità delle alienazioni con causa di garanzia si pronuncia oramai la prevalente dottrina: v., per tutti, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, *passim*, spec. p. 103 ss., p. 303 ss.; N. CIPRIANI, *Patto*, cit., p. 65 ss.; A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 59 ss. In senso contrario, fra gli altri, G. MINNITI, *Garanzia*, cit., *passim*, spec. p. 135 ss.

rigoriste affermando la nullità del p.c. autonomo, del p.c. obbligatorio e del p.c. immediatamente traslativo risolutivamente condizionato all'adempimento del debitore⁹. Per converso viene considerato valido, dalla maggior parte degli interpreti, il patto marciano¹⁰.

L'area concettuale entro la quale viene tradizionalmente collocato il patto commissorio è quella delle *alienazioni con funzione di garanzia*¹¹. In tempi più recenti, sul finire del secolo scorso, tale inquadramento teorico – come si preciserà più avanti – verrà messo in discussione da una parte della dottrina che – come già aveva fatto una parte della dottrina tedesca - ricondurrà invece la convenzione alla categoria delle *alienazioni con funzione solutoria o satisfattiva*¹².

Sul terreno degli altri ordinamenti europei¹³, si riscontra una iniziale tendenziale omogeneità di soluzioni da parte delle legislazioni dei singoli Stati, nella maggior parte delle quali viene recepito l'antico divieto.

Con il tempo, la rigidità del divieto si stempera in vario modo nei diversi Paesi. Ad esempio, in Francia con la riforma delle garanzie attuata nel 2006 esso viene fortemente temperato mediante un esteso riconoscimento del patto marciano; in Germania, le previsioni normative del divieto contenute nel BGB vengono parzialmente disattese mediante applicazioni riduttive da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Nel diritto inglese invece il divieto è sostanzialmente ignorato.

2. La elaborazione teorica e l'applicazione pratica del divieto del patto commissorio in Italia.

L'elaborazione teorica e l'applicazione pratica, sotto il vigore della disciplina del codice del '42, del divieto del patto commissorio può essere suddivisa per comodità espositiva in tre fasi temporali.

9. Cfr., fra i tanti, A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, *passim*, spec. p. 240; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 2014, III, p. 751. In giurisprudenza, v. Cass., 12 gennaio 2009, n. 437; Cass., 5 marzo 2010, n. 5426; Cass., 10 marzo 2011, n. 5740.

10. Così, per tutti, in dottrina, C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 218 ss.; F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 303 ss.; N. CIPRIANI, *Patto*, cit., p. 209 s.; U. CARNEVALI, voce «*Patto commissorio*», in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 505 ss.; P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, nel *Comm. c.c.*, Gabrielli, Torino, 2016, p. 972 s.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 146 ss.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, p. 217 ss.; A. SASSI, *Garanzie*, cit., p. 287 ss. (ivi ulteriori indicazioni bibliografiche); CHIANALE, *Qualche pensiero*, cit., p. 751 ss. Per la giurisprudenza, v. Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Riv. notariato*, 2015, p. 182 ss.; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, p. 719. Nel senso della nullità del patto marciano, v. G. MINNITI, *Garanzia*, cit., p. 29 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428 ss.

11. Per questa tesi, v. fra i tanti, C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., spec. p. 136 ss.; A. SASSI, *Garanzia* cit., spec. p. 193 ss. (ivi ampie citazioni).

12. Così, F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., *passim*, spec. p. 88 ss.; N. CIPRIANI, *Patto*, cit., spec. p. 116 ss. Per un'analisi critica della tesi appena menzionata nel testo, cfr. A. SASSI, *Garanzia*, cit., p. 193 ss.

13. Su tali profili ritorneremo più avanti (nel § 7).

Dall'entrata in vigore del codice del '42 fino al 1990 circa dottrina e giurisprudenza hanno dedicato le loro energie soprattutto alla individuazione della *ratio* del divieto, senza raggiungere però una consonanza di opinioni.

Per rendersene conto è sufficiente richiamare le svariate tesi sul fondamento della disposizione di cui all'art. 2744 proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, fondamento che è stato, di volta in volta, identificato:

- nella necessità di difendere il debitore contro il possibile sfruttamento e le pressioni del creditore e specialmente contro la coazione psicologica che su di lui esercita il bisogno di denaro¹⁴;
- nell'esigenza di impedire l'indebito vantaggio che il creditore conseguirebbe, a danno del debitore, facendo propria una cosa che, se venduta con le garanzie di legge, procurerebbe probabilmente un ricavo superiore all'ammontare del credito¹⁵;
- nella tutela della *par condicio creditorum*¹⁶;
- nel principio, di ordine pubblico, che riserva allo Stato ogni potere inerente alla realizzazione coattiva della pretesa creditoria¹⁷;
- nella esigenza di protezione del debitore e allo stesso tempo degli altri creditori¹⁸;
- nel bisogno, di carattere generale, di prevenire il danno che l'intera comunità risentirebbe se il patto in parola si diffondesse, atteso che esso finirebbe col divenire una clausola di stile e quindi uno strumento generalizzato di abuso ai danni dei debitori¹⁹.

È agevole constatare che ognuna delle spiegazioni sopra richiamate, alle quali dottrina e giurisprudenza riconducono il fondamento del divieto, esprime una *ratio* del tutto generica, un motivo ispiratore ad ampio raggio che non individua la specifica ragione giustificativa del divieto che possa consentire all'interprete di delimitare l'ambito di applicazione delle relative norme proibitive.

14. Così, fra gli altri, D. RUBINO, *La compravendita*², nel *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1971, p. 1027; E. CAPUTO, *Vendite a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 886 ss.; Cass., 24 giugno 1957, n. 2402.

15. V. fra i tanti, G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 1066; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, pp. 98, 148; G.M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1651.

16. Così, V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, nel *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1945, p. 51; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1120; G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, c. 767 s.; F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 156.

17. E. BETTI, *Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata ecc.*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699; G. AMORTH, *Divieto del patto commissorio ecc.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 717 ss.

18. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 360; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, nel *Comm. c.c.* Utet, Torino, 1966, p. 92 ss.; Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, cit.

19. Così, C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., pp. 216 ss., 346; V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, nel *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 19, I, 2° ed., Torino, 1997, p. 561 ss.

I risultati di tali studi, indipendentemente dalla varietà delle singole tesi, convergono tuttavia su un aspetto, ossia sull'ampliamento dell'area operativa del divieto di cui agli artt. 2744 e 1963 al di là del tenore letterale di tali disposizioni, che vengono pressoché unanimemente considerate dagli interpreti *norme c.d. materiali*, norme cioè che proibiscono un dato risultato economico, quale che sia lo strumento giuridico utilizzato dalle parti²⁰. Di qui l'applicazione del divieto, come si è ricordato in precedenza, al p.c. autonomo, al p.c. obbligatorio, al p.c. immediatamente traslativo risolutivamente condizionato all'adempimento del debitore – peraltro in giurisprudenza solo a partire dal 1983, mentre in dottrina già da prima -, e alla vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia²¹.

Va segnalato che la riferita interpretazione estensiva del divieto non ha tuttavia impedito alla dottrina e alla giurisprudenza nettamente prevalenti di riconoscere validità al *patto marciano*, consentendo esso di tutelare il debitore contro il rischio di lasciare nelle mani del creditore un bene di valore superiore all'entità del credito²².

Nello stesso ordine di idee va rimarcato come la giurisprudenza e la dottrina prevalenti siano da tempo favorevoli ad ammettere *le cessioni di credito a scopo di garanzia*, poiché in tali ipotesi il creditore, incassando il credito cedutogli, può trattenere la somma riscossa fino al valore corrispondente del credito garantito e restituire al debitore l'eventuale eccedenza²³.

Intorno alla fine degli Anni Ottanta-primi Anni Novanta del secolo passato la dottrina italiana ha cominciato a battere un'altra strada, sforzandosi più che di determinare in chiave concettuale la *ratio* del divieto, di delinearne i confini sul terreno strettamente normativo.

Il dato di partenza di siffatto nuovo indirizzo è costituito dalla raggiunta consapevolezza della genericità del dettato dell'art. 2744 (e del gemello art. 1963) che non consente di acquisire elementi sicuri per determinare le specifiche condizioni in presenza delle quali la proibizione normativa opera e i limiti oltre i quali essa non può essere applicata. La disposizione in parola, in particolare, non mette in grado di cogliere le situazioni e i risultati specifici – al di là di quelli implicati dalla generica esigenza di difendere il debitore contro gli abusi del creditore – in ragione della cui riprovevolezza o pericolosità la nullità viene prevista dalla legge. Di qui - per rimanere fedeli al criterio metodologico che

20. Così, fra i tanti, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 227 (ivi a nota 512 ampie indicazioni bibliografiche). In giurisprudenza, v. Cass. S.U., 3 aprile 1989 n. 1611; Cass., 3 febbraio 2012, n. 1675; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 908 ss.

21. Per citazioni, v. *supra* nota 9.

22. Per citazioni, v. *supra* nota 10; *adde*, V. ROPPO, *Il divieto*, cit., p. 562.

23. Cfr., fra le tante, Cass., 3 febbraio 1987, n. 950, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 692; Cass., 20 novembre 1975, n. 3887, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 126. Per la dottrina, v. A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 63 e note 137 e 138; U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, p. 61 ss. (ivi ampie indicazioni bibliografiche).

impone di partire dalla norma per arrivare alla costruzione del concetto - la necessità di ricavare dal sistema nel suo complesso gli elementi che consentano di enucleare la *ratio* specifica dell'art. 2744, che non è possibile desumere dal testo della disposizione²⁴.

Ad una parte della dottrina è apparso quindi necessario mettersi alla ricerca di figure, vicine o affini al patto commissorio, espressamente regolate e ammesse dalla legge; porle a confronto con esso e così comprendere le ragioni per le quali l'ordinamento abbia ritenuto lecite queste figure; ricavare *a contrario*, infine, le note di riprovevolezza che concorrono a costituire il fondamento specifico e il motivo profondo della nullità della convenzione commissoria e, di riflesso, l'area di applicazione del divieto²⁵.

In quest'ordine di idee sono parse²⁶ particolarmente significative la norma che regola il pegno irregolare (art. 1851 c.c.), quella che disciplina la prestazione in luogo di adempimento (art. 1197 c.c.) e le disposizioni in materia di vendita con patto di riscatto (art. 1500 ss. c.c.).

Dalla sicura validità del contratto di *pegno irregolare* si è ritenuto infatti di poter arguire che una delle specifiche ragioni che stanno a base del divieto del patto commissorio è rappresentata dal pericolo - che la legge presume *iuris ed de iure* - che il debitore venga a subire una perdita economica sproporzionata rispetto all'entità del debito rimasto inadempito.

Dalla ammissibilità della *datio in solutum* si è ritenuto di argomentare che l'illiceità del patto commissorio dipende *anche* dalla insidia, cui esso espone il debitore, costituita da ciò, che egli si induce a vincolare preventivamente un proprio bene «allettato da una formula che ne evita la perdita definitiva» e con la speranza - e più spesso l'illusione - di riuscire a procurarsi prima della scadenza le somme per pagare il debito.

Quanto, infine, alle ragioni per le quali la legge riconosce come lecita la *vendita con patto di riscatto* e nega invece validità al patto commissorio, si è ritenuto di poter individuare il criterio distintivo tra le due figure nel fatto che, per un verso, la vendita è caratterizzata da una causa di scambio, a differenza del patto commissorio che realizza una funzione di garanzia, e che, per altro verso, nella convenzione commissoria l'alienante è un debitore - un soggetto, quindi, che per definizione si trova in una posizione, anche formale, di

24. Per tale nuova impostazione del problema, v. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 242 ss. La tesi è stata accolta, fra gli altri, da M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, p. 21 ss.

25. Così, A. LUMINOSO, *Alla ricerca* cit., p. 221 ss., p. 233 ss. Per considerazioni critiche sulla tesi in discorso, v. F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 86 s. e nt. 64 (ivi ulteriori citazioni in vario senso). Alcuni autori, pur criticando la costruzione in esame, hanno tuttavia condiviso il metodo fondato su un'analisi comparativa tra patto commissorio e istituti affini: v. ad es., A.C. PELOSI, *Divieto del patto commissorio, lease back e frode alla legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 497 ss.; M. BUSSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 602 ss.; G. DE NOVA, *Il lease-back*, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 272 ss.

26. Su quanto stiamo esponendo nel testo, v. *amplius*, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 268 ss.; ID., *Alla ricerca* cit., p. 233 ss., dove, a pagg. 227-230, vengono riportate anche le opinioni critiche formulate da una parte della dottrina e la nostra replica.

soggezione rispetto all'acquirente – mentre nella vendita con riscatto è una persona che, quantunque possa essere, in concreto, bisognosa di denaro, non si trova in una situazione che implichi una soggezione formale all'alienatario.

La dottrina in esame aveva quindi concluso nel senso che l'invalidità comminata dall'art. 2744 c.c. (e dall'art. 1963 c.c.), se trova il suo fondamento generico nell'esigenza di tutelare l'obbligato contro gli abusi e le sopraffazioni del creditore, riceve però la sua vera e specifica giustificazione nella necessità di proteggere il debitore dai due rischi appena ricordati.

Poiché nell'ottica della legge, il pericolo che la convenzione commissoria comporta è quello che il creditore, approfittando delle necessità economiche del debitore e speculando su una valutazione ottimistica e superficiale da parte di costui delle sue future risorse economiche, riesca ad imporre al medesimo condizioni usurarie per la concessione del prestito o della dilazione nell'adempimento, ed in particolare lo induca a programmare la futura attribuzione di un bene il cui valore sorpassi l'ammontare del mutuo, se ne è concluso che il divieto deve trovare applicazione (diretta) in relazione a qualunque concreta fattispecie nella quale il debitore risulti esposto a tutte e due queste insidie.

Mettendo assieme e riannodando tra loro i risultati di tale analisi, se ne è tratta la conclusione che il fondamento della nullità di cui all'art. 2744 riposa sui tre elementi, appena ricordati, che caratterizzano *tutti assieme* il patto commissorio. Nel fatto cioè che il debitore, allo scopo di garantire l'obbligazione, destina programmaticamente un proprio bene all'autosoddisfacimento del creditore, riservandosi la possibilità di svincolare il bene stesso mediante il pagamento del debito e senza assicurarsi il diritto di recuperare, in caso di mancato adempimento, l'eventuale eccedenza di valore del bene²⁷.

Poiché tutti e tre gli elementi visti concorrono assieme a integrare la *ratio* del divieto di legge, quando nella concreta fattispecie ne manchi anche uno soltanto, vien meno la ragione dell'illiceità. È possibile spiegare in tal modo la validità del pegno irregolare (nel quale, dei tre connotati anzidetti, manca il rischio per il debitore di perdere un bene di valore sproporzionato rispetto al credito) e così pure del patto marciano, la liceità della *datio in solutum* (nella quale non si registra l'insidia, per il debitore, di poter confidare su un [illusorio] recupero del bene dato al creditore), l'ammissibilità della vendita con patto di riscatto (nella quale le parti non sono reciprocamente debitore e creditore e soprattutto vogliono realizzare un'operazione di scambio e non di garanzia)²⁸.

In siffatto quadro veniva trovata anche la giustificazione sistematica alla comune opinione per la quale a tale divieto deve essere ricondotta – in via di applicazione diretta – qualsiasi fattispecie negoziale nella quale si riscontri la presenza di tutte e tre le note di disvalore sopra accennate. Essendo pressoché incontrastato in dottrina e in giurispru-

27. Così, ancora, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 245 ss.; Id., *Alla ricerca*, cit., p. 234.

28. V. ancora, A. LUMINOSO, *Alla ricerca*, cit., p. 234.

denza che l'art. 2744 concreta una (c.d.) norma materiale, ai fini del giudizio di illiceità negoziale non rileva infatti il tipo di strumento impiegato dai contraenti o il contenuto degli effetti giuridico-formali da esso prodotti, ma solo il risultato pratico-economico in concreto perseguito. Ove perciò il concreto negozio comporti per le parti una situazione sostanziale corrispondente a quella descritta, e segnatamente esponga un debitore a pericoli identici o equivalenti (sotto il profilo economico-sostanziale) a quelli visti sopra, di tale negozio deve affermarsi la nullità.

Di qui la conferma della esattezza della *communis opinio*, secondo la quale nel divieto di cui all'art. 2744 ricadono anche le figure del p.c. autonomo, del p.c. obbligatorio e del p.c. immediatamente traslativo (nelle quali si rinvergono le suddette note di disvalore)²⁹, mentre ne restano fuori – oltre al pegno irregolare, al patto marciano e alla *datio in solutum* – il pegno di crediti, la cessione dei beni ai creditori, la cessione di crediti a scopo di garanzia, la clausola penale, la caparra confirmatoria, il riporto, e il *lease-back*³⁰.

Si è notato in precedenza che, stando alle vedute della tradizionale dottrina italiana, il patto commissorio è contrassegnato da una funzione di garanzia.

Tale carattere è stato tuttavia messo in discussione, all'incirca, sul finire del secolo scorso, da una parte della dottrina, che ha attribuito all'alienazione commissoria una causa non di garanzia bensì solutoria, uno scopo cioè di soddisfacimento del credito.

La discussione già sorta in passato nella dottrina tedesca, ruota – come è evidente – attorno alla distinzione tra *funzione di garanzia*, che contraddistingue gli strumenti negoziali o legali che risultano idonei a soddisfare l'aspettativa di realizzazione del credito, aggiungendo elementi ulteriori rispetto a quelli che l'ordinamento ricollega *ex lege* alla presenza di un rapporto obbligatorio, e *funzione solutoria*, che qualifica gli strumenti che assicurano senz'altro il soddisfacimento dell'interesse finale sottostante al credito³¹.

Mentre l'opinione tradizionale (e più diffusa) assegna al patto commissorio una funzione di garanzia³², secondo una tesi proposta più di recente³³ «il *proprium* del patto commissorio è rappresentato dalla predeterminazione, prima della scadenza dell'obbligazione garantita, del trasferimento della proprietà di un bene del debitore in funzione solutoria ... ad esso, in quanto negozio traslativo in funzione soddisfattiva, risulta estraneo un effetto di garanzia, cioè di vincolo, opponibile ai terzi, del bene al soddisfacimento delle

29. Così, A. LUMINOSO, *Alla ricerca*, cit., p. 240.

30. Così, A. LUMINOSO, *Alla ricerca*, cit., pp. 235-238.

31. Sulla distinzione tra strumenti (legali o negoziali) con funzione di garanzia e strumenti con funzione soddisfattiva, v. F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., *passim*, spec. p. 420 ss.; N. CIPRIANI, *Patto*, cit., p. 106 ss.; A. SASSI, *Garanzie*, cit. *passim*, spec. pp. 13 ss., 102; in precedenza, G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., spec. p. 141 ss.; già prima C.M. BIANCA, *Il divieto ecc.* cit., p. 136 ss.

32. V., per tutti, C.M. BIANCA, *Il divieto ecc.*, cit., p. 136 ss., ivi ampi svolgimenti e indicazioni bibliografiche; di recente, A. SASSI, *Garanzia*, cit., p. 193 ss.

33. Per questa tesi, v. F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 420 ss.; N. CIPRIANI, *Patto*, cit., p. 109 ss.

ragioni creditorie. Un tale effetto consegue piuttosto ad altri negozi, che rivestono strutture formali idonee a determinare un regime di indisponibilità del bene..., cioè ai negozi di garanzia sui quali il patto commissorio si innesta»³⁴.

È appena il caso di rilevare che negli stessi termini si pone il problema della determinazione della funzione propria del patto marciano.

Poiché non è questa sede per affrontare *ex professo* l'interrogativo di cui si è fatto appena cenno, ci limitiamo ad osservare che nel patto commissorio e nel patto marciano accanto alla funzione primaria satisfattiva si può riscontrare anche una funzione secondaria di garanzia, nel senso che la previsione pattizia di un congegno di autosoddisfacimento a favore del creditore non può non implicare, di per sé stessa, un rafforzamento dell'aspettativa di realizzazione del credito e quindi un risultato oggettivo di "garanzia".

La enucleazione nel patto commissorio di una funzione satisfattiva, oltre ad aprire la strada ad una migliore comprensione degli effetti della figura (v. *infra*, § 4), mette in luce un ulteriore angolo visuale dal quale la fattispecie in esame e quella del patto marciano debbono essere riguardate, quello cioè dell'*autotutela esecutiva*, di cui esse costituiscono applicazioni. Categoria, quest'ultima, che, come accenneremo di qui a breve, racchiude strumenti di significativo rilievo sia teorico che pratico, soprattutto in un sistema giudiziario come il nostro nel quale la tutela esecutiva giurisdizionale del credito presenta criticità rimarchevoli ed è soprattutto caratterizzata da una lentezza nel funzionamento di proporzioni non più compatibili con più di un principio della nostra Carta costituzionale (v. spec., artt. 2 e 24).

3. Dal patto commissorio vietato al patto marciano e alle altre fattispecie di autotutela esecutiva.

È comune in dottrina il rilievo che l'ordinamento italiano non possiede un sistema di garanzie adeguato alle esigenze del credito e all'altezza delle esigenze della contrattazione internazionale, soprattutto con riguardo alle garanzie reali mobiliari.

Meno frequente è invece la constatazione che in un ordinamento come il nostro, caratterizzato da procedure individuali e collettive di espropriazione forzata farraginose e infinitamente lunghe, ciò che si fa sentire quotidianamente, con conseguenze pratiche

34. Così F. ANELLI, *L'alienazione* cit., p. 430 ss., dove l'a. precisa che nel p.c. autonomo «si riproducono gli elementi di fattispecie del patto vietato dalla legge, cioè la previsione *ex ante* del futuro trasferimento al creditore della proprietà di un bene del debitore quale effetto del mancato adempimento del debito» e soprattutto che nel patto sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore si può effettivamente riconoscere un risultato pratico di garanzia – poiché l'opponibilità *erga omnes* dell'acquisto della proprietà da parte del creditore fondata sull'art. 1357 realizza un vincolo "reale" (cioè opponibile) del bene al soddisfacimento del credito – mentre, il p.c. obbligatorio non appresta alcuna forma di "garanzia" reale poiché la pretesa del creditore soccombe di fronte agli atti di disposizione eventualmente compiuti *medio tempore* dal debitore, e il patto è comunque nullo in quanto integra una convenzione commissoria.

gravissime, che si irradiano nel tessuto dell'intero sistema economico, è la mancanza di un adeguato sistema di strumenti legali e convenzionali di autotutela esecutiva. Mancanza che appare ancor meno giustificabile, atteso che nel nostro Paese – a differenza che in altri (v., ad esempio, in Germania il § 1147 [in base al quale il soddisfacimento del creditore sul fondo e sugli altri oggetti cui l'ipoteca si estende ha luogo in via di esecuzione forzata] e in Francia l'art. 742 c.p.c. [il quale stabilisce che qualunque convenzione che preveda che in difetto di pagamento del debito, il creditore avrà facoltà di far vendere gli immobili del suo debitore senza seguire le formalità prescritte per l'esecuzione immobiliare, è nulla e si ha per non scritta]) – non esiste un principio di inderogabilità dell'esecuzione forzata giudiziale³⁵.

Le considerazioni appena svolte mostrano che, nella attuale realtà processuale – di fronte, ai modesti risultati ottenuti, quanto alla riduzione dei tempi del processo esecutivo, mediante le numerose riforme approvate negli ultimi tempi –, un efficace antidoto rispetto alla lentezza delle procedure di espropriazione forzata potrebbe essere rappresentato dall'impiego diffuso di strumenti di autotutela esecutiva, sia nella forma dell' "autodifesa soddisfattoria consensuale" sia in quella della "esecuzione forzata in autotutela"³⁶.

Il nostro ordinamento peraltro non ignora del tutto strumenti di autodifesa soddisfattiva: già il codice civile ne prevede un certo numero e negli ultimi tempi il legislatore è intervenuto introducendone altri.

Appare perciò opportuno dare un rapido sguardo alle più importanti previsioni normative di autotutela esecutiva, cominciando da quelle contenute nel codice civile.

Tralasciando le figure la cui natura è discussa o che hanno legami più tenui con l'oggetto del presente lavoro (come, ad es., la vendita e la compera in danno [artt. 1515, 1516 e 1796 c.c.], la compensazione legale e volontaria dei crediti [artt. 1241 e segg. c.c.]), tra le fattispecie codicistiche di autotutela soddisfattoria, meritano di essere ricordate le seguenti.

– La vendita coattiva stragiudiziale (artt. 2796 e 2697 c.c.) o l'assegnazione stragiudiziale in pagamento (art. 2798 c.c.) della *cosa data in pegno*, nelle quali viene fatto salvo il diritto del debitore di ricevere l'eventuale supero tra il ricavato ovvero il valore del bene e l'entità del credito. Analoghe sono le ipotesi di vendita – secondo le medesime procedure regolate dalle disposizioni testé citate – dei beni su cui cadono alcuni *privilegi speciali* (v., ad es., gli artt. 2756 comma 3°, 2761 comma 4° c.c.)³⁷. Sulla stessa linea si colloca pure la recente disciplina (dettata dall'art. 1 comma 7 lettera a) della l. 30 giugno 2016, n. 119) sul *pegno non possessorio*.

35. V., per tutti, G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit. *passim*, spec. pp. 3, 13 ss., 15; A. SASSI, *Garanzia*, cit., p. 105; C.M. BIANCA, voce *Autotutela*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, p. 136.

36. Sulle varie sottospecie di autotutela esecutiva richiamate nel testo, v. G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., p. 29 ss.

37. Su tale figura di esecuzione forzata in autotutela, v. G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., p. 133 ss.

– L'esecuzione speciale in materia di *pegno di crediti pecuniari*, mediante ritenzione da parte del creditore pignoratizio (fino a concorrenza dell'ammontare del credito garantito) delle somme riscosse ovvero mediante vendita o assegnazione delle cose diverse dal denaro (art. 2803 c.c.), o mediante assegnazione in pagamento al creditore del credito dato in pegno (fino a concorrenza del credito garantito) o vendita dello stesso nelle forme stabilite nell'art. 2797 (art. 2804 c.c.)³⁸.

– Sulla stessa linea si colloca la disciplina introdotta dal d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, che, per quei *contratti di garanzia finanziaria* la cui struttura ricalca quella di un pegno avente ad oggetto denaro contante o strumenti finanziari, detta una normativa simile a quella codicistica appena ricordata (v. art. 1, lettera c) ed e)) (v. *infra*, § 3.2).

– Il *pegno irregolare*, che, in base all'art. 1851 c.c., consente al debitore di pretendere dal creditore la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti³⁹.

– La *cessione dei beni (mobili, immobili o crediti) ai creditori* (ex art. 1977 ss. e 2649 c.c.) che assicura al debitore il diritto di avere indietro le eventuali somme che residuino dopo la vendita dei beni e la ripartizione delle stesse tra i creditori (art. 1982 c.c.)⁴⁰.

Come si è accennato in precedenza, negli ultimi tempi il legislatore ha introdotto altre ipotesi di autotutela satisfattiva che, peraltro, a differenza di quelle codicistiche, non hanno una portata generale, essendo esse previste a favore delle banche (e solo in un caso anche a favore di altri enti finanziari, imprese di investimento o di assicurazione) in relazione, più spesso, a finanziamenti garantiti da beni immobili e/o finalizzati all'acquisto di beni immobili.

Le fattispecie di autotutela esecutiva di recente introduzione – seguendo un ordine cronologico – sono, in sintesi, le seguenti.

– Con d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170 sono stati disciplinati i “*contratti di garanzia finanziaria*” (tra autorità pubbliche, banche centrali, enti finanziari, imprese di investimento, enti finanziari, imprese di assicurazioni e altri organismi, come indicati all'art. 1), tra i quali – per quanto interessa in questa sede – il legislatore, prevede «il contratto di trasferimento della proprietà di attività finanziarie [ossia contante e strumenti finanziari] con funzione di garanzia» (art. 1 lett. d)). In relazione a tali contratti, il d.lgs. 2004/n. 170, stabilisce (all'art. 6) che ad essi «non si applica l'art. 2744 del codice civile». In tal modo, viene contemplata una deroga espressa alla norma generale che sancisce il divieto del patto commissorio, e al tempo stesso viene concesso eccezionalmente al creditore uno strumento di autosoddisfacimento delle

38. Su tale forma di esecuzione stragiudiziale in autotutela, v. G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., p. 141 ss.

39. Sul pegno irregolare, visto in chiave di autodifesa esecutiva, v. G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., p. 147 ss.

40. Sulla *cessio bonorum*, come tutela consensuale con funzione esecutiva, v. G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., p. 107 ss.

sue ragioni che non assicura al debitore il diritto di ricevere l'eventuale eccedenza rispetto all'entità del debito⁴¹.

– Con l'art. 11 *quaterdecies*, commi da 12 a 12 *quater* della legge 2 dicembre 2005, n. 24 è stata regolata una particolare figura di mutuo, chiamata dal legislatore “*prestito vitalizio ipotecario*”, con cui una banca – o un intermediario finanziario di cui all'art. 106 TUB – concede un finanziamento a medio o lungo termine, riservato a persone fisiche con età superiore a sessanta anni il cui rimborso può essere chiesto, in un'unica soluzione, al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora venga trasferita la proprietà o altro diritto reale di godimento sull'immobile (residenziale) dato in garanzia o vengano compiuti atti che ne riducano significativamente il valore o vengano costituiti diritti reali di garanzia in favore di terzi. La disposizione prevede, tra l'altro, che qualora il finanziamento non sia rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi anzidetti «il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso... In alternativa l'erede può provvedere alla vendita dell'immobile in accordo con il finanziatore... Le eventuali somme ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa»⁴².

È agevole rilevare che con tale disposizione è stato introdotto uno strumento (non convenzionale) di autosoddisfacimento del creditore, il quale si colloca lungo la stessa linea delle fattispecie di cui agli artt. 2796 e 2797, che evita un arricchimento ingiustificato del creditore.

– Con d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 – attuativo della dir. 2014/17/UE - è stato inserito nel Titolo VI del testo unico bancario un Capo I *bis* intitolato «*Credito immobiliare ai consumatori*»⁴³ che viene descritto nel nuovo art. 120 *quinquies* TUB come un finanziamento bancario ad un consumatore garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali o finalizzato all'acquisto o alla conservazione della proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

41. Sui “*contratti di garanzia finanziaria*”, v. per qualche cenno, P. GALLO, *Divieto di patto commissorio*, cit., p. 974; A. CHIANALE, *Qualche pensiero*, cit., p. 752.

42. Sul “*credito vitalizio ipotecario*”, v. per qualche cenno, A. CHIANALE, *Qualche pensiero*, cit., p. 752 ss.; C. BOTTA, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione maritana* (commento a Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 911 ss., spec. p. 913.

43. Sul “*credito immobiliare ai consumatori*”, come disciplinato dal d.lgs. 2016/n. 72, v., per qualche cenno, A. CHIANALE, *Qualche pensiero*, cit., p. 753; C. BOTTA, *Gli incerti confini*, cit., p. 913 ss. La bibliografia sulla dir. 2014/17/UE, è molto estesa; basterà in questa sede richiamare, anche per ulteriori citazioni di dottrina, P. DE GIOIA CARABELLESE - C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1422 ss.

Il successivo *art. 120-quinquiesdecies* prevede, al comma 3°, che «Fermo quanto previsto dall'art. 2744 del codice civile le parti possono convenire, con clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore, l'acquisizione da parte della banca [la norma, conformemente alla traduzione italiana della direttiva europea, in realtà parla, a nostro avviso impropriamente, di «restituzione»] o il trasferimento (a terzi) dell'immobile oggetto di garanzia o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile o l'ammontare dei proventi sia inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'entità dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza». Quanto alla stima, il comma 4° lett. d) dello stesso articolo stabilisce che essa è eseguita, in data successiva all'inadempimento, da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo o in difetto nominato dal Presidente del Tribunale (con le modalità di cui all'art. 696 comma 3° c.p.c.).

La disciplina in discorso, nel ribadire il divieto del patto commissorio, prevede quindi una ulteriore tipologia di *patto marciano*, regolandone il funzionamento e gli effetti in modo da evitare che il debitore abbia a subire un ingiusto pregiudizio dal congegno di autosoddisfacimento.

– Con legge 30 giugno 2016 n. 119 è stato inserito nel TUB un art. 48-*bis* che regola il «*finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*» all'inadempimento dell'imprenditore debitore⁴⁴. In caso di inadempimento la banca finanziatrice «ha diritto di avvalersi degli effetti del patto – che non può avere ad oggetto immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado - purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito e delle spese del trasferimento» (comma 3°). Tralasciando altri profili della estesa disciplina dettata dall'articolo citato, è opportuno notare che, in base al sesto comma, la stima è effettuata da un perito nominato dal presidente del tribunale il quale procede in conformità ai criteri di cui all'art. 568 c.p.c. e che in base al comma 13-*bis*, «il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1, ai fini del concorso tra i creditori è, equiparato all'ipoteca».

Anche le norme in discorso prevedono, come è facile rilevare, un *patto marciano* (autonomo o collegato ad una iscrizione ipotecaria), soggetto a trascrizione, che, alla luce della complessa regolamentazione dettata dall'art. 48 *bis* TUB, svolge una funzione di garanzia,

44. Sul «*finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di bene immobile*», v., per qualche cenno, A. CHIANALE, *Qualche pensiero*, ecc. cit., p. 753 ss.; C. BOTTA, *Gli incerti confini*, ecc. cit., p. 914; M. BUONGIORNO-E. NOTARANGELO, *L'art. 48 bis TUB. Prime note a margine del patto marciano nel nostro ordinamento*, in *Diritto bancario.it*, 2016; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Il Caso.it*, 2016, e in *Dir. fall.*, 2016, p. 1075 ss.

oltre alla funzione preminente che è quella solutoria, la quale è stata congegnata dal legislatore in modo tale da salvaguardare il diritto del debitore a ricevere l'eventuale *supero*.

4. Il patto commissorio nell'attuale realtà: dal rigido divieto normativo al suo temperamento in via interpretativa.

Tirando le fila dell'*excursus* compiuto, riteniamo si possa affermare che le discipline legislative sopra richiamate, emanate negli ultimi tre lustri, hanno sostanzialmente confermato le linee di fondo seguite dai compilatori del codice del 1942.

Il patto commissorio rimane ancora oggi oggetto del divieto posto dalla norma materiale di cui agli artt. 2744 e 1963 c.c. Qualsiasi dubbio su un ipotetico mutamento di rotta sul punto da parte del legislatore è fugato dalla disciplina di cui al d.lgs. 2014/n. 72 (sui mutui ai consumatori) che, nel regolare una figura di patto marciano, chiarisce espressamente – come si è notato sopra – che resta «fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c.» (art. 120-*quingiesdecies*, comma 3, TUB).

L'unica novità sostanziale sul terreno normativo è costituita – come si è visto sopra – dalla introduzione di una deroga al divieto anzidetto per i contratti di garanzia finanziaria (art. 6 d.lgs. 2004/470). Trattasi tuttavia di una deroga isolata – come tale di natura eccezionale – la quale non vulnera la valenza generale del divieto.

Tale atteggiamento del nostro legislatore, nelle sue linee di fondo, a mio avviso, per le ragioni accennate in precedenza, va condiviso. Ciò non significa tuttavia che non si possa e non si debba mitigare la rigidità del divieto mediante soluzioni interpretative che possano condurre ad un risultato maggiormente aderente alla sua *ratio*, capace di conciliare il bisogno di protezione del debitore da un lato con le ragioni del creditore e le esigenze del mercato dall'altro. Ed in effetti alcuni tentativi in tal senso sono stati fatti, specie dalla dottrina. Ed infatti.

Qualche studioso ha auspicato una interpretazione della norma di cui all'art. 2744 c.c. che consenta di escludere la ricorrenza del divieto nei casi in cui il creditore offra la prova in concreto che il bene oggetto della convenzione commissoria, al momento della stipulazione della stessa, aveva un valore pari o inferiore all'entità del credito⁴⁵.

Altra parte della dottrina, muovendo dalla distinzione tra convenzione di alienazione in garanzia e pattuizione di autosoddisfacimento del credito, ha messo in luce che nella prima fattispecie, «mancata l'esecuzione della prestazione alla scadenza, il creditore potrà considerare definitivamente sua la cosa, libera dalla soggezione all'eventuale pretesa re-

45. Il suggerimento è di A. LUMINOSO, *Alla ricerca cit.*, p. 240 ss. e nt. 73. Esso è stato di recente condiviso da S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 181 ss., spec. p. 201 ss. e 204, il quale sottolinea che l'interpretazione in discorso della norma «restaurerebbe una tradizione interrottasi quando la nullità del commissorio è stata rivestita coi panni del rimedio coronante una presunzione assoluta di approfittamento».

stitutoria del debitore, ma (...) sempre la causa di garanzia delimita il diritto del creditore sul patrimonio del debitore a ciò che è dovuto in base al rapporto obbligatorio», con la conseguenza che «il debitore avrà diritto di pretendere dal creditore il pagamento della differenza tra il valore del bene... e l'importo del credito»⁴⁶. Di qui l'ulteriore corollario che, per escludere il diritto del debitore all'eccedenza di valore, occorrerebbe un patto commissorio con il quale, nell'ambito di un'alienazione in garanzia, fosse stato dalle parti espressamente pattuito l'esonero del creditore da qualsiasi debito di restituzione dell'e-subero di valore del bene trasferito in garanzia rispetto al debito garantito; clausola che sarebbe, ovviamente, nulla, senza per questo comportare la nullità dell'intero contratto⁴⁷.

Altra strada battuta dalla dottrina è quella della convertibilità, ai sensi dell'art. 1424 c.c., del patto commissorio in un patto marciano⁴⁸.

Infine, è stato proposto di ricollegare alla violazione del divieto di cui all'art. 2744 una nullità parziale, limitata alla parte che eccede il valore del bene rispetto al credito garantito, in modo da ridurne l'efficacia neutralizzatrice, mutilando l'alienazione del bene della sola quota parte di valore che costituisce l'illegittimo lucro del creditore, anziché demolendo l'intera alienazione⁴⁹.

Qualche segnale nella direzione di un ridimensionamento del divieto in discorso si rinviene anche nella nostra giurisprudenza, che, chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità in Italia della normativa inglese – la quale ammette il trasferimento della proprietà di un bene mediante patto commissorio – ha escluso che la norma di cui all'art. 2744 c.c. «possa rientrare tra i principi fondanti l'ordine pubblico internazionale, che si sostanzia nei principi fondamentali delle nazioni civili, tra cui il divieto del patto commissorio non rientra»⁵⁰.

46. F. ANELLI, *L'alienazione* cit., p. 452 s., il quale precisa altresì che «l'alienazione in garanzia (...) non si identifica né comprende necessariamente in sé una convenzione commissoria, poiché il regolamento convenzionale si completa con un obbligo di restituzione dell'eccedenza che esclude l'assimilabilità alla fattispecie vietata».

47. Così esplicitamente, F. ANELLI, *L'alienazione* cit., p. 453 ss. Nel medesimo ordine di idee, v. anche U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, p. 51 nt. 148; C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, p. 823 ss., spec. p. 837, la quale osserva che, accogliendo tale costruzione, «verrebbe conseguentemente meno la necessità che le parti inseriscano [nel contratto di alienazione con causa di garanzia] una clausola marciana espressa in funzione riequilibrante ... [giacché] la regolamentazione marciana risulterebbe implicita già nella causa di garanzia dell'operazione».

48. Cfr. G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, in *Riv. trim.*, 1993, p. 491; G. DI ROSA, *Autonomia contrattuale e attività d'impresa*, Torino, 2010, pp. 61-63. Tale opinione viene criticata, da S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto*, cit., p. 203.

49. Così A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 503, il quale rileva che in tal modo verrebbero meglio bilanciate le ragioni del venditore e del mercato con gli interessi del debitore e le esigenze di protezione del contraente debole. Si esprime in senso critico riguardo alla tesi in discorso, S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto*, cit., p. 204.

50. V. Cass. S.U., 5 luglio 2011, n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 672.

Quali possano essere i concreti sviluppi sul piano applicativo delle aperture dottrinali (e giurisprudenziali) testé riferite non è dato oggi prevedere. Quel che è certo, è che esse forniscono una indicazione “forte” circa la inadeguatezza della tradizionale interpretazione e applicazione del divieto in esame alla luce dei valori penetrati nei moderni sistemi di diritto positivo e segnatamente della esigenza, sempre più sentita, di un giusto equilibrio, nella disciplina del rapporto obbligatorio, tra la posizione del creditore e quella del debitore.

5. Il patto marciano e il suo ruolo nel sistema delle autotutele esecutive.

Quanto al patto marciano, abbiamo ricordato in precedenza che, sebbene non espressamente regolato da alcuna norma di legge, dottrina e giurisprudenza dominanti lo hanno sempre ritenuto valido, poiché non espone il debitore al rischio di lasciare nelle mani del creditore un bene di valore superiore all’ammontare del debito⁵¹.

Come si è avuto modo di osservare dianzi, con due normative approvate di recente, e precisamente con il d.lgs. 2016/n. 12, in materia di finanziamenti bancari ai consumatori, e con la l. 2016/n. 119, in tema di finanziamento alle imprese, sono state disciplinate espressamente due tipologie di patto marciano, così eliminando ogni possibile dubbio sulla ammissibilità della figura. Specie con quest’ultimo provvedimento è stata dettata una regolamentazione dettagliata che potrebbe costituire un modello per nuovi interventi del legislatore ed anche per i privati che vogliono stipulare una convenzione marciana al di fuori delle ipotesi previste dalla legge.

Anche tali normative, quindi, si collocano nel solco del tradizionale orientamento della nostra dottrina e della nostra giurisprudenza, da sempre, favorevoli a quegli strumenti di autotutela convenzionale esecutiva che non espongono il debitore al rischio di un ingiusto arricchimento del creditore.

È appena il caso di notare – come anche si desume dalle due ricordate normative del 2016 – che la convenzione marciana può venire congegnata dalle parti nella maniera più varia. Essa potrà avere una struttura diversa da quella disegnata dall’art. 48 *bis* e dall’art. 120-*quingiesdecies* TUB, e potrà essere modellata secondo schemi corrispondenti a quelli emersi dalla prassi del patto commissorio. Potrà aversi, perciò, un patto marciano con effetto traslativo sospensivamente condizionato all’inadempimento del debitore o con effetto traslativo immediato risolutivamente condizionato all’adempimento del debitore; un patto marciano che obbliga il debitore a trasferire il bene al verificarsi dell’inadempimento; un patto marciano autonomo ovvero collegato ad un pegno o ad una ipoteca sul bene destinato ad essere trasferito in proprietà al creditore, e via dicendo.

51. Per citazioni, v. *supra* note 10 e 22; in senso favorevole alla validità del patto marciano, *adde*, di recente: C. BOTTA, *Gli incerti confini*, cit., pp. 912 ss.; P. DE GIOIA CARABELLESE-C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE*, p. 1439; S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto*, cit., *passim*; C. DE MENECH, *Il patto marciano*, cit., *passim*.

Ciò che non può far difetto, perché la convenzione sia valida, è la previsione di un congegno effettuale che assicuri al debitore il diritto di ottenere l'eccedenza nei casi in cui il valore del bene destinato all'autosoddisfacimento superi l'entità del debito, in base ad una stima da eseguire dopo l'inadempimento, secondo criteri di oggettività dei valori e di terzietà del perito.

6. La *datio in solutum* e l'esigenza di un ridimensionamento della sua validità.

L'illustrazione dell'attuale quadro normativo in tema di autotutela esecutiva non sarebbe completa se non venisse spesa qualche parola sulla *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) alla quale ho fatto cenno in precedenza (nel § 2.3) per segnalarne le affinità e le differenze rispetto al patto commissorio.

Ho già chiarito che la prestazione in luogo di adempimento ha in comune con il patto commissorio il profilo funzionale, perseguendo entrambi i negozi uno scopo solutorio, ma se ne discosta in quanto, mentre con la convenzione commissoria le parti predeterminano (di massima, prima della scadenza dell'obbligazione garantita) il trasferimento – condizionato all'inadempimento del debitore – della proprietà del bene in funzione satisfattiva, con la *datio in solutum* le parti convengono il trasferimento del bene, di regola dopo la scadenza dell'obbligazione, in modo incondizionato e definitivo⁵². Ho altresì indicato in precedenza le ragioni per le quali tale differenza spieghi il diverso trattamento normativo tra le due figure – ossia la nullità del patto commissorio e la validità del contratto reale di prestazione in luogo di adempimento –, ragioni che riposano sulla speranza che il patto commissorio alimenti nel debitore di potersi poi procurare le somme per adempiere e così recuperare il bene⁵³.

A nostro avviso, peraltro, la soluzione adottata dal legislatore del '42, nel senso di una generalizzata liceità della *datio in solutum*, meriterebbe di essere rivista⁵⁴, apparendo essa nella realtà presente scarsamente rispettosa della dialettica degli interessi in gioco.

Attualmente la *datio in solutum* lesiva della posizione del debitore può essere neutralizzata solo mediante l'esperimento dei rimedi generali in materia contrattuale, quali la rescissione e l'annullamento per violenza o dolo, e quindi, in pratica, in casi estremi⁵⁵. Alla luce dei considerevoli progressi fatti dalle moderne legislazioni nella tutela del consumatore e più in generale nella difesa del contraente debole, dovrebbe ritenersi giunto il momento di assicurare una maggiore protezione al debitore che, divenuto inadempiente – e perciò in una posizione di accentuata debolezza rispetto al creditore

52. Cfr. A. LUMINOSO, *Alla ricerca*, cit., p. 234.

53. Identica spiegazione della diversa disciplina dettata per il patto commissorio e per la prestazione in luogo di adempimento, si trova nei *Motive* del BGB: cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit. p. 157 ss.

54. Di analogo avviso è P. GALLO, *Divieto del patto*, cit., p. 974 ss.

55. Cfr. al riguardo, P. GALLO, *Divieto del patto*, cit.

– contratta con il creditore la sua liberazione dal vincolo obbligatorio e dalla responsabilità per inadempimento già sorta.

Il principio del divieto di abuso del diritto e la nullità dei negozi stipulati in violazione dello stesso, secondo recenti tendenze dottrinali e giurisprudenziali, nonché le previsioni legislative di nullità delle pattuizioni che danno luogo a contratti ingiusti - v., ad esempio l'art. 644 comma 3 c.p. (nel testo modificato dall'art. 1 della l. 7 marzo 1996, n. 108) sui contratti con prestazioni sproporzionate stipulati da una delle parti in situazione di difficoltà economica o finanziaria, o l'art. 7 d.lgs. 2002/n. 231 sulle clausole gravemente inique in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali - dovrebbero suggerire al legislatore di introdurre un limite alla validità dell'accordo di *datio in solutum* in relazione ai casi in cui la sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene trasferito al creditore si traduca in una iniquità del contenuto del contratto.

Fino a quando il legislatore non interverrà, la giurisprudenza potrebbe sindacare la validità della *datio in solutum* alla luce delle regole dianzi richiamate nonché, per i rapporti del tipo *b2c*, sulla base dei principi emergenti tanto dall'art. 33 comma 2° lettera f) cod. cons., che considera abusive le clausole che hanno per oggetto o per effetto, di «imporre al consumatore in caso di inadempimento... il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo», e, per i rapporti *b2b*, alla stregua dell'art. 9 l. 192/1998 che commina la nullità dei patti con cui (nelle ipotesi di dipendenza economica) vengano imposte condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose.

7. Il patto commissorio e il patto marciano a livello europeo.

Come si è accennato più sopra, la presenza di un efficace regime delle garanzie reali costituisce un fattore importante per lo sviluppo economico di un Paese e, in relazione alla contrattazione internazionale, favorisce gli Stati la cui legislazione meglio tutela l'interesse del creditore.

In tale prospettiva appare utile un rapido sguardo alle soluzioni adottate negli ordinamenti europei in relazione al trattamento da riservare al patto commissorio, al patto marciano e più in genere agli strumenti di autotutela esecutiva.

In via di prima approssimazione, deve osservarsi che la previsione del divieto del patto commissorio, ignota al diritto inglese, rappresenta invece una costante nella gran parte delle codificazioni dell'Europa continentale. Si vedano, ad esempio, oltre all'Italia, il codice civile francese del 1805 (artt. 2078, 2088 c.c. e art. 742 c.p.c. *ancien*), il BGB Tedesco (§§ 1149 e 1229); il codice civile austriaco (§ 461); il codice civile svizzero (art. 816); il codice civile spagnolo (art. 1859); il codice civile portoghese (artt. 694 e 678)⁵⁶.

56. Cfr. F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 1196 e nt. 101.

Tuttavia, come è stato esattamente osservato, «a dispetto dell'uniformità dei testi di diritto positivo, le regole operazionali mostrano differenze notevoli tra sistema e sistema, in merito alla portata pratica» del divieto⁵⁷.

In alcuni ordinamenti, come ad esempio la Germania, le proibizioni legali – all'opposto di quanto è avvenuto in Italia, dove dottrina e giurisprudenza hanno ampliato la portata al divieto – non hanno ricevuto piena applicazione soprattutto in quanto la giurisprudenza non ha esteso il divieto al patto commissorio autonomo ed ammette la proprietà-garanzia in materia mobiliare⁵⁸. Per converso la disposizione di cui al § 1147 BGB – in base alla quale «il soddisfacimento del creditore sul fondo e sugli oggetti a cui l'ipoteca si estende, ha luogo in via di esecuzione forzata» - comporta la nullità anche del patto marciano avente ad oggetto beni immobili⁵⁹.

Anche in Francia il divieto del patto commissorio prima della riforma del sistema delle garanzie, sebbene previsto espressamente dal codice civile (artt. 2078 e 2088, con riguardo al pegno e all'anticresi) e dal codice di procedura civile (art. 742, in relazione all'ipoteca), non ha avuto una portata applicativa così ampia come in Italia⁶⁰. Con la riforma del sistema delle garanzie adottata nel 2006 (Ordinanza n. 2006-346 del 23 marzo 2006) il legislatore francese ha smussato il divieto del patto commissorio riconoscendo, in caso di pegno (v. il nuovo art. 2348), di ipoteca (v. i nuovi artt. 2459 e 2460) e di anticresi (v. il nuovo art. 2388), l'ammissibilità di una convenzione con causa solutoria riconducibile al paradigma del patto marciano (la quale non può però avere ad oggetto l'immobile che costituisce la residenza principale del debitore)⁶¹. L'ordinanza citata – modificando l'art. 311-32 del *code de la consommation* – stabilisce inoltre che il patto commissorio concluso nei contratti di credito mobiliare al consumo si ha per non iscritto⁶².

Tra le compilazioni dottrinali di diritto europeo, l'unica che si occupa dell'argomento è il *Draft of Common Frame of Reference* che prevede l'invalidità della convenzione commissoria, ad eccezione delle ipotesi in cui essa abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o sia stato stabilito un metodo di stima, con l'obbligo per il creditore di restituire l'eccedenza (DCFR, IX, 7: 105)⁶³. In tal modo, come è palese, è stata riconosciuta la ammissibilità del (solo) patto marciano⁶⁴.

57. V., ancora F. FIORENTINI, *La riforma*, cit., p. 1197.

58. Cfr., sul punto, M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 1556 ss.

59. V., M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 154.

60. Cfr., al riguardo F. FIORENTINI, *La riforma*, cit., p. 1197 ss.

61. Cfr., al riguardo F. FIORENTINI, *La riforma*, cit., p. 1197 ss.

62. V., ancora F. FIORENTINI, *La riforma*, cit., p. 1199.

63. Cfr. AA.VV., *Draft of Common Frame of Reference* (DCFR), a cura di Alpa e Iudica, Milano, 2013.

64. Cfr., sul punto, C. BOTTA, *Gli incerti confini*, cit., p. 914.

I NEGOZI SOLUTORI NEL QUADRO COMPLESSO DELLE VICENDE ESTINTIVE DELL'OBBLIGAZIONE: PROBLEMATICHE NOTARILI*

SALVATORE MONTICELLI
Prof. ordinario Università di Foggia

SOMMARIO: 1. I negozi estintivi dell'obbligazione ed i negozi solutori: dall'insieme all'individuazione del sottoinsieme - 2. L'adempimento del terzo in funzione di liberalità non donativa - 3. Liberalità non donativa ed oggetto della collazione nonché dell'azione di restituzione all'esito della riduzione e della revocazione - 4. La non automaticità del rapporto tra l'adempimento del terzo e la liberalità non donativa - 5. La liberalità non donativa e la forma del negozio mezzo - 6. La *datio in solutum* in funzione transattiva e nella media conciliazione - 7. Conclusioni.

1. È noto che, nel nostro ordinamento, perché un fatto possa usualmente considerarsi e qualificarsi come adempimento (detto pagamento nelle obbligazioni pecuniarie), con efficacia estintiva dell'intera obbligazione, occorre che esso sia eseguito dal debitore, benché incapace, o, ricorrendone i presupposti, da un terzo, che sia eseguito in favore del creditore, che la prestazione dedotta in obbligazione (dare, fare, consegnare etc.) sia eseguita totalmente, giacché solo in tal modo troverà piena soddisfazione l'interesse del creditore, ed infine che la prestazione sia effettuata secondo le modalità indicate dagli artt. 1182 e 1183 c.c.

La mancanza nell'atto, con funzione astrattamente solutoria, anche di uno solo dei predetti fattori, come sopra sinteticamente riassunti, esclude che esso, benché eseguito, possa, in concreto, qualificarsi come adempimento e, dunque, sia idoneo a determinare la soddisfazione dell'interesse del creditore e, quindi, l'estinzione del vincolo obbligatorio.

Consequenziale a tale vicenda è l'insorgere di responsabilità per il debitore che verrà considerato inadempiente all'obbligazione e, in taluni casi, ma non sempre e necessariamente, sarà tenuto al risarcimento del danno, giacché non è affatto detto che dall'inadempimento consegua per forza per il creditore un danno.

Il quadro sopra delineato trova, però, nel sistema, alcune varianti e correttivi che traggono fondamento nell'idoneità di fatti diversi dall'adempimento a determinare, comunque, l'estinzione dell'obbligazione; estinzione che, a seconda delle fattispecie in concreto ricorrenti, sarà soddisfattoria o meno dell'interesse del creditore.

Si è efficacemente osservato in un recente contributo¹ che nel rapporto obbligatorio si può distinguere una fase cd. "statica" – che connota l'obbligazione al momento della sua

*. Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione svolta al Convegno di Studi sul tema "Il notaio e l'attività negoziale «atipica»", Taormina 7 e 8 aprile 2017.

1. C. DORE, *La delegazione di pagamento nel quadro dei negozi sull'esecuzione del rapporto obbligatorio*, Napoli, 2017, p. 5.

nascita – ed una fase cd. “dinamica”, individuabile nell’attuazione dell’obbligazione: se la prima fase si caratterizza per la perfetta coincidenza di contenuto tra credito e obbligo, la fase dinamica, invece, trova il proprio punto di riferimento nell’interesse del creditore, che può venire a realizzarsi in conseguenza di vicende diverse dall’adempimento del debitore.

In altri termini se è pur vero che l’obbligazione, indipendentemente dalla fonte che l’origina, vincola le parti e che l’attuazione dell’obbligazione trova la propria naturale estrinsecazione nell’adempimento, è altrettanto vero che l’estinzione dell’obbligazione può dipendere da una serie di fatti diversi dall’adempimento del debitore.

Nel quadro di tali fatti estintivi, gioca un ruolo certamente preminente l’autonomia privata, giacché le parti del rapporto obbligatorio hanno il potere di modificare od estinguere quel vincolo attraverso un accordo².

In tale ampio contesto, che abbraccia tutte le vicende di fonte negoziale estintive del rapporto obbligatorio con modalità diverse dall’adempimento, vanno, però, concettualmente distinti i negozi cd. solutori, in quanto atti ad estinguere, pur sempre attraverso la *solutio*, l’obbligazione, dai negozi che pur determinando anch’essi la vicenda estintiva dell’obbligazione non hanno efficacia solutoria, anzi ne prescindono.

Solo i primi, infatti, sono riconducibili al più generale concetto di *solutio*³, concetto rispetto al quale l’adempimento può essere considerato come un’ipotesi “qualificata” di *solutio*, identificabile appunto nella condotta dell’obbligato da cui deriva la naturale realizzazione della pretesa creditoria.

E così, ricorrendo alla plastica semplicità della scienza matematica, nell’ambito di un più vasto insieme delle negoziazioni determinanti vicende estintive dell’obbligazione con modi diversi dall’adempimento, si accredita un sotto-insieme, rappresentato dai negozi detti solutori nei quali la vicenda estintiva dell’obbligazione, trae fondamento ed è conseguenza della *solutio*, intesa come forma diversa dall’adempimento, ma sempre satisfativa dell’interesse del creditore.

Rientrano a pieno titolo in tale sottocategoria anzitutto le fattispecie codicistiche dell’adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), della dazione di pagamento di cui all’art. 1197 c.c. e della cessione di un credito in luogo dell’adempimento ex art. 1198 c.c., ma anche

2. Sul punto i puntuali rilievi di V. BARBA, *Commento art. 1197 c.c. – Prestazione in luogo dell’adempimento*, in *Commentario del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di Vincenzo Cuffaro, artt. 1173 – 1217, Torino, 2012, p. 546 ss.

3. Sul concetto di *solutio* vedi, però, in una diversa prospettiva, G. AGHINA, *Il destinatario del pagamento e il pagamento al creditore apparente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 77, il quale distingue tra «due termini che spesso sono usati come sinonimi: adempimento e *solutio*. Cominciando da quest’ultimo, che è quello più generico e di più ampia portata, va detto che di *solutio* si parla quando si vuole indicare la liberazione del debitore, ottenuta anche indipendentemente da un suo comportamento. E cioè, si usa il termine *solutio* quando si vuole indicare, senza istituire alcuna distinzione tra i fatti estintivi del *vinculum iuris*, un fatto estintivo qualsiasi». L’Autore precisa che utilizza il termine *solutio* «nel suo significato lato, e non nel senso più ristretto che lo avvicinerrebbe ad adempimento: “*solvere dicimus cum qui facit quod facere promisit*”».

altre figure negoziali con funzione non direttamente solutoria quali ad esempio l'indicazione di pagamento, il mandato irrevocabile in *rem propriam* all'incasso, la delegazione di pagamento, la transazione, la *cessio bonorum*.

Non può essere certamente questa la sede per svolgere una trattazione che, anche solo per sommi capi, dia conto delle figure giuridiche di cui innanzi e delle molteplici e complesse problematiche di ricostruzione dogmatica dei negozi cd. solutori, i cui stessi confini riferibili ad una categoria che li ricomprenda, appaiono talvolta labili e sfumati.

Problematiche, dunque, che, per la vastità che le connota, meriterebbero ben altro studio ed approfondimento, certamente non possibile in questa sede né, forse, funzionale a soddisfare le aspettative di questo uditorio.

Ho scelto, invece, di dare un taglio pratico a questa relazione ponendomi virtualmente dietro lo scrittoio del notaio, alla ricerca delle possibili questioni più ricorrenti, cercando rispetto ad esse se non di dare soluzioni certe quantomeno di evidenziare, all'esito di una ricostruzione sistematica, sia pure parziale, dei problemi affrontati, le prospettabili criticità.

In quest'ottica cercherò, per quanto possibile, di sottolineare anche gli oneri informativi gravanti sul notaio nelle fattispecie trattate, oneri complessi ed articolati che, come si è cercherà di evidenziare, vanno ben oltre la funzione di adeguamento, e che presuppongono una piena conoscenza e padronanza delle molteplici questioni sul campo, delle possibili ragioni di contenzioso derivanti da talune scelte ed evidenze, dei profili tributari, ponendo il notaio talvolta anche in una posizione delicata, specie sotto il profilo deontologico, nei confronti delle parti a vario titolo coinvolte nell'atto notarile.

2. Rappresenta oramai un punto fermo in dottrina e giurisprudenza la qualificazione dell'adempimento del terzo come fattispecie negoziale.

Invero, qualche dubbio era stato sollevato al riguardo considerato che, sotto il profilo giuridico, nessuna differenza sussiste tra l'atto del terzo e l'adempimento del debitore, visto che, in entrambi i casi, si realizza l'adempimento e, dunque, l'estinzione dell'obbligazione, in maniera del tutto equivalente. Tuttavia si è giustamente rilevato da un lato che appare più corretto riservare la qualifica di adempimento, inteso quale modo naturale e/o come una fattispecie "qualificata" di *solutio* dell'obbligazione, all'ipotesi circoscritta in cui la condotta solutoria sia tenuta proprio dal debitore, dall'altro che l'adempimento del terzo è un atto libero, non dovuto e, pertanto, in quanto tale, rappresenta un vero e proprio atto di autodeterminazione da parte del terzo, d'innegabile natura negoziale, potendo, semmai, rappresentare oggetto di discussione solo la natura unilaterale o bilaterale o, perfino, contrattuale della negoziazione in questione.

Trattasi dunque di negozio a scopo solutorio avente ad oggetto una prestazione determinata attraverso il riferimento al rapporto obbligatorio preesistente tra il debitore ed il creditore/*accipiens* e che trova, altresì, giustificazione causale proprio in tale

rapporto. Esso, infatti, andrà considerato “quale causa esterna a fondamento dello spostamento patrimoniale e della relativa attribuzione, con tutte le conseguenze che ne possono derivare nelle ipotesi in cui tale fondamento si riveli inesistente o venga meno successivamente”⁴.

Ovviamente la natura di negozio bilaterale e quella contrattuale andranno escluse nell’ipotesi in cui l’adempimento del terzo abbia effetto estintivo del debito indipendentemente o, anche, contro la volontà del creditore.

Ciò premesso e venendo al tema che ci occupa, con riferimento alla prassi notarile, va evidenziato che la fattispecie in questione si prospetta nell’ipotesi, piuttosto frequente, in cui si voglia realizzare l’acquisto di un immobile, per un figlio o un familiare, utilizzando in tutto o in parte, per il pagamento del corrispettivo, denaro proveniente da un altro familiare: genitore, nonno, etc.

Come si è evidenziato⁵, le forme giuridiche attraverso le quali può giungersi a tale disegno negoziale sono state raggruppate sotto l’espressione “intestazione sotto nome altrui”⁶ e ricomprendono, in sostanza, due ipotesi: quella in cui il donante in qualche modo partecipi al procedimento negoziale, e quella in cui egli invece rimanga ad esso estraneo, limitandosi a fornire al donatario la provvista⁷.

Sebbene non possa escludersi che nella ricorrenza dell’adempimento di un soggetto terzo rispetto al rapporto obbligatorio l’attività solutoria avvenga non per spirito di liberalità ma per il soddisfacimento di un interesse del terzo medesimo⁸, nel caso in cui il terzo adem-

4. C. CAMARDI, *Commento art. 1180 – Adempimento del terzo*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle Obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, artt. 1173 – 1217, Torino, 2012, p. 275, che riprende l’insegnamento di R. NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 184.

5. G. ROMANO, *La riducibilità delle liberalità non donative tra esigenze dommatiche e coerenza sistematica*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, in *Quaderni Fondazione Italiana per il Notariato*, 2008, p. 37 ss.

6. U. CARNEVALI, voce *Intestazione di beni sotto nome altrui*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1996, p. 1 ss.

7. Invero U. CARNEVALI, voce *Intestazione di beni sotto nome altrui*, cit., p. 1, individua cinque possibili procedimenti negoziali attraverso i quali può realizzarsi l’intento del donante di far conseguire al donatario in via diretta, cioè senza passare attraverso il patrimonio del donante, la proprietà o altro diritto reale su di un bene che un terzo pone in vendita. Ai procedimenti sopra indicati nel testo si aggiungono l’ipotesi in cui il genitore stipula direttamente con il terzo il contratto di acquisto, ma in nome e per conto del figlio minore, e paga poi il prezzo con danaro proprio, estinguendo così il debito del figlio minore; quella in cui il donante stipula con il terzo un preliminare di vendita per sé o per persona da nominare e poi nomina il beneficiario, che quindi conclude il definitivo. In tal caso il prezzo verrà pagato dal beneficiario con danaro fornito dal donante ovvero viene pagato al terzo direttamente dal donante. Ed infine l’ipotesi in cui l’acquisto è stipulato e pagato direttamente dal donante con la clausola a favore del terzo, che è il soggetto che si intende beneficiario. Quest’ultima variante sarà considerata ammissibile sempre che sia preliminarmente risolta in senso positivo, come prevalentemente si ritiene (cfr., per tutte, Cass. 5 giugno 1974, n. 967, in *Giur. It.*, 1975, I, 534; per la dottrina, tra gli altri, R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, II, p. 213; L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997, p. 2; G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell’intento liberale quale metodologia operativa*, Milano, 2011, p. 67), la questione della validità della stipulazione a favore altrui con effetti reali.

8. È ad esempio il caso in cui l’acquirente di un immobile paga al creditore ipotecario al fine di evitare

pia all'obbligo di pagamento del prezzo nell'interesse di un familiare si ritiene che generalmente ricorra un'ipotesi di donazione indiretta⁹, mentre allorquando il denaro sia donato come tale, si è in presenza di una donazione diretta avente ad oggetto il denaro¹⁰. D'altra parte, si è osservato, che è lo stesso legislatore a "riconoscere la possibilità di un'utilizzazione a fini liberali dell'adempimento dell'obbligo altrui quando nell'art. 741 c.c. rende soggette a collazione le spese effettuate dal *de cuius* per il pagamento di debiti dei suoi discendenti"¹¹.

Meno scontata è, invece, l'individuazione di quale sia l'oggetto di tale liberalità non donativa: il danaro o, piuttosto, l'immobile o quota parte di esso. Questione alla quale è anche legata l'ulteriore rilevante problematica in ordine all'oggetto della eventuale collazione e dell'azione di restituzione all'esito fruttuoso dell'azione di riduzione o della revocazione per ingratitudine o per sopravvenienza di figli¹². Profili questi ultimi che, peraltro, impattano sulla tema della tutela del terzo sub acquirente dell'immobile oggetto del contratto contenente la liberalità non donativa.

In ordine alla prima questione, come è noto, la giurisprudenza sembra oramai orientata a valorizzare la mera valutazione del raggiungimento del risultato economico e, pertanto, salvo che ricorra il caso di donazione del danaro al familiare, che, però, come si è detto, integra una fattispecie del tutto diversa costituendo una donazione diretta¹³, nell'ipotesi di acquisto di un immobile con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il dispo-

l'esecuzione sul bene acquistato.

9. Cfr., sul punto, Trib. Roma Sez. X, 22 febbraio 2013, *Massima redazionale UTET*, 2013, secondo cui "Si configura la donazione indiretta qualora il donante raggiunga lo scopo di arricchire un'altra persona servendosi di atti che hanno una causa diversa da quella del contratto di donazione. E così si ha donazione indiretta nel caso di pagamento di un debito altrui, di remissione del debito, ovvero di acquisto di un bene con denaro proveniente da un terzo e corrisposto per l'acquisizione della *res* da parte del beneficiario. Quando il denaro sia donato come tale, si è in presenza di una donazione diretta avente ad oggetto il denaro medesimo".

10. In argomento cfr. i rilievi di A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Artt. 769-809, Milano, 1991, p. 566 ss. che evidenzia che nel caso in cui il terzo adempia all'obbligo di pagamento del prezzo nell'interesse di un familiare la "liberalità è ... il risultato di un'operazione complessa che rientra nella vasta cerchia degli atti liberali diversi dalla donazione".

11. A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Trattato di Diritto Civile del Cons. Nazionale del Notariato*, dir. da P. Perlingieri, vol. IV, 27, Napoli, 2009, p. 812.

12. Come è noto anche le donazioni indirette sono oggetto possibile di revocazione non rientrando tra le liberalità irrevocabili *ex art.* 805 cod. civ. Per maggiori approfondimenti sul tema si rinvia alle chiare pagine di G. CAPOZZA, *Successioni e donazioni*, vol. 2, Milano, 1982, p. 861 ss.

13. Cass., 06 novembre 2008, n. 26746, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 5, p. 410, con nota di Massella Ducci Teri, secondo cui ai fini della configurabilità della donazione indiretta d'immobile, è necessario che il denaro venga corrisposto dal donante al donatario allo specifico scopo dell'acquisto del bene o mediante il versamento diretto dell'importo all'alienante o mediante la previsione della destinazione della somma donata al trasferimento immobiliare. Non ricorre, pertanto, tale fattispecie quando il danaro costituisca il bene di cui il donante ha inteso beneficiare il donatario e il successivo reimpiego sia rimasto estraneo alla previsione del donante. (Nel caso di specie la Suprema Corte ha stabilito che la mera elargizione di somme di danaro mediante assegni circolari, non potesse qualificarsi donazione indiretta ed ha invalidato il negozio concluso per il difetto di forma solenne).

nente medesimo intenda in tal modo beneficiare, ritiene si configuri la donazione indiretta dell'immobile e non del denaro impiegato per l'acquisto, sicché, in caso di collazione, secondo le previsioni dell'art. 737 c.c., il conferimento dovrà avere ad oggetto l'immobile e non il denaro¹⁴. D'altra parte, come si è condivisibilmente osservato¹⁵, se la *ratio* della collazione consiste nel salvaguardare la parità di trattamento tra i coeredi in sede di divisione nei rapporti tra coeredi diventa rilevante non già quanto è uscito dal patrimonio del donante, bensì quanto il donante ha procurato gratuitamente ad uno dei coeredi e non anche agli altri¹⁶.

In tale contesto assume evidente rilievo la complessità e la delicatezza della posizione del notaio sia in ordine all'opera d'informazione che dovrà svolgere in funzione della redazione dell'atto in maniera conforme all'intento delle parti ed alla funzione d'adeguamento, sia circa la funzione di terzietà che deve caratterizzare il suo magistero, sia, infine, in ordine all'obbligo di consulenza anche ai fini fiscali.

Va, peraltro, considerato che, con riferimento alla fattispecie in esame, l'incarico conferito al notaio potrebbe avere svariate connotazioni tutte idonee a realizzare il fine della liberalità indiretta: in concreto al notaio potrebbe essere conferito l'incarico di realizzare, attraverso lo schema di cui all'art. 1180 c.c. la liberalità indiretta, così come al notaio potrebbe essere taciuta la reale natura dell'operazione economica, oppure, ancora, essergli prospettata la necessità di non portare a conoscenza dei terzi la liberalità indiretta¹⁷.

In tale svariato e mutevole contesto il notaio dovrà tener conto non solo della volontà delle parti del contratto di vendita ma anche della volontà del terzo che provvederà, secondo lo schema negoziale dell'art. 1180 c.c., al pagamento del prezzo od a fornire la provvista per tale pagamento. Senza tacere, poi, la condivisibile considerazione secondo cui "il dovere di trasparenza del notaio cessa laddove inizia il diritto alla riservatezza delle parti"¹⁸. Profilo quest'ultimo che, com'è intuitivo, nella fattispecie che si esamina può acquistare preminente rilevanza, sebbene non possa escludersi che debba considerarsi contrario ai doveri di correttezza ed equidistanza dalle parti il comportamento del notaio che favorisca non tanto l'effettuazione della liberalità indiretta senza documentazione notarile, ma il vero e proprio occultamento della liberalità¹⁹.

Il *focus* si sposta, dunque, non solo sulla scelta del negozio mezzo, ma, in particolare, sulle conseguenze che da tale scelta derivano per il donante e, soprattutto per il donatario

14. Cass., 04 settembre 2015, n. 17604, in *CED Cassazione*, 2015.

15. U. CARNEVALI, *Intestazione di beni sotto nome altrui*, cit., p. 5.

16. Sul tema dell'individuazione, ai fini della collazione, dell'oggetto delle liberalità indirette, cfr., N. DI MAURO, *Profili della collazione delle liberalità e dell'imputazione dei debiti*, Bari, 2012, p. 144 ss.

17. Sul tema le interessanti considerazioni di M. NASTRI, *Liberalità non donative e mandato professionale del notaio, in Liberalità non donative e attività notarile*, in *Quad. per la Fondazione Italiana per il Notariato*, 1/2008, p. 212 ss., al quale si rinvia anche in ordine ai profili fiscali e del rispetto della normativa antiriciclaggio.

18. M. NASTRI, op. cit., p. 217.

19. Sul punto, A. op. ult. cit., p. 218.

che il donante intende beneficiare, in relazione alla valorizzazione o meno dell'intento liberale sottostante. Valorizzazione che tanto il beneficiario in via indiretta dalla donazione quanto, talvolta, anche il donante, potrebbero avere interesse a non far risultare.

Ed infatti, se la valorizzazione dell'intento donativo, con la partecipazione del donante all'atto o, comunque, con la dichiarazione dell'acquirente che attesti la provenienza del danaro da parte del terzo ha il vantaggio innegabile di giustificare al fisco l'investimento effettuato anche nell'ipotesi in cui l'acquirente non abbia un reddito adeguato, senza che, peraltro, ciò comporti una duplice tassazione (dell'atto di vendita e della donazione²⁰), altre ragioni, altrettanto rilevanti, potrebbero indurre soprattutto il donatario/acquirente dell'immobile a non voler affatto dare evidenza nell'atto della circostanza di fatto che il pagamento del prezzo sia stato effettuato dal terzo-genitore.

Peraltro, come si è detto, tale interesse potrebbe essere comune anche al genitore terzo che, nel caso concreto, intenda favorire uno in particolare tra i suoi figli o altro familiare senza che ciò appaia agevolmente.

Dette considerazioni potrebbero dunque indurre il beneficiario ed il beneficiante a non rendere pubblico l'intento liberale sottostante²¹.

3. Si è inoltre posto il problema se il celare l'intento liberale sottostante faccia conseguire l'ulteriore vantaggio per il beneficiario, e fors'anche per il beneficiante, di dare stabile destinazione soggettiva al bene – generalmente immobile – oggetto della liberalità indiretta. E ciò nella considerazione che esso potrebbe essere oggetto di restituzione all'esito dell'azione di riduzione intentata dai legittimari che abbiano subito pregiudizio dalla liberalità indiretta od all'esito della revocazione della donazione. Conclusione questa che, a primo acchito, potrebbe apparire coerente con il principio, di cui si è detto, secondo cui oggetto della liberalità non donativa realizzata mediante l'acquisto del bene con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, è da considerarsi l'immobile e non il danaro.

La Cassazione è di recente intervenuta sulla questione con due pronunce, praticamente identiche, edite nel 2010 e nel 2013, cui hanno fatto seguito alcune conformi decisioni di merito. In esse si legge che alla riduzione della liberalità indiretta, realizzata mediante l'acquisto del bene con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile ex art. 560 cod. civ.), poiché l'azione non mette in discussione la

20. Cass., 24 giugno 2016, n. 13133, in *Notariato*, 2017, 1, p. 82.

21. Per un'attenta ricostruzione dei casi pratici in cui, a seconda del mezzo di pagamento adottato e della volontà delle parti, la liberalità indiretta può essere evidenziata o meno, cfr., G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, cit., p. 46 e ss.

titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione; pertanto, mancando il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito, con la conseguenza che, nell'ipotesi di fallimento del beneficiario, la domanda è sottoposta al rito concorsuale dell'accertamento del passivo ex artt. 52 e 93 della legge fall.²²

La soluzione giurisprudenziale è condivisibile ed appare in linea con la posizione espressa dalla più attenta dottrina al riguardo: ed infatti, è stato evidenziato che nelle ipotesi d'intestazione sotto nome altrui, in donatario non è un avente causa dal donante, bensì dal venditore, né si può indicare nella compravendita, direttamente stipulata dal donatario con il venditore, l'atto negoziale lesivo della quota di legittima. La liberalità non rappresenta, infatti, il contenuto semmai il risultato dell'atto²³. In tale contesto, dunque, l'azione di riduzione non potrebbe colpire il titolo di acquisto del donatario né, tantomeno, potrebbe mai riguardare il cespite (immobile), indirettamente donato, che non è mai uscito dal patrimonio del donante, per la semplice ragione che di esso non ha mai fatto parte²⁴.

Di qui la coerente conclusione che il principio della legittima in natura non possa trovare applicazione nella ricorrenza di liberalità indirette cadendo, di conseguenza, la necessità di costruire un meccanismo recuperatorio della titolarità del bene ed individuando, piuttosto, il contenuto della pretesa azionabile dal legittimario non già nel bene acquistato dal beneficiario bensì nel suo equivalente in danaro, in quanto valore rappresentativo del bene stesso. Come tale è al valore del bene al momento

22. Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, 5, p. 508. Analogamente Cass., 14 giugno 2013, n. 15026, in *CED Cassazione* 2013, ove si legge che alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile; ne discende che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, perché con l'azione di riduzione delle donazioni indirette non è messa in discussione la titolarità dei beni donati e non si incide sul piano della circolazione dei beni. Viene, perciò, a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene mentre il valore dell'investimento, finanziato con la donazione indiretta, deve essere ottenuto dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito.

23. Sul punto A. AVANZINI, *La forma delle donazioni*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* dir. da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, vol. II, ed. II, Padova, 2010, p. 558; ma cfr., anche, la chiara ricostruzione di V. Verdicchio, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Napoli, 2012, p. 143.

24. Vedi, però, la recentissima sentenza del Tribunale di Salerno 6 maggio 2016 n° 2305, in materia di revocatoria ordinaria, secondo cui, nella liberalità non donativa ricorrente nell'ipotesi di acquisto di un immobile con danaro fornito da un familiare va ritenuto che il donante (debitore degli attori in revocatoria) abbia, di fatto, acquistato l'immobile per poi donarlo, in un secondo momento, ai figli mediante il rogito notarile. Secondo il giudice di merito, gli immobili sarebbero entrati nel patrimonio del padre e quindi del debitore per almeno due motivi: il primo, è che la reale volontà del donante è quella di donare gli immobili e non il denaro occorrente per il loro acquisto, sicché non si può donare se non qualcosa che rientri nella sfera giuridica di chi compie l'atto di liberalità; il secondo, è che la donazione indiretta non è un istituto giuridico a sé, ma segue le regole della donazione *tout court*, che non consente la donazione di beni altrui.

dell'apertura della successione che bisognerà fare riferimento ai fini del recupero della disposizione lesiva²⁵.

In tale contesto dal un lato si realizza “un singolare avvicinamento degli obiettivi raggiungibili attraverso forme di tutela diverse, come collazione e riduzione”²⁶, dall'altro e ciò, appare il profilo più rilevante, si assicura stabilità al bene²⁷, giacché dall'esito favorevole della riduzione delle donazioni indirette non verrà messa in discussione la titolarità del diritto sul bene oggetto del contratto mezzo né in capo al beneficiario né, tantomeno, in capo ai successivi acquirenti dallo stesso. Il che, d'altra parte, è perfettamente congruo in una logica di bilanciamento tra l'esigenza di tutela del legittimario e l'esigenza di affidamento del terzo avente causa che ha acquistato il bene senza poterne sopporre la provenienza donativa²⁸.

Ad essere coerenti con quanto fin qui esposto si deve ritenere che pure nell'ipotesi di revocazione della liberalità non donativa per ingratitudine e per sopravvenienza di figli l'inefficacia sopravvenuta²⁹ dell'atto di liberalità indiretta riguardi non già l'immobile oggetto del contratto mezzo bensì la somma di danaro che ne rappresenta il controvalore³⁰. Sul punto a quanto consta non vi sono precedenti in giurisprudenza.

25. G. AMADIO, *Gli acquisti del beneficiario di liberalità non donative*, Studio n. 17-2009/C approvato dalla Commissione degli studi civilistici del notariato il 22 aprile 2009, ma, in precedenza, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, p. 307. Per la giurisprudenza, sia pure in tema di collazione, cfr. Cass., 22 giugno 1994, n. 5989, in *Massimario Utet* 1994. In senso critico con tale soluzione le notazioni di V. VERDICCHIO, op. cit., pp. 145-146.

26. G. AMADIO, op. cit.

27. In generale sui profili di debolezza, alla luce dei principi del sistema, della tutela reale del legittimario in ordine ai beni di provenienza donativa cfr., G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. Dir. Civ.* 2008, par. 6; cui aderisce, di recente, G. IACCARINO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa, in Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, n. 1/2016, p. 153 ss.

28. Sul punto G. ROMANO, op. cit., p. 40 e Amadio, op. cit. In senso critico cfr., però, V. Verdicchio, op. cit., pp. 145-146, che evidenzia che questa tesi “perviene a liberare i terzi sub acquirenti dal beneficiario della liberalità indiretta non soltanto dall'obbligo di restituire in natura il bene acquistato (...), ma anche (...) da ogni forma di responsabilità patrimoniale verso i legittimari lesi, nell'ipotesi in cui il gratificato non adempisse (...) l'obbligazione pecuniaria sorta *ex lege* (...) in luogo dell'impossibile restituzione in natura”. Su tali premesse l'Autore giunge alla conclusione “che la tesi in esame finisce per stravolgere – sacrificandolo sull'altare di pretese esigenze «tecniche» o, se si preferisce, logico-ricostruttive – l'equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco”.

29. In tal senso U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. Di Dir. Prin.* diretto da P. Rescigno, VI, Torino, 1982, p. 523; in argomento, più di recente, G. SCOGNAMIGLIO, *La revocazione delle donazioni*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* dir. da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, vol. II, ed. II, Padova, 2010, p. 565 ss.; R. MARINI, *Revocazione delle donazioni e tutela del donante*, Napoli, 2010, p. 11 ss.

30. Riferisce U. CARNEVALI, *Intestazione di beni sotto nome altrui*, cit., p. 5, che “a soluzione diversa potrebbe pervenirsi nella revocazione per ingratitudine del donatario” giacché, in tal caso, “la restituzione del danaro lascerebbe sussistere un arricchimento in capo al beneficiario (dato dal plusvalore del bene) che pare incompatibile con la *ratio* della revocazione per ingratitudine”. La tesi, invero, non convince perché nell'ipotesi di successiva alienazione del bene immobile non terrebbe conto dell'esigenza del terzo avente causa che ha acquistato il bene senza poterne sopporre la provenienza donativa.

4. Ulteriore questione è quella relativa al rapporto tra l'adempimento del terzo e l'atto di liberalità indiretta; rapporto la cui automaticità va sottoposta a verifica.

Ed infatti, si è posto il problema se l'adempimento effettuato dal terzo per spirito di liberalità non esplicitata liberi automaticamente il debitore beneficiario o se tale effetto consegua solo da un'ulteriore negoziazione con valenza abdicativa.

Ebbene, posto il quesito in questi termini astratti e senza tener conto del rapporto in concreto esistente tra il debitore ed il terzo, dovrebbe agevolmente risponderci in senso negativo giacché la finalità di liberalità indiretta non potrà dirsi implicitamente desumibile dalla sola circostanza del pagamento del terzo, vicenda negoziale rispetto alla quale, peraltro, il debitore-beneficiario non è parte, e dalla quale insorge, anche se non automaticamente, in capo al terzo un diritto di credito alla ripetizione dell'importo nei confronti del debitore originario o, comunque, e in tal caso automaticamente, il diritto a promuovere nei suoi confronti l'azione di ingiustificato arricchimento³¹.

È evidente che il problema acquista particolare rilievo nei rapporti intrafamiliari e non si pone laddove dall'atto risulti – perché ciò sia riconosciuto con dichiarazione apposita – che il pagamento del prezzo sia stato effettuato dal genitore esplicitando così espressamente la finalità donativa di tale *solutio*. Ma, invece, sussiste ove tale evidenza manchi.

In questa ipotesi, esclusa *a priori* la natura senz'altro donativa dell'adempimento del terzo, a stretto rigore, essa potrà ritenersi acclarata solo all'esito di un successivo negozio di rinuncia all'azione di ripetizione nei confronti dell'originario debitore o, quantomeno in assenza di surrogazione, di rinuncia all'azione di ingiustificato arricchimento nei confronti del debitore originario. Ed, invero, tale linea interpretativa sembrerebbe trovare conferma anche nel recente orientamento della giurisprudenza tributaria della Cassazione (sentenza n. 13133/2016) laddove enuncia che “La liberalità indiretta può considerarsi «collegata» a un atto di trasferimento immobiliare per il quale sia prevista l'applicazione dell'imposta di registro in misura proporzionale o dell'imposta sul valore aggiunto e pertanto beneficiare del regime di esenzione dall'imposta di donazione previsto dall'art. 1, comma 4-bis, D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, Testo Unico Imposta sulle Successioni

31. Cass. SS.UU., 29 aprile 2009, n. 9946, in *CED Cassazione* 2009, ove si legge: “L'adempimento spontaneo di un'obbligazione da parte del terzo, ai sensi dell'art. 1180 c.c., determina l'estinzione dell'obbligazione, anche contro la volontà del creditore, ma non attribuisce automaticamente al terzo un titolo per agire direttamente nei confronti del debitore, non essendo in tal caso configurabili né la surrogazione per volontà del creditore, prevista dall'art. 1201 c.c., né quella per volontà del debitore, prevista dall'art. 1202 c.c., né quella legale di cui all'art. 1203 n. 3 c.c., la quale presuppone che il terzo che adempie sia tenuto con altri o per altri al pagamento del debito; la consapevolezza da parte del terzo di adempiere un debito altrui esclude inoltre la surrogazione legale di cui agli art. 1203 n. 5 e 2036, comma 3, c.c., la quale, postulando che il pagamento sia riconducibile all'indebito soggettivo *ex latere solventis*, ma non sussistano le condizioni per la ripetizione, presuppone nel terzo la coscienza e la volontà di adempiere un debito proprio; pertanto, il terzo che abbia pagato sapendo di non essere debitore può agire unicamente per ottenere l'indennizzo per l'ingiustificato arricchimento, stante l'indubbio vantaggio economico ricevuto dal debitore”.

e Donazioni, qualora la liberalità sia enunciata nell'atto stesso, dovendosi considerare l'atto di acquisto, in assenza di enunciazione, come posto in essere con provvista propria dell'acquirente e come tale non «collegata» a preordinati atti di liberalità”.

Tuttavia è stato sostenuto che se esiste l'*animus donandi* manca il diritto alla ripetizione in colui che dona, poco importa se in via diretta od indiretta³² ed, inoltre, che “potrà ben aversi liberalità non donativa anche in assenza di atti negoziali (quali la rinuncia abdicativa del credito o la remissione del debito), tutte le volte nelle quali gli elementi costitutivi della liberalità, intesa quale semplice effetto, siano riscontrabili in un comportamento riconducibile a colui che la effettua, fosse anche di carattere omissivo”³³.

In definitiva il problema si sposta sul piano eminentemente probatorio della sussistenza o meno dell'*animus donandi* e del collegamento tra elargizione del denaro ed acquisto, e cioè la finalizzazione della dazione del denaro all'acquisto. A tal riguardo la giurisprudenza evidenzia che la donazione indiretta si differenzia dalla simulazione giacché l'attribuzione gratuita viene attuata, quale effetto indiretto, con il negozio oneroso che corrisponde alla reale intenzione delle parti e, pertanto, alla donazione indiretta non sono applicabili i limiti alla prova testimoniale - in materia di contratti e simulazione - che valgono, invece, per il negozio tipico utilizzato allo scopo³⁴. Alla luce di tale interpretazione, pienamente condivisibile, la prova dell'*animus donandi* potrà, pertanto, essere data con qualsiasi mezzo.

5. Problema di più agevole inquadramento e soluzione appare, invece, quello relativo alla forma dell'atto di vendita contenente, in virtù del negozio di adempimento del terzo, la liberalità indiretta. Ovviamente la questione si pone particolarmente per il caso in cui nell'atto sia espressamente enunciata la *solutio* del terzo (genitore o familiare) a titolo di liberalità.

Si è osservato, in via generale, a proposito delle donazioni indirette, che esse vengono contemplate dal codice esclusivamente in relazione ad alcuni effetti sostanziali (revocazione per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli, riduzione), art. 809 c.c., mentre alcuna prescrizione è prevista in materia di forma. Ciò invero appare coerente con l'assenza nel codice di un uso esplicito della terminologia “donazioni indirette” giacché in esse la liberalità non rappresenta il contenuto ma il risultato dell'atto. La giurisprudenza della Cassazione sul punto sembra dare per acquisito tale dato e coerentemente individua

32. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, vol. 2, Milano, 1982, p. 886.

33. 63) V. F. TASSINARI, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative e attività notarile*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, in *Quaderni per la Fondazione Italiana per il Notariato*, 1/2008, p. 31. In giurisprudenza, v. Cass. 27 luglio 2000 n. 9872, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce Proprietà, n. 34-35, 1830, che ravvisa l'esistenza dell'*animus donandi* nella ricorrenza di circostanze di fatto desumibili dal caso concreto.

34. Cass., 02 febbraio 2016, n. 1986, in *CED Cassazione*, 2016; Cass., 27 febbraio 2004, n. 4015, in *Notariato*, 2004, p. 348; Cass., 15 gennaio 2003, n. 502, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 1223.

la forma prescritta per lo stesso: ed infatti, sancisce, in una massima risalente ma molto puntuale, che “la donazione indiretta consiste in una liberalità non voluta esclusivamente come tale, ma che riguardo al suo effetto pratico di locupletazione del donatario, si verifica mediante l’attuazione di un negozio il quale, pur divergendo tipicamente dalla donazione diretta, tuttavia per le sue ulteriori conseguenze produce lo stesso risultato; il contratto posto in essere rimane regolato dalla forma che gli è propria”³⁵. La statuizione non trova smentite nei più recenti arresti della S.C. ove si ribadisce che per la validità della donazione indiretta, non è necessaria la forma della donazione (atto pubblico a pena di nullità), bensì quella prescritta per lo schema negoziale effettivamente adottato dalle parti. Infatti, l’art. 809 c.c., nel sancire l’applicabilità delle norme sulle donazioni agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall’art. 769 c.c., non richiama l’art. 782 c.c., che prescrive la forma dell’atto pubblico per la donazione³⁶.

In definitiva, quindi, ritornando alla specifica questione della liberalità indiretta realizzata attraverso una compravendita il cui prezzo sia stato versato al venditore dal terzo familiare con intento liberale, sia pure dichiarato nell’atto, può ritenersi che per la validità di quest’ultimo sia sufficiente l’adozione della forma scritta.

6. La dinamica effettuale dell’intervento del terzo nell’adempimento di un’obbligazione altrui con finalità di donazione indiretta può, nella pratica, essere anche raggiunta con l’ausilio di un altro strumento negoziale con funzione eminentemente solutoria, mi riferisco alla negoziazione comunemente detta “*datio in solutum ad opera del terzo*”. Fattispecie, però, più correttamente qualificabile come prestazione in luogo dell’adempimento ad opera del terzo considerato che il nostro legislatore opportunamente non utilizza più il termine *datio* intendendo ricomprendere in tale figura negoziale non solo l’ipotesi in cui il creditore accetti in *adempimento* un bene diverso da quello in obbligazione ma, anche, il caso in cui a tale titolo sia offerta una prestazione di *facere*³⁷.

Detto risultato può conseguirsi con vari schemi negoziali e, perciò, occorre differenziare il caso in cui il terzo agisce senza fare alcun riferimento ai suoi rapporti con il debitore originario, configurandosi, in tale ipotesi una prestazione in luogo dell’adempimento ad opera del terzo, dalla diversa ipotesi in cui il *solvens* manifesti al creditore il suo agire per incarico del debitore originario, ricorrendo in tale ipotesi una delegazione di prestazione in luogo dell’adempimento.

35. Cass., 28 gennaio 1943, n. 117, in *La settimana della Cassazione*, 1943, p. 393.

36. *Contra*, ma in posizione isolata, Trib. Genova Sez. I, 02 agosto 2006, in *Massima redazionale UTET*, 2006, ove si legge: “Non sussistono gli estremi per riconoscere l’esistenza di una donazione indiretta o di una donazione remuneratoria quando difettano sia gli elementi formali della donazione sia la prova dell’*animus donandi*”.

37. Per tutti, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1948, p. 146 ss.

È evidente che nell'utilizzazione a fini solutori della figura di cui all'art. 1197 c.c., la struttura della fattispecie solutoria, sia essa conseguita attraverso lo schema delegatorio che, piuttosto, attraverso quello dell'adempimento del terzo, non potrà prescindere dall'assenso del terzo creditore, ciò in considerazione del diritto di quest'ultimo di rifiutare una prestazione diversa da quella originariamente in obbligazione.

Analoghe considerazioni valgono per l'ipotesi di cessione del credito in luogo dell'adempimento che, com'è per lo più ritenuto, rappresenta una particolare ipotesi di prestazione in luogo dell'adempimento caratterizzata dall'oggetto di essa: la cessione del credito, normalmente *pro solvendo*.

Nella prassi notarile gli istituti in questione possono facilmente trovare applicazione laddove il notaio sia officiato di stipulare un atto di transazione, specie una transazione mista. Inoltre, lo strumento negoziale in oggetto può trovare utilizzazione in sede di media conciliazione di una controversia civile, con rilevanza per il notaio laddove questi ricopra l'ufficio del mediatore o sia chiamato ad autenticare il verbale di mediazione.

La risistemazione, all'esito dell'accordo compositivo della controversia, degli interessi delle parti in lite, attuale o potenziale, può, infatti, ben attuarsi anche attraverso l'utilizzazione degli strumenti negoziali in questione.

Due sono le criticità da segnalare non tanto relative alla stesura dell'atto notarile quanto, piuttosto, agli obblighi informativi gravanti sul notaio, laddove le parti intendano utilizzare tali istituti. Mi riferisco al profilo della garanzia per evizione e per i vizi della cosa, richiamata nel secondo comma dell'art. 1197 c.c., nell'ipotesi in cui la prestazione diversa, con valenza solutoria, consista nel trasferimento della proprietà od altro diritto, e, soprattutto, al rischio della revocatoria della prestazione effettuata in luogo dell'adempimento.

Ed infatti, rappresenta tale prestazione un «surrogato dell'adempimento» ed un mezzo cd. anormale di pagamento/adempimento³⁸, il che diviene rilevante in ipotesi di successivo fallimento del soggetto che offra in adempimento la prestazione diversa.

Ovviamente questo problema si amplifica enormemente laddove la *solutio* con prestazione diversa provenga dal terzo.

La questione fino a qualche tempo fa aveva grande rilievo nella ricorrenza del pagamento di obbligazioni pecuniarie con assegno circolare, giacché era dibattuto se il pagamento effettuato con tale modalità integrasse o meno una forma di *datio in solutum*. Qualifica dalla quale conseguiva l'ulteriore problema della rifiutabilità o meno da parte del creditore di tale forma di adempimento.

Com'è noto la problematica ha perso di attualità all'esito dell'arresto delle Sezioni Unite che, con sentenza del 18 dicembre 2007, n. 26617, hanno sancito che il pagamento con assegno circolare, per le obbligazioni per le quali non sia imposta per legge una diversa mo-

38. L'opinione è pacifica; sul punto da ultimo, per la giurisprudenza, Trib. Roma, 22 settembre 2015, in *Massima redazionale*, Utet, 2015.

dalità di pagamento, rappresenta, come la moneta avente corso legale nello Stato, un mezzo normale di pagamento, avendo, però, cura di precisare che l'estinzione dell'obbligazione con l'effetto liberatorio per il debitore si verifica non al momento della consegna dell'assegno, bensì quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno³⁹.

Superata, dunque, la questione di cui innanzi e ritornando al tema generale della prestazione in luogo dell'adempimento, come si accennava, essa acquista rilevanza nella prassi notarile, soprattutto se il notaio sia chiamato a redigere un negozio transattivo, più specificamente, una transazione mista, una divisione transattiva o una transazione divisoria relativa a patrimoni essenzialmente immobiliari. In tali casi può ben accadere che i conguagli in danaro relativi alla ripartizione tra i condividenti dei beni siano adempiuti attraverso la *datio in solutum*. Altra ipotesi facilmente ricorrente è quella in cui il notaio sia chiamato a redigere, sempre in funzione transattiva, un accordo volto a dirimere una lite in materia di assegno di mantenimento o divorzile, ove sia impiegato, con funzione solutoria di detta obbligazione, da parte del soggetto obbligato o da un terzo, lo strumento della dazione in pagamento, magari attraverso il trasferimento della proprietà o dell'usufrutto di un immobile.

Parimenti la recente legislazione in materia di media-conciliazione, reintrodotta con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in L. 9 agosto 2013, n. 98, coinvolge, a vario titolo, il notaio nella composizione amichevole delle controversie. Va infatti considerato che in detto contesto l'intervento del notaio può esplicarsi in tre modalità: a) in qualità di pubblico ufficiale chiamato ad autenticare il verbale di conciliazione da trasciversi; b) in qualità di mediatore; c) nella duplice veste di mediatore prima e di notaio, poi, chiamato ad autenticare il verbale di conciliazione⁴⁰, qualora con l'accordo le parti concludano uno dei contratti o compiano uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., soggetti quindi a trascrizione.

Con riferimento alle ipotesi indicate, in relazione al ruolo ricoperto dal notaio, si rileva che: nell'ipotesi a), l'intervento del notaio ricorre a valle di un accordo di mediazione,

39. Si legge nella massima, in *CED Cassazione*, 2007: "Nelle obbligazioni pecuniarie, il cui importo sia inferiore a 12.500 euro o per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento, il debitore ha facoltà di pagare, a sua scelta, in moneta avente corso legale nello Stato o mediante consegna di assegno circolare; nel primo caso il creditore non può rifiutare il pagamento, come, invece, può nel secondo solo per giustificato motivo, da valutare secondo le regole della correttezza e della buona fede oggettiva; l'estinzione dell'obbligazione con l'effetto liberatorio per il debitore si verifica nel primo caso con la consegna della moneta e nel secondo quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno".

40. La possibilità per il notaio di assumere la duplice veste di Notaio e di mediatore ha destato iniziali perplessità in considerazione del disposto dell'art 14 del decreto, ove è statuito il divieto per il mediatore di assumere diritti o obblighi connessi direttamente o indirettamente con gli affari trattati. Dette perplessità sono state risolte poi in senso positivo dalla dottrina prevalente e dallo stesso Consiglio Nazionale del Notariato.

cui il notaio rimane estraneo. Detto accordo è frutto dell'intesa raggiunta dalle parti, assistite dai propri avvocati, sotto la direzione del mediatore. Ma, sebbene l'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010, in materia di mediazione e conciliazione, sancisca che il verbale di accordo non può avere contenuto «contrario all'ordine pubblico o a norme imperative», è notorio che il mediatore difficilmente ha le competenze per individuare talune forme d'illiceità ed è ben possibile che le stesse sfuggano anche alle parti ed ai loro legali.

Tra tutte mi vengono immediatamente in mente quelle relative all'abusività di un immobile o, soprattutto, di parte di esso, che a vario titolo, non esclusa la *datio in solutum*, sia ricompreso nell'accordo di mediazione.

Ebbene, se le parti nel transigere, in sede di media-conciliazione, la controversia insorta effettuino un atto di disposizione di un diritto reale relativamente ad un cespite abusivo il notaio chiamato ad autenticare il verbale di conciliazione da trascriversi, dovrà effettuare in quella sede i controlli e le verifiche che la legge notarile gli impone.

A complicare il compito del notaio, in tale contesto, vi è la circostanza, affatto trascurabile, che l'accordo di conciliazione, nell'ipotesi considerata, arriverà al notaio già concluso, il che, laddove, all'esito del controllo di legalità, detto accordo di conciliazione non passi il vaglio, imporrà al notaio di denegare l'autentica e, in sostanza, a rimettere alle parti la conclusione di un nuovo accordo, auspicabilmente valido.

In ogni caso in sede di autentica del verbale di conciliazione da trascriversi il notaio non potrà esimersi dall'obbligo di rendere edotte le parti sia della garanzia per evizione e per i vizi del cespite oggetto della prestazione in luogo dell'adempimento, sia del rischio della revocatoria della prestazione effettuata in luogo dell'adempimento, sia, infine, della circostanza che dalla accettazione della *datio in solutum* consegue per il creditore la conseguenza, allo stesso potenzialmente sfavorevole, della perdita delle garanzie prestate da terzi sull'originaria obbligazione.

7. In conclusione di queste brevi riflessioni dedicate allo svolgimento dell'*ars notara* con riferimento ai negozi cd. solutori, trova ancora una volta inequivoca conferma l'alta professionalità che sempre più è richiesta al notaio che, perciò, è tenuto a non limitarsi a recepire acriticamente le dichiarazioni delle parti, ma ad assolvere uno specifico obbligo di verifica, controllo ed informazione, nell'ambito del quale rientra anche quello di fornire dettagliate ed aggiornate indicazioni circa le soluzioni più convenienti per le parti, a vario titolo, coinvolte nel rogito, il regime fiscale preferibile in relazione alla tipologia di atto prescelto, i rischi cui le stesse possono andare incontro in ragione delle scelte che riterranno di adottare. Tutto ciò pur sempre nel rispetto pieno dell'autonomia dei contraenti nella scelta finale, purché essa non contrasti con i canoni dell'ordinamento e della deontologia professionale.

In definitiva un compito difficile, ove il notaio, anche in ragione dei recenti interventi legislativi innanzi citati, non assurge solo a indispensabile mediatore tra gli interessi in

gioco, talvolta non solo di tipo patrimoniale, e le regole del sistema, ma deve calarsi, con sensibilità e prudenza, nei panni difficili del consigliere, senza nel contempo abdicare o svilire la funzione di terzietà che connota il proprio ufficio.

IL RENT TO BUY DI AZIENDA: SPECIFICITÀ DELL'OGGETTO E FUNZIONI (POSSIBILI) DEL CONTRATTO

ANNA CARLA NAZZARO
Prof. ordinario Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Definizione legale della fattispecie. – 2. *Segue: Il rent to buy di azienda.* – 3. La specificità del bene azienda e i suoi riflessi sulla disciplina. – 4. Funzioni del contratto: due esempi. – 5. L'utilizzabilità del *rent to buy* di azienda nel passaggio generazionale d'impresa. – 6. Accantonamento di una quota di canone e assimilabilità agli investimenti operati mediante piani di accumulo. – 7. Modelli contrattuali e condizionamenti esterni: il sistema fiscale

1. La definizione della fattispecie legale è a tutti nota: l'art. 23 del d.l 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto "Sblocca Italia"), convertito con la legge 11 novembre 2014, n. 164 statuisce che «i contratti, diversi dalla locazione finanziaria, che prevedono l'immediata concessione del godimento di un'immobile, con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto, sono trascritti ai sensi dell'articolo 2645 bis c.c. La trascrizione produce anche i medesimi effetti di quella di cui all'art. 2643, comma 1, n. 8) del codice civile»

Volendo ricavare da questa disciplina una definizione di fattispecie è allora possibile affermare che il *rent to buy* è quel contratto (*rectius* operazione economica¹) che permette di ottenere l'immediato godimento di un bene a fronte di un differimento del passaggio di titolarità. L'operazione è più frequentemente utilizzata per l'acquisto della prima casa, ma nulla vieta che lo schema possa essere impiegato anche in contratti che abbiano ad oggetto beni differenti². Tuttavia, poiché la convenienza dell'operazione deriva soprattutto dal trattamento fiscale riservatole³, il mutamento dell'oggetto non sempre è indifferente ai fini della sua costruzione giuridica.

1. In questo senso, a maggior ragione per le ipotesi in parola, possono essere richiamate le riflessioni di D. POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, cit., p. 1049 ss., ove si specifica che la «caratteristica più evidente e nuova dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione è dunque quella di presentare un alto tasso di procedimentalizzazione unito per di più ad una particolare flessibilità, che genera la previsione di una sorta di doppio programma contrattuale o, se si vuole, di programma multilivello: quello primo o principale, che mira a consentire l'acquisto agevolato dal progressivo accantonamento del prezzo; quello per così dire secondario, che consegue alla possibilità di ripensamento rimessa al conduttore, in cui la proprietà non si trasferirà nella sua sfera giuridica ma rimarrà in capo al concedente, che dovrà rimetterla sul mercato, con conseguente mutamento postumo della *causa alienandi*».

2. Il riferimento è anzitutto alle operazioni di *rent to buy* aventi ad oggetto complessi aziendali, ma anche ai casi di singoli beni strumentali.

3. Le problematiche fiscali non sono oggetto specifico di questo scritto, tuttavia poiché non sembra potersi prescindere da esse, l'argomento sarà affrontato, sia pure non approfonditamente infra § 5.

Trattandosi di un accordo sviluppatosi innanzitutto nella prassi dei traffici commerciali⁴ e forse non ancora disciplinato (di certo non compiutamente) dal legislatore è opportuno muoversi lungo due direttrici parallele che soltanto alla fine potranno, anche se a fatica, essere ricondotte ad unità.

Innanzitutto, è necessario muovere dall'esistente e cioè dalle poche norme che disciplinano la figura, dalla scarsa ma variegata prassi contrattuale e dalle possibili costruzioni giuridiche e, *in primis*, è d'obbligo il richiamo all'art. 23 riportato in apertura: che si tratti di una regolamentazione specifica per il contratto di *rent to buy*, come da molti commentatori, anche se non da tutti, affermato⁵, è quantomeno dubbio, se non altro per la delimitazione dell'oggetto e del mercato di riferimento (quello immobiliare appunto) che testimonia la volontà (per vero esplicitamente indicata anche nella denominazione del decreto) di trovare soluzioni che rispondano alla attuale situazione di crisi economica della quale quel mercato prevalentemente risente⁶.

La stessa disciplina poi conferma l'impressione da ultimo riportata, con il riferimento espresso agli immobili e la previsione di regole specifiche per l'«abitazione», con il richiamo alla trascrizione⁷ e con qualche ammiccamento alla disciplina della locazione ad uso abitativo⁸; non sembra invece idonea a regolamentare, neanche analogicamente, fattispecie economicamente più complesse e più bisognose di flessibilità come quelle aventi ad oggetto aziende o comunque attività economiche.

Quanto poi alla prassi, è necessario nuovamente muovere dal mercato immobiliare perché è da quello che la figura contrattuale (come anche la crisi economica attuale) è

4. Cfr., G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, 11, p. 1030, che lo annovera nei contratti scaturenti dal diritto civile della crisi economica.

5. A. BULGARELLI, *Luci ed ombre del "rent to buy" italiano*, in *www.altalex.com* (17/11/2014).

6. La dottrina e gli operatori giuridici hanno approfondito soprattutto le operazioni aventi ad oggetto immobili. Si consideri, ad esempio, che il Consiglio Nazionale del Notariato, che da subito si è mostrato particolarmente interessato all'argomento, ha di recente proposto uno schema-tipo di contratto, nel quale tuttavia è esplicito ed esclusivo il riferimento agli immobili. Lo schema è consultabile sul sito *www.notariato.it*. Per una efficace panoramica delle diverse forme contrattuali ideate nella prassi per tentare di superare i problemi economici v. A. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 1862 ss.

7. È infatti previsto che il contratto debba rivestire la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata e debba essere trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis, con la specifica menzione in caso di inadempimento dell'art. 2932.

8. Il riferimento alla locazione non è, tuttavia, dirimente, da un lato perché la norma richiama specificamente gli articoli da 1002 a 1007 e 1012 e 1013 in tema di usufrutto, dall'altro lato perché l'intenzione sembra proprio quella di escludere l'applicazione della disciplina vincolistica dettata per la locazione. Comunque, la poca giurisprudenza e parte della dottrina escludono che la cessione in godimento possa essere qualificata come locazione, escludendo altresì l'applicazione della relativa disciplina. Cfr. Trib. Verona, Sez. Fallimentare, autorizzazione, 12 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*, commentata da G. ASCHIERI, G. FIORI, *Rent to buy e fallimento. Note a margine di un provvedimento del tribunale di Verona*. In dottrina v., A. BUSANI, E. LUCCHINI *Gnastalla, Il «rent to buy» non è affitto*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 settembre 2014.

nata⁹. E, muovendo da quel mercato, è opportuno specificare più nel dettaglio lo schema economico dell'operazione: un soggetto che ha interesse ad acquistare un immobile, ma nel contempo non ha la liquidità da impegnare nell'operazione, conclude un accordo che gli garantisce il godimento immediato del bene a fronte del pagamento di un corrispettivo con l'impegno, o la facoltà, di acquistare il bene ad una data prestabilita e ad un prezzo prefissato. Il corrispettivo pagato per il godimento (che mediamente è più alto rispetto a quello del mercato delle locazioni immobiliari) in parte è destinato a remunerare la concessione in godimento, in parte rappresenta una anticipazione del prezzo futuro di acquisto (che corrispondentemente risulta più basso dei prezzi mediamente presenti sul mercato delle compravendite). Del resto, anche il legislatore ha adottato questa soluzione quando nel primo comma dell'articolo su menzionato fa riferimento all'imputazione a corrispettivo di una parte di canone.

Per intendersi, la scelta legislativa è tra le più opportune soprattutto in considerazione del fatto che il problema più complicato, individuato dagli studiosi prima dell'entrata in vigore della disciplina, era proprio la definizione dello schema giuridico che permettesse di imputare a corrispettivo della vendita una somma pagata per il godimento e cioè a titolo di locazione¹⁰, essa tuttavia tradisce l'idea di fondo che è quella di considerare il contratto come composto da un contratto che trasferisca il potere di utilizzazione del bene e da una compravendita, dando prevalenza alle esigenze di godimento, siano esse abitative o produttive¹¹.

Non sembra invece che questo schema esaurisca tutti gli interessi potenzialmente sottesi alla vicenda¹². Per anticipare conclusioni che spero risulteranno adeguatamente

9. Lega specificamente la nascita dell'operazione di rent to buy alla crisi immobiliare causata dal problema dei mutui sub-prime S. MARINO, *Rent to buy: nuovo strumento contrattuale per favorire la ripresa delle transazioni immobiliari*, in *Vita notarile*, 2014, p. 1143 ss., spec. p. 1144.

10. Per queste considerazioni v., F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *Contratti*, 2014, 8/9, p. 822 ss. L'A. per vero analizza le fattispecie alternative come la locazione con patto di opzione o con preliminare di vendita. Tra l'altro la prassi già conosceva, anche se non con la frequenza e il clamore mediatico del rent to buy, operazioni di locazione mista a compravendita, cfr., ad esempio, Cass. 31 marzo 1987, n. 3100.

11. In questo senso tanto la fase del godimento quanto quella del trasferimento della proprietà sono osservate attraverso la lente della necessità abitativa. Si v., ad esempio, l'interpretazione fornita da A. CIRLA, *Il rent to buy: una grande occasione che però ancora non riesce a decollare*, in *Immobili e proprietà*, 2013, 12, p. 721 ss., il quale, nel qualificare la fattispecie, afferma che «Non si tratta di una nuova figura di contratto misto tra locazione e compravendita, bensì di un contratto che ricomprende due modelli contrattuali tipici che mantengono le rispettive caratteristiche e che trovano nella causa, appunto il trasferimento della proprietà del bene al conduttore, il loro unico collegamento».

12. Non sembra cioè accoglibile l'affermazione secondo cui «comunque si congegni la fattispecie e, perciò, qualunque sia l'interesse dell'acquirente apparentemente palesatosi attraverso la specifica strutturazione negoziale utilizzata, di fronte ad un accordo che preveda un'operazione unitaria con la quale un immobile viene concesso in locazione con contestuale previsione di un impegno alla successiva cessione dell'immobile medesimo dal locatore al conduttore, ad un prezzo già fissato, dovendosi scomputare (in tutto o in parte), da

supportate al termine del discorso, sembra proponibile che l'operazione in parola possa ben prestarsi a reggere operazioni con funzioni differenti ed ulteriori anche di natura organizzativa e finanziaria¹³.

Del resto, ove lo scopo fosse semplicemente quello di permettere il godimento immediato a fronte di un pagamento e di un trasferimento di titolarità futuri, non sarebbe stato necessario proporre un nuovo schema contrattuale potendosi utilizzare altre formule che spesso sono anche state richiamate per qualificare il contratto in oggetto. Così la locazione con patto di futura vendita, o la concessione in usufrutto seguita da una vendita, o, ancora, il preliminare ad effetti anticipati o, la vendita a rate con riserva di proprietà, o infine, in uno schema più complesso, locazione e vendita entrambe gravate da una condizione in un caso risolutiva e nell'altro sospensiva¹⁴.

tale corrispettivo, quanto già versato a titolo di canone locativo, l'effettiva causa contrattuale (da ben distinguersi dai motivi che possono indurre le parti ad utilizzare un certo schema negoziale piuttosto che un altro) è una ed una sola, trovando essa fondamento nella necessità di rendere possibile al compratore un dilazionamento del corrispettivo dovuto e quindi approntando - di fatto - a favore di questi i medesimi vantaggi economici di cui egli godrebbe in caso di accesso ai normali canali creditizi. Il *rent to buy*, insomma, si atteggia sempre come una risposta concretamente attuabile in presenza dell'insorgenza di una difficoltà economica del compratore a versare interamente il corrispettivo dovuto al momento della vendita, contemperando l'interesse di questi alla conclusione comunque dell'acquisto, con l'interesse del venditore alla conclusione dell'alienazione immobiliare pur in assenza di un pagamento del prezzo dovuto in un'unica soluzione»: A. TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, in *Immobili e proprietà*, 2014, 6, p. 384 ss. Sembra invece che le ragioni che giustificano tali operazioni possano essere le più varie; si consideri ad esempio il caso di un acquirente di un immobile sul quale siano necessari lavori di ristrutturazione; oppure si valuti l'ipotesi in cui si renda necessario differire (o anticipare) l'acquisto a fini fiscali. Il *rent to buy* potrebbe essere la risposta anche a tali esigenze.

13. Del resto sembra che qui possa essere accolta in toto la riflessione (di D. POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, in *Contratti*, 2015, 11, p. 1049.) secondo cui il contratto in parola debba essere inserito in una complessa operazione economica composta «di atti di autonomia definiti "mediante una serie di indici e di elementi di natura oggettiva", che concorrono "alla individuazione della prestazione che forma oggetto del contratto". La "sequenza unitaria e composita" che integra l'operazione non si definisce più con la lente unidirezionale capace di convergere in un ben individuato tipo contrattuale ma con il prisma del regolamento e dunque delle determinazioni precettive, delle condotte dei contraenti, delle situazione oggettive nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, capaci di comprendere, all'interno dello stesso assetto di interessi, anche più funzioni».

14. Questo schema è illustrato da A. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, cit., p. 425 ss. Interessante è poi il richiamo all'art. 1526, comma 3 c.c. il quale in tema di risoluzione del contratto con riserva di proprietà attua un'analogia con il contratto di locazione nel quale sia convenuto che, al termine di esso, la proprietà della cosa sia acquisita al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti. Le diverse ipotesi sono analizzate da S. MARINO, *Rent to buy: nuovo strumento contrattuale per favorire la ripresa delle transazioni immobiliari*, cit., p. 1149 ss. La differenza tra le opzioni sommariamente citate e il *rent to buy* starebbe secondo alcuni nella causa di finanziamento di quest'ultimo si afferma, ad esempio che, «Non pare significativamente credibile che, sebbene palesata in tali termini, la funzione del negozio possa essere diversa allorché la parte acquirente abbia intenzionalmente inteso procrastinare gli effetti della vendita, intanto assicurandosi l'immediato godimento del bene. In tal caso è evidente come, se la volontà contrattuale fosse davvero questa, sarebbe molto più semplice ricorrere ad un preliminare ad effetti anticipati con una rateizzazione del corrispettivo dovuto, che di fatto avvenga mediante la previsione di una serie di acconti-prezzo

2. Ancora più scarni se non del tutto assenti sono poi i riferimenti legislativi che è possibile utilizzare per le operazioni di *rent to buy* di azienda.

Nell'esiguità anche del dibattito dottrinale, i caratteri dell'operazione possono essere desunti dagli schemi di contratto offerti, soprattutto a scopo pubblicitario, dai diversi imprenditori che si propongono in questo nuovo mercato.

Il contratto ha normalmente una fase triennale di affitto (in tema di azienda, trattandosi di bene produttivo, non si può parlare di locazione¹⁵) e una successiva cessione. In particolare lo schema più comunemente utilizzato è quello che sfrutta il collegamento negoziale tra un contratto d'affitto d'azienda e un preliminare di compravendita o, in alternativa, un'opzione di acquisto.

Lo schema ricalca comunque quello del *rent to buy* immobiliare e cioè la fase dell'affitto funge anche da accantonamento del prezzo di cessione: in genere i contratti prevedono il versamento di una caparra pari al 25/30% del valore totale dell'operazione; l'accantonamento ai fini della cessione del 70% del canone mensile pagato, e l'operazione viene costruita in modo che il cessionario dovrà versare all'atto della cessione il rimanente 50%.

La specificità rispetto alla cessione immobiliare è che in questi casi il versamento iniziale e l'accantonamento operato nella fase di affitto, entrambi cospicui, potrebbero portare a ridurre o addirittura ad azzerare il finanziamento degli istituti creditizi. Inoltre, l'acquisto del possesso del bene equivale alla possibilità di iniziare, o continuare, un'attività produttiva, che nell'ipotesi fisiologica dovrebbe creare i profitti necessari ad assicurare il buon esito dell'operazione¹⁶.

E, in questa prospettiva, allora, la maggiore differenziazione del *rent to buy* rispetto alle ipotesi di collegamento negoziale che consentono di anticipare il godimento rispetto al trasferimento della proprietà, è proprio nella centralità del godimento che assume un contenuto ed un carattere differente rispetto alla locazione o, per quel che qui maggiormente interessa, all'affitto. Si tratta infatti di un godimento funzionale all'acquisto della proprietà¹⁷.

aventi scadenza successiva nelle more tra la stipula del preliminare e l'adempimento contrattuale definitivo»: A. TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, cit., p. 384 ss. Diversa invece l'opinione di chi tende a definire la fattispecie utilizzando comunque il collegamento tra contratti nominati. Così F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, cit., p. 822 ss.

15. Sul punto, sia consentito il richiamo a A.C. NAZZARO, *L'affitto*, in *Tratt. di dir. civile* Notariato, diretto da P. Perlingieri, IV, 22, p. 301 ss.

16. Peraltro anche alcuni costi accessori dell'operazione di vendita di azienda sarebbero diluiti nel tempo rendendo più elastica l'operazione. Si pensi ai costi relativi all'intestazione delle licenze, all'apertura della partita IVA, al rogito notarile, alle iscrizioni INPS e Camera di commercio. Sono costi che devono essere valutati nell'intera operazione poiché concorrono al suo costo complessivo. Infine, ove la scelta ricada sui contratti più sopra citati l'operazione non avrebbe nessun impatto fiscale prima del rogito e sarebbe cedibile ad un terzo, permettendo all'acquirente in caso di necessità di interrompere il programma di acquisto recuperando quanto accantonato fino a quel momento.

17. Per queste riflessioni v., ancora, D. POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, cit., p. 1049 ss.

Proprio quest'ultima considerazione, inquadrata nella specificità della gestione dell'impresa, rende palese che l'utilizzazione dello strumento del *rent to buy*, ove declinato alla soddisfazione di uno scopo imprenditoriale, evidenzia il sorgere di nuovi e diversi interessi e, specificamente: per il conduttore la possibilità di valutare la capacità reddituale dell'azienda, la reale competitività del settore, tutto agevolato da una maggiore flessibilità in uscita dal mercato; per il concedente la rivitalizzazione dei valori dell'azienda dovuta ad una nuova e diversa gestione imprenditoriale che verosimilmente coniugherà diversamente rischio e rendimento.

In questa prospettiva poi, dal collegamento negoziale tra i due contratti derivano rigidità che non permettono di valutare isolatamente le due parti di cui è composta l'operazione ma chiedono necessariamente una considerazione unitaria. Così, ad esempio, se l'art. 2565, comma 2, c.c. disciplina il trasferimento della ditta tra cedente e cessionario come facoltà e l'art. 2561 c.c. vieta all'affittuario di mutare la ditta, è ovvio che nell'intera operazione quest'ultima sarà necessariamente oggetto di cessione. Del resto, ove guardata nella sua funzione di conservazione dell'avviamento e simbolo di continuità aziendale, la ditta rappresenta una prerogativa dell'azienda alla quale non si può facilmente rinunciare.

Tra l'altro l'operazione di *rent to buy* aziendale impone anche di rivedere le teorie comunemente accettate in tema di trasferimento di crediti e debiti. Infatti, se è vero che in tema di cessione d'azienda gli artt. 2559 e 2560 c.c., a differenza dell'art. 2558 c.c., non ampliano il proprio ambito applicativo all'affitto, per cui si afferma che per il trasferimento dei crediti resterebbe applicabile l'art. 1265 che lega l'opponibilità del trasferimento alla notifica al debitore e per i debiti si reputa applicabile l'art. 1273 in tema di accollo, è pur vero che il collegamento negoziale tra affitto e cessione e la finalizzazione complessiva dell'operazione al trasferimento potrebbero far propendere per una soluzione di trasferimento automatico¹⁸.

3. Tentare una definizione del concetto di godimento di azienda sconta la soluzione del preliminare problema dell'inquadramento giuridico di quest'ultima e della composizione, per quel che qui più interessa, dell'eventuale conflitto tra gestore e proprietario.

In altri termini, se godimento di azienda equivale a gestione del complesso di beni organizzato per l'esercizio dell'impresa¹⁹, allora il concetto di godimento non potrà mai

18. Le riflessioni restano tutto sommato simili anche quando la fase dell'affitto sia sostituita da un usufrutto di azienda.

19. Noto e non riassumibile in questa sede, è il dibattito sulla natura giuridica dell'azienda. Siano allora sufficienti i riferimenti alla dottrina classica, muovendo da quelle che definiscono congiuntamente impresa e azienda (F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 376 ss.; L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Milano, 1942, p. 165 ss.) per transitare, attraverso le teorie oggettive, tra quelle atomistiche (G. AULETTA, *Dell'azienda*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1954, p. 27 ss.) che approdano per lo più al concetto di universalità di beni (F. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1954, p. 215 ss.; I. LA LUMIA, *Teoria giuridica dell'azienda commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 413 ss.; M. CASANOVA,

essere inquadrato nella statica soddisfazione degli interessi del proprietario, ma si deve necessariamente riempire di contenuto in funzione delle necessità dell'attività cui i beni sono destinati²⁰.

Nella scelta tra interesse alla produttività del complesso di beni e interesse alla percezione delle utilità ricavabili dal singolo bene dal proprietario parametro di valutazione è l'art. 41 cost. che nel consacrare la rilevanza dell'iniziativa economica privata²¹ permette di individuare chiaramente il rapporto tra la situazione proprietaria e quella relativa all'iniziativa economica privata. Così, la regolamentazione degli atti di iniziativa economica privata definibili in chiave dinamica incide anche sul diritto di proprietà. Se ciò è vero in linea generale con riferimento ad una qualunque situazione di gestione dell'impresa che non è inficiata dal titolo di proprietà dei beni appartenenti al complesso aziendale, allora anche la proprietà dell'azienda nel suo complesso non può influire sui poteri e sui doveri dell'imprenditore la cui attività deve essere invece comunque orientata al soddisfacimento dello scopo²². Lo scopo è tuttavia quello preesistente al contratto di cessione (o, al limite, in esso definito)²³ e l'affittante dovrà comunque operare una gestione che preservi la produttività del complesso aziendale in vista del raggiungimento di esso. Calare queste considerazioni, comunemente accettate in dottrina, nello schema del *rent to buy* di azienda, induce a riflessioni di non poco conto. Infatti, nel contratto del quale qui si discute, di là dalle singole pattuizioni specifiche e dalle distorsioni dello schema sempre possibili nella prassi, lo scopo è quello di funzionalizzare il periodo dell'affitto alla successiva alienazione. E in quest'ottica la centralità del godimento assume un ruolo ancora più pregnante e necessita di una ancora maggiore

Impresa e azienda, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, X, 1, Torino, 1986, p. 351 ss.), e quelle unitarie (M. ROTONDI, *Diritto commerciale*, Milano, 1942, p. 29 ss.; M. STOLFI, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'azienda commerciale*, in *Foro it.*, 1947, I, c. 226 ss.; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1972, p. 166 ss.; F. CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, p. 33 ss.; A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 15 ss.) e giungere alla definizione dell'impresa quale bene immateriale (M. GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Torino, 1951, p. 259 s.; F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945, p. 75 ss.).

20. V., per tutti, S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 303, il quale efficacemente ricorda che nel caso di godimento di un bene produttivo «le utilizzazioni della cosa degradano a mezzo».

21. Sul rapporto tra iniziativa economica privata e utilità sociale v., P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971, p. 47.

22. Sul punto, N. IRITI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, p. 70 ss.

23. Interessante il caso deciso da Cass., 10 agosto 2002, n. 12142: Tizio concede in affitto a Caio un ramo d'azienda agrituristica. A fronte della richiesta di Tizio diretta ad ottenere i canoni non pagati, Caio eccepisce la nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto. Specificamente, a causa delle ridotte dimensioni del ramo di azienda ceduto, l'affittuario non era riuscito ad ottenere la licenza necessaria per lo svolgimento dell'attività agrituristica. Il Tribunale, disattendendo la decisione del pretore, dichiara nullo il contratto per impossibilità dell'oggetto «avuto riguardo all'uso pattuito del bene». La Corte di Cassazione conferma la decisione specificando che ove l'affittuario avesse svolto una attività differente rispetto a quella dedotta in contratto, sarebbe incorso nel divieto, posto dal secondo comma dell'art. 2561 c.c., di modificare la destinazione economica del bene.

definizione dei limiti di operatività della libertà del gestore. Nel *rent to buy* di azienda gestione per il godimento e gestione funzionalizzata all'acquisto si fondono nel concetto univoco di gestione in vista dell'aumento di produttività del complesso aziendale. Del resto la cristallizzazione preventiva dei trasferimenti di denaro dovuti che rende il risvolto economico dell'operazione indipendente dalla effettiva consistenza economica del bene al termine dell'operazione aiuta in questa direzione. E allora la gestione del concessionario diviene un elemento di convenienza economica dell'affare laddove una gestione che aumenti in misura esponenziale la produttività del complesso aziendale non potrà che rivelarsi proficua per il gestore medesimo che si ritroverà al termine dell'intera operazione ad acquistare al medesimo prezzo pattuito un bene che risulti di valore sicuramente superiore. La unitarietà del bene azienda e la sua funzionalizzazione all'attività d'impresa, nel giustificare la prevalenza delle ragioni dell'impresa rispetto a quelle della proprietà dei singoli beni²⁴, può rendere ancora più conveniente l'operazione sganciando la possibilità di utilizzazione dei singoli beni dalla loro titolarità. In altri termini, nel *rent to buy* di azienda, l'esistenza delle specificità dell'azienda, permette di concludere operazioni che superano le problematiche relative al mutamento di titolarità e, per tale ragione, nel rappresentare uno strumento completamente differente rispetto al *rent to buy* immobiliare, si possono rinvenire interessi ulteriori rispetto al semplice acquisto finale, assumendo invece un ruolo centrale la gestione produttiva del bene. Infatti, l'affittuario di azienda gode di ampi poteri anche di disposizione dei beni che non sembra possano essere delimitati sulla base di una distinzione operata avendo riguardo alla qualità dei differenti beni aziendali, ma necessita, per il fine della definizione del suo contenuto di una valutazione della funzione dell'atto dispositivo: l'alienazione di materie prime, ma anche di cespiti, può essere valutata soltanto con riferimento alla attività che tramite quell'azienda deve essere svolta.

Una riprova di tale conclusione si può rinvenire anche nella disciplina dell'affitto di azienda che, con il suo richiamo quasi integrale all'usufrutto di azienda, fa perdere centralità ai dubbi relativi alla opportunità della scelta legislativa, nel *rent to buy* immobiliare, di applicare per il periodo antecedente al riscatto le norme dell'usufrutto e non quelle dell'affitto. Una per tutte, l'obbligo di gestione che l'art. 2561 c.c. impone all'usufruttuario di azienda; esso può spiegarsi proprio in ragione della produttività del bene che sarebbe deteriorato da una mancata gestione. In altri termini: quando oggetto del godimento sia un'azienda, l'utilizzazione diventa un obbligo²⁵, ma ciò deriva non dalla necessità di tute-

24. Discorre di «situazione possessoria specifica» P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, in B. LIBONATI e P. FERRO-LUZZI (a cura di), *L'impresa. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 1985, p. 51 ss.

25. Sul punto la dottrina è concorde: A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950, p. 11 ss.; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche*, Napoli, 1970, p. 150 ss.; C. STOLFI, *L'atto di preposizione. Contributo alla teoria dell'impresa*, Milano, 1974, p. 166.

lare un interesse del proprietario alla gestione, bensì dalle caratteristiche del bene dato in godimento: la mancata gestione dell'azienda comprometterebbe l'esistenza di alcune sue qualità, tra le quali l'avviamento.

4. L'oggetto dell'operazione di godimento/trasferimento condiziona, dunque, i doveri delle parti del contratto; non è possibile cioè che venga trasferito, neanche nella prima fase del contratto, un mero godimento, ma è necessario che il cessionario assuma su di sé anche un obbligo attivo di gestione. Del resto, anche rimanendo ancorati alle operazioni immobiliari, oltre all'interesse al godimento immediato a fronte di una carenza di liquidità, i commentatori, soprattutto quelli interessati a definire le differenze con il contratto di leasing, rimarcano che l'operazione economica è diretta a creare una base di fiducia creditizia tale da consentire all'utilizzatore conduttore di provare quella solvibilità che serve alle banche per erogare un finanziamento²⁶. Si parla al riguardo di costruzione di uno storico creditizio. Così si afferma che mentre nel contratto di leasing la società concedente si sostituisce al sistema creditizio assumendo la posizione di finanziatore, nell'operazione di *rent to buy* l'intero schema negoziale sarebbe finalizzato proprio all'ottenimento del finanziamento dal sistema bancario.

Quanto questa affermazione sia da verificare alla luce della oramai consolidata distinzione giurisprudenziale tra leasing operativo e di finanziamento²⁷ non è materia di questo studio, ma pure superando il problema della distinzione con il leasing è proprio un anche superficiale sguardo al funzionamento dei meccanismi di concessione dei mutui bancari che smentisce l'assunto.

È oramai tristemente noto infatti che non è sufficiente l'esistenza di uno storico creditizio a condizionare le scelte (se tali possono ancora essere chiamate) dell'Istituto bancario nella concessione del mutuo²⁸. Parametri imposti anche da normative europee fissano oramai rigidi paletti legati al valore dell'immobile sul quale iscrivere ipoteca, alla capacità reddituale del cliente alla sua esposizione debitoria complessiva oltre che ovviamente alla sua solvibilità²⁹.

26. A volte l'esigenza di ottenere un finanziamento è fatta rientrare nella definizione stessa della fattispecie. Cfr., S. MARINO, *Rent to buy: nuovo strumento contrattuale per favorire la ripresa delle transazioni immobiliari*, in *Vita notarile*, 2014, p. 1143 ss. L'a., per vero, considera la fattispecie finalizzata a far rientrare l'acquirente nei parametri richiesti dalle banche per effettuare l'acquisto con mutuo. Di diverso avviso A. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, cit., p. 425 ss., che reputa le soluzioni dottrinali e giurisprudenziali utilizzate in tema di leasing un «prezioso serbatoio di regole operative».

27. V., per tutte, Cass., sez. un., 7 gennaio 1993 n. 65. Per una recente rassegna giurisprudenziale sull'argomento, *Il contratto di leasing, giurisprudenza ragionata*, in *Le corti fiorentine*, 2014, p. 223 ss.

28. In questo senso critico nei confronti della definita asetticità dei criteri imposti da Basilea 2, A. TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, cit., p. 384 ss.

29. Sulle valutazioni operate dai finanziatori in caso di concessione di un mutuo bancario v. G. SPOTO, *La rinegoziazione del contratto di mutuo e la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria*, in *Riv. dir. econ.*, 2012, p. 203 ss.

Ancora una volta, differente deve essere la valutazione del *rent to buy* di azienda: in questo caso è ipotizzabile una funzione di consolidamento patrimoniale idonea a creare le basi per ottenere, con maggiore facilità, un finanziamento bancario.

Come si è detto, infatti, l'affitto di azienda, a differenza della locazione di immobile, non rappresenta un semplice contratto di godimento di un bene, ma definisce una situazione di uso produttivo di un complesso aziendale, di là dalla titolarità dei singoli beni. E se nell'ipotesi di operazione immobiliare l'aver pagato qualche anno di canone di locazione non sembra possa essere risolutivo per la banca legata invece a parametri ipotecari e reddituali, nel caso invece di *rent to buy* aziendale l'attività produttiva svolta con l'azienda affittata può essere la base per la predisposizione di un progetto imprenditoriale da sottoporre alla valutazione dell'istituto di credito ai fini del finanziamento. La differenza rispetto ad un'operazione immobiliare è palese: l'azienda ha un proprio valore perché utilizzata in una attività d'impresa ed è il risultato complessivo di quell'attività che contribuisce a conferirle valore. La valutazione dell'istituto di credito potrà essere dunque molto simile a quella operata al termine di una operazione di affitto come differenza di valore (finale e iniziale) desumibile dal bilancio di cessione.

La soluzione da ultimo indicata ci offre anche un ulteriore spunto per valutare la funzione dell'intera operazione che, di là dalle analisi di convenienza di una parte o dell'altra, tende a sfruttare la produttività di un'azienda indipendentemente dal proprietario. In quest'ottica se parte rilevante dell'eventuale concessione di un finanziamento è proprio la solidità dell'azienda, allora si può con maggior fermezza affermare che tale operazione potrebbe raggiungere lo scopo legato al finanziamento bancario. In altri termini, è di nuovo la specificità dell'oggetto del contratto (cioè dell'azienda) a definire dall'interno la funzione del contratto per cui se la gestione è centrale e connaturata al godimento dell'azienda allora la valutazione della fattispecie non potrà prescindere dal comportamento imposto al cessionario il quale trova il suo parametro di valutazione nel valore dell'azienda in tutte le fasi di vita del contratto. E, in aggiunta, se la gestione è centrale allora il contratto, valutato in funzione della valorizzazione di quella gestione, può assolvere anche a funzioni differenti e ulteriori rispetto al mero trasferimento finale della proprietà. Trasferimento che, come si è tentato di dimostrare, può essere non prioritario per l'imprenditore.

5. Una prima possibilità da esplorare è che il contratto di *rent to buy* di azienda sia utilizzato allo scopo di favorire una corretta successione generazionale dell'impresa familiare³⁰.

30. Il tema, ancorché non comune tra gli studi accademici, è tuttavia molto sentito nel campo professionale e nella prassi imprenditoriale. Per un approccio casistico ma adeguatamente scientifico v., A. BUCELLI e R. BENCINI (a cura di), *Imprese a base familiare. Strumenti di successione, Quaderni di Persona e Mercato*, 2015, *passim*. La

La proposta si inserisce nella scia dei numerosi tentativi che la dottrina porta avanti per favorire la continuità di impresa nelle ipotesi di morte dell'imprenditore³¹, continuità che potrebbe essere inficiata dalle rigide norme in materia successoria³² e la cui convenienza deve essere necessariamente verificata con una attenta analisi delle norme fiscali³³.

Immaginiamo che il concedente sia l'imprenditore e il concessionario uno degli eredi e immaginiamo che il contratto sia stipulato in un periodo nel quale, per età o per malattia dell'imprenditore, egli inizi a sentire la necessità di programmare il passaggio generazionale, immaginiamo infine, che esso sia altresì stipulato per la durata massima consentita dal legislatore per l'operatività delle tutele accordate dalla trascrizione (10 anni).

Al termine del contratto, possono aprirsi diversi scenari.

Il concedente è ancora in vita, il concessionario può decidere se esercitare l'opzione avendo scontato già gran parte del prezzo di cessione dell'azienda concordato e potrebbe, avendo già gestito l'azienda per 10 anni, aver creato i presupposti per ottenere un finanziamento o autofinanziare l'acquisto. Ben sapendo, tra l'altro che quella somma andrà a incrementare il patrimonio del concedente del quale egli presto o tardi sarà erede.

Il concedente muore prima della scadenza del contratto. A questo punto si apre la successione, ma siamo certi che l'azienda, sulla quale pende un diritto di opzione possa essere smembrata e divisa tra i diversi eredi? In tal modo si precluderebbe di fatto l'esercizio dell'opzione negando quindi un diritto attribuito. Gli eredi, pur essendo titolari del diritto di proprietà dell'azienda e dei loro beni si ritrovano tuttavia nella posizione di

specificità dell'impresa familiare si ritrova proprio nella necessità di garantire una continuità della gestione che non sia orientata esclusivamente a parametri oggettivi ma alla situazione soggettiva/familiare che rappresenta il fattore di successo del modello. Sul concetto di impresa familiare e sulle sue necessità successorie cfr., P. MONTALENTI, *Impresa a base familiare e società per azioni*, in *L'impresa familiare: modelli e prospettive*, Milano, 2012, p. 38 ss.; P. SCHLESINGER, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p.137 ss.; F. CORSI, *Azienda coniugale, comunione legale e società*, in *Giur. comm.*, 1975, p. 615; G. FERRI, *Impresa coniugale e impresa familiare*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, p. 1; R. COSTI, *Impresa familiare, azienda coniugale e "rapporti con i terzi" nel nuovo diritto di famiglia*, in *Giur. comm.*, 1976, p. 5; G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 366; N. IRTI, *L'ambigua logica dell'impresa familiare*, in *Riv. dir. agr.*, 1980, p. 524.

31. La necessità di continuità. Peraltro, non risulta adeguatamente soddisfatta neanche dall'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'istituto del patto di famiglia. Per una scrupolosa analisi degli strumento (anche) ad esso alternativi v., M. PALAZZO, *Testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza*, in A. BUCELLI, R. BENCINI (a cura di), *Imprese a base familiare. Strumenti di successione*, cit., p. 45 ss.

32. Si v. le riflessioni pungenti di N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 799: «In una stagione di significativa evoluzione della dottrina civilistica, con conseguente modificazione di gran parte dei tradizionali modelli culturali, il tema delle successioni *mortis causa*, e segnatamente di quella che trova la propria fonte nel testamento, si caratterizza per sue evidenti peculiarità»; G.L. SARDU, *La trasmissione ereditaria dell'impresa di famiglia*, in M.G. FALZONE CALVISI (a cura di), *Diritto successorio. Approfondimenti tematici*, 2013, p. 213 ss.

33. Sul punto, per considerazioni generali, anche se piegate in un discorso teso a valutare la convenienza del patto di famiglia, v., E. FAZZINI, *Trasferimento di beni produttivi: profili fiscali*, in A. BUCELLI, R. BENCINI (a cura di), *Imprese a base familiare. Strumenti di successione*, cit., p. 29 ss.

titolari di una fattispecie a formazione progressiva nella quale il compimento dell'atto finale dipende dalla volontà di un terzo. Quest'ultimo poi, anch'egli chiamato all'eredità potrà godere, di fatto, di una situazione economica di favore poiché il prezzo da pagare, già fissato in anticipo, sarà ridotto della quota dei canoni già pagati imputata al prezzo finale è della quota a lui spettante del patrimonio del *de cuius*.

La verifica della compatibilità con il complesso sistema successorio è ovviamente lasciata alla valutazione delle singole ipotesi concrete che si vorranno attuare³⁴. Dipenderà dal prezzo di acquisto dell'azienda³⁵, anche se la valutazione dovrà essere fatta al momento della conclusione del contratto e non a quello dell'apertura della successione. Dipenderà dalle scelte contrattuali di obbligatorietà o meno della vendita³⁶, poiché è ovvio che il meccanismo può avere una concreta utilità soltanto se al futuro acquirente è attribuito un diritto di opzione vincolante per i venditori.

Sarà comunque la prassi commerciale e le decisioni giurisprudenziali a darci una risposta.

Ciò che conta, per quanto in questa sede ci si propone, è la considerazione che lo schema del *rent to buy* può rappresentare un'utile risposta ai problemi sollevati nel campo del passaggio generazionale d'impresa dall'inadeguatezza del testamento del meccanismo della successione legittima.

6. Nella ricerca della funzione economica del contratto, sembra interessante verificare anche se non sia possibile individuare nel *rent to buy* una struttura che non sia basata su una carenza di liquidità ma che si sviluppi su una precisa scelta di investimento³⁷.

Non da ora è in corso una riflessione sulle ragioni che possono orientare nella scelta tra locazione e compravendita anche soltanto della casa di abitazione³⁸; valutazioni in-

34. Compatibilità che peraltro assume molto spesso un ruolo centrale nelle vicende successorie. Per una analisi del fenomeno v., A. BUCELLI, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella successione necessaria*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, p. 275 ss.

35. Senza voler qui richiamare gli studi dei fautori dell'*option theory* in tema di rapporto tra valore e indebitamento. V., sul punto, F. BLACK, M. SCHOLES, *The Pricing of Options and Corporate Liabilities*, in *J. of Pol. Econ.*, 1973, 649 ss.

36. In questo senso si potrebbero ripercorrere le strade già battute dalla dottrina in tema di clausole di continuazione. In particolare, con riguardo ad una clausola di continuazione che permetta di operare una selezione tra gli eredi v. le riflessioni di, M. PALAZZO, *Testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza*, in A. BUCELLI e R. BENCINI (a cura di), *Imprese a base familiare. Strumenti di successione*, cit., p. 51 ss.

37. Del resto, il nostro sistema giuridico non è estraneo a riletture in chiave finanziaria di istituti tradizionali. Sul punto v., di recente, M. IEVA, *Il rent to buy nella prospettiva della valutazione di efficienza del modello*, in *Riv. notariato*, 2015, p. 675 ss., il quale rileva che «si è soliti dire che la causa della vendita è lo scambio di cosa contro prezzo ma la disciplina legislativa, se letta attentamente, offre una indicazione più ampia; alla vendita non è infatti estranea una funzione di credito come si deduce dalla norma sull'ipoteca legale (art. 2817 cod. civ.) che assiste il credito del venditore che conceda una dilazione nel pagamento del prezzo e dalla norma sugli interessi compensativi (art. 1499 cod. civ.) che, in assenza di diversa pattuizione, fa decorrere gli interessi sul prezzo anche se questo non è ancora esigibile».

38. Sia consentito il richiamo a A.C. NAZZARO, *L'abitazione nei rapporti economici*, in A. BUCELLI (a cura di), *L'e-*

fluenzate sì dalla situazione economico finanziaria del soggetto, ma anche da politiche economiche e dalla situazione del mercato immobiliare e mobiliare. Così una preferenza può derivare da un sistema di tassazione che privilegi la proprietà immobiliare rispetto a quella mobiliare e viceversa, o da una maggior capitalizzazione di un mercato rispetto all'altro, e ove la scelta di investimento ricada sul mercato mobiliare la necessità abitativa condurrebbe inevitabilmente il soggetto verso uno schema locatizio. Il contratto di *rent to buy*, diversificando in sé, titolarità e godimento ben potrebbe rappresentare un duttile strumento in questo schema. Di là da problemi abitativi o di finanziamento, ai quali come si è detto gli schemi esistenti (e un bravo consulente) già potevano dare una risposta, l'operazione economica della quale si tratta ben può rappresentare un valido strumento di finanziamento/investimento.

Ovviamente tutto dipende dalle reali condizioni di partenza, è necessario allora nuovamente scomporre l'operazione.

Come si diceva il risultato del godimento immediato e del trasferimento di titolarità futuro può essere raggiunto con il collegamento negoziale tra locazione/affitto (o usufrutto) e compravendita a rate³⁹, ciò significa che il compratore dovrà pagare oltre al canone di locazione anche la rata della compravendita. Normalmente lo stesso risultato è raggiunto con un unico contratto nel quale si prevede un canone di locazione che comprende anche la quota destinata all'acquisto e un'opzione o un obbligo di stipulare ad una data prestabilita la compravendita ad un prezzo inferiore a quello di mercato⁴⁰.

In questa prospettiva ciò che risulta maggiormente significativo, tanto nella fattispecie immobiliare disciplinata, quanto nei modelli contrattuali diffusi nella prassi per il *rent to buy* di azienda, è il riconoscimento di una doppia funzione del canone⁴¹: nel decreto sblocca Italia tale doppia funzione è menzionata sia al comma 1 bis, il quale assegna al contratto la definizione quantitativa della quota di canone imputata a corrispettivo⁴², quota per

sigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giuridiche, Padova, 2013, p. 253 ss. Nonché, si vedano gli atti del XLVIII Congresso Nazionale del Notariato: *Proprietà dell'abitazione: risparmio familiare, tutela dei diritti e ripresa economica*, novembre 2013.

39. Nello schema si inserisce poi anche il contratto preliminare. In proposito è fondamentale distinguere tra il preliminare e il preliminare unilaterale per problematiche fiscali. Sul punto v. G. CHERSI, A.M. CAMILLOTTI, S. PETRONIO, *Rent to buy. Crisi del mercato immobiliare e possibili strategie per superarla. Aspetti civilistici, fiscali e contrattuali*, in *Il commercialista veneto*, Inserto, 2013.

40. La necessità di distinguere l'ipotesi di collegamento negoziale da quella di un unico contratto atipico è rimarcata da A. LOMONACO, *Questioni in tema di profili fiscali del c.d. rent to buy: spunti di riflessione*. Studio n. 490-2013/T, Approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato nella seduta del 25-26 luglio 2013, in *Studi e materiali*, 4/2013, p. 975 ss.

41. E se il paragone con il contratto di locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per entrambe le parti o con la vendita a rate perde di importanza per l'espressa estensione della disciplina operata dal comma 7, è proprio la previsione esplicita di questa doppia funzione che a mio avviso merita di essere valorizzata.

42. La norma peraltro perde molto di forza cogente poiché non sono previste le conseguenze di un eventuale violazione. Per queste considerazioni v., A. TESTA, *"Sblocca Italia": gli effetti sul rent to buy*, in *Immobili e*

la quale è prevista una restituzione in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare l'immobile, ove tale acquisto sia configurabile come opzione e non come obbligo, sia al comma 5 che nel disciplinare la risoluzione per inadempimento ne ammette la restituzione in caso di inadempimento del concedente e l'acquisizione in capo a quest'ultimo nell'ipotesi di inadempimento del conduttore; nei modelli contrattuali del *rent to buy* aziendale è precisata la quota di pertinenza dell'affitto e quella rappresentante l'accantonamento per il prezzo (circa il 70% del totale)⁴³.

Ciò che ora ci interessa è l'accantonamento che l'operazione rende possibile. Infatti, dal punto di vista dell'esborso monetario con il *rent to buy* si accantona una quota destinata all'acquisto. In altri termini si crea, dal lato del locatario/compratore un risparmio programmato, analogo a quello che si potrebbe ottenere con forme di accumulo prettamente finanziarie come la stipula di una assicurazione sulla vita⁴⁴ o l'acquisto di un fondo di investimento tramite un piano di accumulo⁴⁵. Ovviamente le differenze tra le diverse opzioni sono significative e non è questa la sede per delinearle compiutamente, basti però rimarcare che se in comune con le forme di investimento richiamate c'è proprio la funzione di accumulo, quest'ultima nel nostro caso è finalizzata all'acquisto, ciò fa sì che l'operazione non abbia una caratterizzazione prettamente finanziaria ma resti invece saldamente ancorata alla situazione del mercato immobiliare o produttivo di riferimento e, dunque, la sua convenienza, ma anche il confezionamento stesso della regola contrattuale dipenda in larga parte da fattori esterni⁴⁶.

proprietà, 2015, 1, p. 34 ss. «è anzitutto da segnalare l'introduzione del comma 1-bis con il quale sembra che il legislatore abbia voluto imporre alle parti del contratto la determinazione della quota dei canoni, imputata al corrispettivo, che il concedente si obbligherebbe a restituire al conduttore in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile nei termini stabiliti. Non pare che, nonostante il tenore letterale della norma, possa dirsi che una deficienza del contenuto contrattuale su tale punto, possa condurre ad una invalidità del contratto o ad una contestabile efficacia dello stesso da parte del conduttore "inadempiente" al suo supposto impegno di acquisto. Una questione di nullità è da escludere poiché manca la previsione testuale della stessa. D'altronde non pare che la nullità del contratto, in assenza della previsione di cui al citato comma 1-bis, possa richiamare gli effetti di una nullità virtuale, dal momento che non è recuperabile alcuna norma dalla quale si riesca ad eccepire una tale causa di invalidità per effetto di implicite violazioni di norme cogenti».

43. In questa prospettiva, vista anche la prevalenza quantitativa, non sembra corretto privilegiare la funzione di godimento relegando quella di accumulo o addirittura ignorandola.

44. Per i quali è dibattuta la qualificazione della funzione tra previdenziale e d'investimento Cfr., nel senso della funzione di investimento, Trib. Milano, 1 luglio 2014, n. 10754; Trib. Rimini, 3 aprile 2014, n. 11301; Trib. Siracusa, 17 ottobre 2013, n. 9712; Trib. Gela, 2 marzo 2013, n. 8629.

45. L'operazione si distingue invece da altre forme di investimento finanziario come l'acquisto di titoli perché la caratteristica principale è proprio l'accumulo a rate costanti.

46. È possibile ad esempio che in un momento di forte contrazione del mercato immobiliare anche chi non ha l'immediata disponibilità della somma necessaria a procedere all'acquisto ma abbia una buona e costante capacità di risparmio possa avere interesse a bloccare l'immobile e il prezzo di vendita pagando "a rate" il bene. Le rate rispecchiano la capacità di risparmio e ben ne possono rappresentare una forma di utilizzazione. E anche l'andamento di un determinato settore produttivo può influenzare la scelta di utilizzare un'azienda già avviata, ma per la quale l'imprenditore sia in situazione di difficoltà. A seconda dello strumento tecnico utiliz-

7. Il risvolto positivo dell'operazione, ad esempio, sta anche nel fatto che a differenza di un accumulo autonomo del prezzo, le quote pagate figurano come un costo. Del resto esse rappresentano effettivamente un'uscita monetaria.

E qui interviene il primo fattore esterno di condizionamento, infatti è necessario distinguere i casi di obbligo di acquisto da quelli nei quali sia prevista una semplice opzione: è questa seconda ipotesi a dimostrarsi autonoma oltre che economicamente più conveniente. La differenza è ovviamente nel trattamento fiscale⁴⁷.

Una nota dell'agenzia delle entrate del 13 febbraio 2014, in risposta ad un parere chiesto dall'Ordine dei Dottori commercialisti e degli esperti contabili di Monza, distingue nettamente tra le due ipotesi, precisando che nel caso di obbligo di concludere il contratto di compravendita la fattispecie è disciplinata dall'art. 109, comma 2, lett. a) TUIR, il quale assimila le ipotesi di efficacia rinviata nel tempo ai casi di vendita con effetto immediato⁴⁸; nel caso invece in cui sia prevista una semplice opzione di acquisto non si

zato è poi differente la tassazione. V. R. BELOTTI e F. CAVALLI, *Rent to buy fra problematiche fiscali e dubbi vantaggi economici*, *Rent to buy fra problematiche fiscali e dubbi vantaggi economici*, in *Fisco*, 2014, 45, p. 4443 ss.: a) locazione con clausola vincolante per entrambe le parti, soggetta alla disciplina fiscale agevolata di cui all'art. 8, comma 5-bis, D.L. n. 47/2014; b) *rent to buy* con clausola vincolante per entrambe le parti, disciplinata dal D.L. 133/2014». Analoghe considerazioni in P. AGLIETTA, *Profili fiscali dei contratti atipici "rent to buy"*, in *Immobili e proprietà*, 2013, 12, p. 717 ss.

47. La scelta legislativa di non affrontare il risvolto fiscale dell'operazione è la più criticata dai commentatori. Non si può comunque tacere che l'art. 23 comma 7, introduce un accenno di normativa fiscale aggiungendo il comma 5-bis all'art. 8 del D.L. n. 47/2014 c.d. Decreto casa, riguardante il regime fiscale applicabile al riscatto a termine degli alloggi sociali. Di là dalla difficile classificazione dei c.d. alloggi sociali ciò che interessa è che la norma statuisce che «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche ai contratti di locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti e di vendita con riserva di proprietà, stipulati successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione». La disposizione non è comunque reputata applicabile alle ipotesi di *rent to buy* ove non vi sia un contratto di locazione e un obbligo unilaterale di concludere il contratto di compravendita. R. BELOTTI e F. CAVALLI, *Rent to buy fra problematiche fiscali e dubbi vantaggi economici*, cit., p. 4443.

48. L'art. 109, comma 2, lett. a, del D.P.R. 917/1986, stabilisce che per la determinazione del reddito di impresa: «Non si tiene conto delle clausole di riserva della proprietà. La locazione con clausola di trasferimento vincolante per ambedue le parti è assimilata alla vendita con riserva della proprietà». La scelta del legislatore sembra essere stata quella di definire e accomunare le fattispecie contrattuali che permettono un godimento immediato e un accumulo di capitale in funzione di un acquisto futuro. Anche ai fini IVA l'art. 2, co. 2, n. 2), D.P.R. 633/72 stabilisce che «Costituiscono inoltre cessioni di beni: 2) le locazioni con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per entrambe le parti;» Anche l'art. 27, co. 3, D.P.R. 131/1986 stabilisce che: «non sono considerati sottoposti a condizione sospensiva le vendite con riserva della proprietà e gli atti sottoposti a condizione che ne fanno dipendere gli effetti dalla mera volontà dell'acquirente o del creditore». La stessa soluzione era stata individuata già dal Consiglio Nazionale del Notariato. «Nel caso di locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti, che comporta il trasferimento della proprietà in modo automatico senza necessità di un ulteriore atto di consenso, gli effetti civilistici differiscono da quelli fiscali, nel senso che: - ai fini contrattuali, il diritto di proprietà rimane nella sfera giuridica del locatore, sino al momento dell'effettivo suo trasferimento, all'avverarsi della condizione determinata dal pagamento integrale del corrispettivo di vendita, composto dai canoni periodici e dal corrispettivo finale; - ai fini fiscali, l'effetto economico del trasferimento della proprietà si intende, invece, anticipato al momento della stipula del contratto di

reputa applicabile la norma in parola, per cui gli effetti fiscali dell'operazione risultano posticipati all'atto della vendita.

Anche qui il parere ha ad oggetto un'operazione immobiliare, ma a maggior ragione, quando si tratti di *rent to buy* di azienda la tassazione è quella legata alla qualità di imprenditore che assume l'affittuario per il quale i canoni pagati, senza differenziazione di quota, saranno considerati costi per godimento di beni di terzi e in quanto tali deducibili dal reddito d'impresa. In aggiunta l'affittuario potrà anche senza aver sostenuto il costo dell'acquisto degli immobili dedurre dal proprio reddito le quote di ammortamento dei beni materiali⁴⁹. E poi, nell'ipotesi fisiologica di gestione che abbia fatto aumentare il valore dell'azienda, l'affittuario potrà anche godere di tale maggior valore che invece nelle ipotesi di affitto è oggetto di un conguaglio in danaro al concedente.

Nulla a che vedere con le formule alternative di accumulo di un capitale, per le quali, in caso di liquidazione, l'attuale sistema fiscale prevede addirittura la tassazione del *capital gain*.

Nelle operazioni di *rent to buy*, il pagamento del canone e, per quanto qui interessa, della parte destinata all'accumulo è infatti un atto di disposizione che sposta la somma dal patrimonio del conduttore a quello del disponente. La somma muta patrimonio, pur non mutando definitivamente titolarità e se, come precisato dal legislatore per il caso di *rent to buy* immobiliare, nell'ipotesi di inadempimento del disponente deve essere restituita, ciò testimonia che si tratta di una disposizione non appropriativa. Che poi la somma, in ipotesi di inadempimento del conduttore, possa essere trattenuta è giustificato da ragioni di tutela del disponente e non influisce sulla qualificazione dell'atto di disposizione.

Del resto che l'accantonamento avvenga con la tecnica del *rent to buy* porta anche ad un altro risultato pratico che è quello di utilizzare una somma evitando una destinazione preventiva che come tale potrebbe essere sottoposta a vincoli. Così mentre per il futuro acquirente la somma versata/accantonata è un costo, anche per il venditore la somma monetaria entra nel proprio patrimonio libera da ogni vincolo di destinazione anche se nella pratica concorre a ridurre il prezzo di vendita e la plusvalenza all'atto dell'alienazione. In altri termini la dazione di quella somma di denaro diventa neutrale⁵⁰ e come tale difficile da inquadrare nel sistema della tassazione⁵¹.

locazione, considerando che tale fattispecie contrattuale è disciplinata in modo univoco ai fini dell'Iva, dell'imposta di registro e delle imposte dirette, ove si statuisce che, ai fini fiscali, non si tiene conto delle clausole di riserva della proprietà: quindi, la cessione produce effetti sin dal momento di stipula del contratto di locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti».

49. La soluzione prospettata è quella operante in assenza di deroga dell'art. 2561 c.c., in caso contrario l'ammortamento competerà all'affittante.

50. Sui rapporti tra liquidazione e destinazione v., R. DI RAIMO, *Liquidazione, liquidità e proprietà. Implicazioni teoriche di sistema e conseguenze pratiche della coniugazione tra liquidazione e destinazione patrimoniale*, in *Riv. dir. bancario*, 09/2014.

51. Ne è una prova anche il succedersi di studi, note e pareri dell'Agenzia delle entrate sull'argomento. V., da ultimo la circolare 19 febbraio 2015, n. 4/E, nella quale si distingue, per i fini dell'imposizione fiscale, tra

Se poi l'affittuario è un soggetto che svolge attività d'impresa la funzione di investimento è ancora più accentuata poiché le uscite sostenute per pagare il canone remunerativo del godimento e anticipatorio dell'acquisto è immediatamente deducibile dai redditi d'impresa⁵².

Lo spazio di liquidità che si crea, sia pure temporaneo e parziale contribuisce ad alleggerire l'operazione di acquisto che invece nelle classiche operazioni di compravendita è rigidamente delimitata dalla concessione di un mutuo di scopo, da un lato, e dall'imputazione del prezzo di vendita con conseguente realizzazione di una plusvalenza tassabile, dall'altro. E, in questo senso, forse può favorire la ripresa del mercato perché rappresenta una opzione per la circolazione rispetto alla staticità del sistema proprietario.

la quota di canone che remunera il godimento, sottoposta alla tassazione applicata alle locazioni e la quota di accantonamento, che dovrebbe essere tassata come gli acconti di prezzo.

52. Infatti, come si diceva, nelle locazioni con obbligo di futura vendita, anche ai fini IVA l'operazione è tassata al momento della conclusione e i canoni pagati anche se rappresentano una quota in conto prezzo non sono eventi rilevanti ai fini IVA. Per queste conclusioni v., R. BELOTTI e F. CAVALLI, *Rent to buy fra problematiche fiscali e dubbi vantaggi economici*, cit., p. 4443 ss.

IL CONTRATTO “DISCIPLINATO” E LA CONCORRENZA TOTALE: LEGGE, GIUDICI E LIBERTÀ DEI PRIVATI AL TEMPO DELLA UE

LUCA NIVARRA

Prof. ordinario Università di Palermo

1. Può apparire strano in un'epoca di iperliberismo, ma il fenomeno più significativo che si presenta oggi agli occhi del giurista è quello della incidenza sempre maggiore della regola di fonte giudiziale sulla regola di fonte contrattuale: una incidenza che si manifesta, e si concretizza, attraverso un ricorso sempre più diffuso, ai “principi” (nozione all'interno della quale devono ritenersi incluse anche le “clausole generali”), ovvero ad enunciati normativi per definizione caratterizzati da una notevole angustia descrittiva e da una speculare indeterminatezza prescrittiva (per usare la vecchia nomenclatura di Hare, un frastico leggero e un neustico pesante). È bene precisare che la “pesantezza” del neustico non discende da una proprietà, apprezzabile sul piano linguistico, della componente prescrittiva dell'enunciato, secondo la tassonomia bobbiana che distingue e ordina i vari gradi della prescrittività in ragione della loro forza, quanto, piuttosto, dall'effetto, apprezzabile sul terreno politico-istituzionale, di devoluzione ai giudici di un segmento della funzione nomotetica, ovvero di costruzione della regola del caso di specie.

In via di prima approssimazione, dunque, il trinomio “giurisprudenza”, “principi”, “autonomia contrattuale” riassume, e descrive, ellitticamente, un processo di riscrittura dei rapporti tra ordinamento giuridico e libertà negoziale, al quale si accompagna (rappresentandone, per la verità, lo specifico modo di essere) la revisione, tanto profonda quanto, specie in alcuni passaggi, caotica, di alcuni importanti protocolli dogmatici (basti pensare all'ormai sistematica ibridazione di regole di validità e regole di responsabilità). Anche a rischio di risultare enfatico, mi sembra di poter dire che, per le forme in cui si manifesta, questo capitolo della relazione tra autorità e libertà rappresenti un inedito nella vicenda delle istituzioni giuridiche della modernità, almeno per quel che attiene al diritto civile e, certamente, per quello che riguarda il caso italiano. Vorrei provare a corroborare questa mia affermazione attraverso un rapido scrutinio dei modi attraverso i quali, storicamente, quella relazione si è incarnata.

All'epoca dello stato liberale, era la legge a fissare i limiti o, per meglio dire, le condizioni in presenza delle quali l'atto di autonomia privata, ovvero la concreta, puntuale manifestazione della libertà contrattuale, poteva dispiegare i suoi effetti. Si tratta di enunciati costitutivi della giuridicità del fenomeno regolato o, quantomeno, della sua rilevanza per il diritto positivo. Indicare a quali condizioni il contratto può dirsi perfezionato equivale a dire cosa sia un contratto per l'ordinamento; ad un livello appena inferiore si collocano

quelle disposizioni che prescrivono la ricorrenza di taluni requisiti o il possesso, in capo a questi ultimi, di talune proprietà (la forma, la forma scritta, la causa, la causa lecita, l'oggetto, l'oggetto possibile e lecito). Il livello ulteriore è occupato dalle vere e proprie regole del gioco, ossia da quelle norme che presiedono alla formazione di un contratto immune, il più possibile, da anomalie cognitive (endogene o esogene) le quali pregiudicano il raggiungimento di un assetto negoziale efficiente (sto parlando, come ovvio, dei vizi della volontà ai quali va aggiunta la rescissione in quanto rimedio che interviene, rimuovendolo, su un assetto di interessi la cui irrazionalità economica non solo è conclamata ma è anche asseverata da fattori esterni (stato di necessità, stato di bisogno) la cui ricorrenza consente di escludere che lo squilibrio delle prestazioni sia riconducibile alla volontà delle parti.

Questo modello traduce fedelmente la perfetta sintesi di giuspositivismo e giusnaturalismo che è alla base delle codificazioni moderne e di cui la relazione tra potere statale e potere privato rappresenta il banco di prova più significativo. Il carattere mimetico della disciplina cui viene assoggettata l'autonomia contrattuale emerge a tutti e tre i livelli di regolazione prima richiamati: condizioni minime di accesso all'efficacia di legge tra le parti, regole del gioco ispirate ad un'idea, anch'essa minima, di giustizia puramente procedurale e, infine, reazione allo squilibrio economico tra le prestazioni limitata alle sole ipotesi di *laesio* doppiamente abnorme, sia sotto il profilo quantitativo sia sotto il profilo qualitativo, ovvero delle cause generatrici dello squilibrio medesimo.

Il modello mimetico può essere accostato alla concezione lockeana del rapporto tra stato di natura e società civile. La fase successiva, viceversa, ha un'impronta più marcatamente hobbesiana. La relazione stato – autonomia privata si arricchisce, infatti, di una vistosa componente decisionistica che si traduce in un atteggiamento correttivo delle deliberazioni dell'autonomia privata allorché queste ultime appaiano difformi dalla *ratio* schiettamente politica che ispira la misura ortopedica. Il richiamo ad Hobbes è, naturalmente, una forzatura. Però coglie, sia pure per eccesso, un dato reale da ravvisarsi nell'esigenza di coinvolgere il diritto privato in una più ampia strategia di regolazione politica del conflitto sociale, tipica della stagione postprotolibérale.

Infine, assistiamo ad un'evoluzione del rapporto tra autorità pubblica e autonomia privata in cui i limiti posti dalla prima alla seconda perseguono l'obiettivo di accorciare le distanze che separano il *Sein* dal *Sollen*, il modo in cui il mercato funziona dal modo in cui il mercato dovrebbe funzionare. La disciplina del contratto, oggi, è un segmento della più generale *policy* proconcorrenziale che ispira l'azione del nuovo sovrano, ossia l'UE e la sua Commissione. L'idea di fondo è che la singola transazione può essere il cavallo di troia di strategie aziendali intese a scollegare il profitto da un efficientamento dell'offerta (come nel caso delle clausole abusive o anche in quello della vendita dei beni di consumo), ovvero lo strumento attraverso il quale avvalersi della propria posizione di forza sul mercato

per lucrare un profitto opportunistico ancora una volta sconnesso da una specifica *performance* imprenditoriale (caso classico quello dell'abuso di dipendenza economica).

A ciascuna di queste tre stagioni corrispondono tre distinti modi di essere del "limite". Nel primo caso, il "limite" non è, in realtà, un vero "limite": si tratta, come ho già anticipato, di una regola costitutiva nel senso che essa trasforma il modo normale di funzionare dell'autonomia privata in un processo idoneo a generare atti (le "fattispecie") impegnative non solo e non tanto per le parti quanto, piuttosto, e in primo luogo, per l'ordinamento giuridico (gli "effetti"), nel senso che quest'ultimo è tenuto a mobilitare la risorsa di cui dispone in esclusiva (la forza) per garantire l'attuazione della promessa. L'indice più chiaro dell'assenza di un vero limite è offerto, qui, dalla circostanza che non vi è contrapposizione tra *Sein* e *Sollen*, dal momento che, a ben vedere, il primo – attraverso la mediazione del diritto – viene trasformato nel secondo.

Nel secondo caso, il "limite" è davvero tale. Quando l'atto di autonomia privato contraddice la legge, la reazione di quest'ultima può non esaurirsi nella comminatoria di nullità (la quale, a ben vedere, rappresenta il lato negativo della costitutività tipica della norma di ricezione del precetto negoziale), ma spingersi sino al punto di sostituire a quella negoziata dalle parti la regola positiva eteronoma. È evidente che, nell'ipotesi in esame, si registra una reale divaricazione tra il *Sein* e il *Sollen* e questo, in pari tempo, dà ragione della veracità del "limite" che, viceversa, in epoca protolibérale, come abbiamo visto, è soltanto apparente.

Il terzo caso è quello più ambiguo e più difficile da decifrare. Si può sostenere, tuttavia, che, sia pure con le dovute precisazioni, esso abbia molte più cose in comune con il primo che non con il secondo degli scenari sin qui evocati. Intanto, è fuor di dubbio che ora il "limite", qualunque forma esso assuma – e su questo tornerò entro breve –, non è il vettore di un ordine "altro" rispetto a quello che si incarna nell'atto di autonomia privata. Infatti, il legislatore odierno, a differenza del suo immediato predecessore, non affida alla norma cogente il compito di trasferire in seno al contratto istanze di ordine politico in quanto tali del tutto estranee alle valutazioni dei privati: al contrario, egli si propone come obiettivo di correggere un'applicazione imperfetta e fallace del mercato, il cui funzionamento ottimale è precluso da uno squilibrio di potere che, in concreto, ha inciso negativamente sull'assetto di interessi raggiunto dalle parti (anzi, per essere più precisi: lo squilibrio di potere è elemento integrante dell'assetto di interessi). Sotto questo profilo, il "limite" tipico della fase attuale individua una reazione dell'autorità ad un perturbamento dell'ordine delle transazioni private analoga a quella che caratterizza il "limite" istituito dal legislatore liberale attraverso la previsione del vizio della volontà come causa di annullabilità del contratto: e, difatti, in un caso e nell'altro, a ben vedere, *Sein* e *Sollen* sono assai più vicini di quanto non lo siano allorché il precetto legale si sostituisce a quello negoziale. Vi è, tuttavia, una differenza fondamentale dalla quale discendono alcune con-

seguenze molto importanti che rappresentano, poi, il nucleo dei problemi con cui oggi l'interprete è chiamato a misurarsi. La differenza in questione origina dal fatto che mentre il perturbamento indotto dal vizio della volontà presenta i caratteri della contingenza e dell'occasionalità, il perturbamento indotto dallo squilibrio di potere è strutturale e la sua rimozione (o, per meglio dire, la sua neutralizzazione) non può essere affidata alla sola iniziativa del singolo.

Da qui la prima delle conseguenze alle quali facevo cenno in precedenza, ossia il ricorso alla nullità come rimedio rescissorio azionabile dal solo interessato (dove la sua "relatività") ma, al pari di tutte le nullità che si rispettano, affidato anche all'ufficio del giudice (art.7, d.lgs.n.231/2002; artt.6 e 9 l.192/1998, art.36 cod. cons.). Del resto, al netto della legittimazione di parte amputata, l'idea che una transazione individuale possa essere nulla perché contraria all'ordine economico non è certo una novità: e nulle, come è noto, sono anche le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire o restringere la concorrenza. Le "nullità economiche" di ultima generazione, però, differiscono sia da quelle civilistiche classiche sia da quelle *antitrust*. Dalle prime perché l'ordine pubblico economico, nella sua declinazione liberale, individua un ordine dato, e non certo costruito, la difformità dal quale del singolo atto di autonomia privata dovrebbe presentarsi, agli occhi del giudice, come autoevidente; mentre nella sua declinazione interventista, esso si specifica in una serie di norme puntuali che rendono sostanzialmente superfluo il ricorso alla clausola generale. Dalle seconde, perché l'accertamento dell'effetto restrittivo della concorrenza è, al contrario, operazione estremamente complessa la quale, non a caso, prevede una competenza tecnica parallela a quella del giudice ordinario (mi riferisco, come ovvio, all'AGCM). Infatti, per un verso, lo squilibrio di potere non soltanto non è, nell'ottica delle disposizioni richiamate, di evidenza immediata ma esso, in ogni caso, è apprezzabile soltanto attraverso gli indicatori grossolanamente tipizzati dal legislatore (lo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti in quanto discendente dalla vessatorietà della clausola predisposta *ab uno latere*, l'abuso di dipendenza economica, le condizioni gravemente inique); per altro verso, e di ciò offre una conferma inequivoca proprio l'art.9 l.n.192/1998, la scala sulla quale si svolge l'accertamento del giudice è quella del singolo affare e non quella del mercato rilevante. Ora, a mio avviso, questa circostanza è decisiva e può aiutare a intendere le ragioni profonde del fenomeno che stiamo esaminando. A tal fine è necessario avere ben presente le modalità assai diverse che presiedono ad un giudizio di illiceità economica di un atto, ivi incluso un atto negoziale, a seconda che si tratti di ricavare gli elementi necessari alla formulazione di quel giudizio dalle conseguenze che l'atto produce su uno spazio che lo trascende, ovvero rimanendo entro i confini segnati dallo stesso. Nel primo caso entrano in gioco numerose variabili che vanno dal bene o servizio di riferimento, alla conformazione del mercato per rapporto al modo in cui, al suo interno, sono distribuite le quote tra le singole imprese, al maggiore o minore

grado di integrazione di queste ultime, alla presenza o meno di barriere all'ingresso, ecc.: tutti fattori che dovranno essere ponderati al fine di stabilire se una certa pratica limita la concorrenza e, dunque, è illecita. Nel secondo caso, tutto, alquanto claustrofobicamente, ruota attorno all'asse squilibrio di potere – indicatore tipizzato (grossolanamente, è bene rammentarlo) di quest'ultimo, sicché il giudizio di illiceità finirà per concentrarsi su quel segmento del contratto in cui lo squilibrio ha preso corpo. Ed è in questo passaggio che si annida il cortocircuito tra *a*) povertà delle informazioni disponibili, *b*) complessità di una valutazione che investe un profilo – il *surplus* di potere negoziale – non sempre serializzato, ovvero presentato dal legislatore come predicato strutturale della posizione di uno dei contraenti (il professionista, il debitore) e, infine, *c*) impegnatività del rimedio attivabile, cioè la nullità.

La sequenza che ho appena delineato restituisce, in una versione più nitida, l'immagine di cui mi ero avvalso inizialmente, quella del frastico leggero e del neustico pesante. L'orizzonte cognitivo del giudice è molto angusto ma il compito che gli è stato affidato è insolitamente complesso e delicato dovendo egli decidere della sorte di una transazione individuale sulla base di indicatori tipizzati alla buona i quali, nella sostanza, riproducono strutture deontiche (concetti giuridici indeterminati come “squilibrio tra diritti e obblighi” o “condizioni inique”, oppure vere e proprie clausole generali come “buona fede” o “correttezza”) che programmaticamente trainano il decisore oltre i confini dell'interpretazione per attingere il piano, ben più impegnativo, del completamento della regola da applicare al caso di specie. È così, in definitiva, che funziona l'odierna dialettica autorità – libertà dove, assai più che in passato, lo spazio corrispondente all'autorità è caratterizzato da una divisione di compiti tra legislatore e giudice proprio a causa dell'investitura qualitativa che il secondo riceve dal primo; ed è così che si spiega, almeno a mio avviso, quella ibridazione di regole di validità e regole di responsabilità su cui la nostra letteratura più recente tanto si è arrovellata negli ultimi anni.

Ci sarebbe ora da chiedersi quale sia la causa di questo fenomeno in virtù del quale – attraverso la doppia, connessa mediazione del “principio” (inteso nell'accezione ampia proposta più sopra) e della nullità – il giudice acquisisce poteri di correzione della regola pattizia che non soltanto sono cosa assai diversa da quelli integrativi, esperibili *in executivis*, che eravamo abituati a conoscere (così come sono cosa assai diversa dalle ortopedie legali tipiche della stagione interventista), ma presentano un tratto di inedita strutturalità, nel senso che la devoluzione a favore del giudice di questi poteri si iscrive all'interno di un orizzonte regolatorio il quale contempla come normale la circostanza che spetti al giudice stesso di modificare il contratto al fine di neutralizzare le distorsioni indotte dallo squilibrio di potere. Verosimilmente, il carattere strutturale del potenziamento del ruolo del giudice è un riflesso del carattere strutturale della anomalia da correggere: volendo, però, andare oltre questa prima osservazione di per sé abbastanza ovvia, nel senso di

puramente descrittiva, si potrebbe aggiungere che l'innesto sull'autonomia privata, e sulla sua disciplina, di un *telos* caparbiamente e molecolarmente filoconcorrenziale attiva un meccanismo pressoché irresistibile di attrazione della funzione giudiziale nei processi di governo delle transazioni individuali in ciascuna delle quali il legislatore comunitario ravvisa, in pari tempo e in modo del tutto speculare, ora una occasione di sviluppo del mercato, ora il rischio che l'originario squilibrio di potere cristallizzi, opportunismo dietro opportunismo, una illegittima rendita di posizione. È chiaro che, se le cose stanno in questi termini, ci troviamo in presenza di uno smottamento degli equilibri istituzionali classici il cui punto di emergenza è rappresentato dalla piena integrazione del giudice nel ciclo regolatorio, essendo egli chiamato a svolgere, insieme con altri attori (P.A., Autorità, ecc.) compiti di amministrazione dell'autonomia privata, certo inediti rispetto ai paradigmi ricevuti ma del tutto coerenti con la *totale Mobilmachung* da tempo decretata dall'UE a sostegno del suo titanico progetto di società al servizio della concorrenza.

2. Siamo in presenza, dunque, di un vero e proprio passaggio d'epoca, di un mutamento sistemico che pone il civilista di fronte ad un protagonismo delle corti che non può essere considerato il frutto di un incidente di percorso, di un'anomalia transitoria discendendo esso, viceversa, dalla fisionomia impressa al sistema giuridico, e al suo modo di funzionare, dalla "nuova ragione del mondo". Da questo punto di vista, debbo dire molto francamente, le reazioni suscitate nella nostra dottrina da alcuni arresti davvero "esemplari" (a scanso di equivoci chiarirò subito in che senso debba intendersi esemplari) delle nostre corti superiori mi sono sembrate abbastanza fuori quadro. Queste pronunzie – mi riferisco a Cass. ss.uu., n.18128/2005 in materia di riduzione officiosa della penale, a Cass. n. 20106/2003 in materia di recesso *ad nutum* e Corte cost. (ord.) n.77/2014 e n.248/2013 in materia di caparra confirmatoria – sono state oggetto, per lo più, di valutazioni piuttosto severe da parte di chi ha avuto modo di occuparsene e, in linea di massima, si tratta di censure ampiamente giustificate sotto il profilo strettamente tecnico. Tuttavia, mi sembra sia mancata la percezione della portata del fenomeno di cui esse sono la (più o meno) maldestra espressione. Ciò che le accomuna, infatti, al di là di una articolazione del ragionamento assai approssimativa (se non schiettamente affabulatoria, come nel caso di Cass. n.20106/2003) è una piena sintonia con lo spirito del tempo e una messa in opera del binomio "principio" – nullità che, come si è visto in precedenza, rappresenta il tratto distintivo della relazione "autorità" – "libertà" di terza generazione. Si tratta, a voler essere precisi, di cripto-nullità (o, come nel caso delle due ordinanze della Consulta, di una nullità immanente al sistema, rivelabile attraverso il filtro dell'art. 3, comma 2 Cost.), ma non per questo diverse, nella sostanza, da una nullità conclamata. Basti considerare che, almeno *quoad effectum*, il risultato finale, al di là delle declamazioni di principio, è del tutto coincidente, nella misura in cui, trattandosi di ortopedie che investono la clausola in

quanto tale (sia pure attraverso l'ovvia mediazione delle condotta attuative di quest'ultima che dell'ortopedia rappresentano l'impreteribile presupposto processuale), esse pongono capo ad un'espunzione della medesima dal contratto sulla base del richiamo a "principi" come quello di equità nel caso della riduzione officiosa della penale o come quello di buona fede nel caso del recesso *ad nutum* (a loro volta incardinati in un orizzonte di senso dominato dal richiamo, esplicito o sottointeso, allo squilibrio di potere contrattuale)¹. Come è agevole costatare, si tratta di uno schema pienamente conforme a quello delineato in precedenza: di talché ben può dirsi che, al netto delle gravi incertezze dogmatiche denunciate dalla nostra dottrina e che, per la verità, potrebbero, viceversa, essere interpretate come le prime prove di un nuovo stile argomentativo, la nostra giurisprudenza appare allineata ad una tendenza generale ormai consolidata (si veda, a mo' di riscontro CGUE, 30 aprile 2014, causa c.26/13, *Arpad Kasler*).

Vorrei chiudere con una rapida osservazione a proposito della "giustizia contrattuale" di cui pure molto si è discusso, e si continua a discutere, in Italia. Indipendentemente dal modo in cui le cose vengono nominate (equità, buona fede, trasparenza ecc.) a me sembra abbastanza evidente che il dispositivo funzionale alla correzione dello squilibrio persegue un obiettivo molto diverso e molto più pragmatico, che è quello di bonificare le transazioni individuali dal rischio di opportunismi potenzialmente anticompetitivi: ne discende che la "giustizia" prenderà qui la forma di un effetto collaterale dell'applicazione di quel dispositivo, ovvero si atteggerà a strumento attuativo di quel disegno, sicché di essa, del suo nome, potrà farsi un uso puramente descrittivo. Nell'un caso e nell'altro, una sorte ben strana per quello che dovrebbe essere un valore ultimo, un fine, dell'ordinamento giuridico e della sua *Rangordnung*: ma anche questo, verosimilmente, è un segno dei tempi e della loro assai prosaica inclinazione.

1. Nel caso di Cass. ss.uu., n.18128/2005, l'equivalenza è addirittura dichiarata là dove il giudice simula l'ipotesi che la penale non fosse stata oggetto di espressa previsione da parte del legislatore, di talché, ove introdotta dalle parti, se ne sarebbe dovuta verificare officiosamente la meritevolezza ai sensi dell'art.1322, comma 2 c.c.: uno scenario che, va da sé, incorpora la possibilità di una riduzione del suo ammontare mediata, questa volta, da una inevitabile declaratoria di nullità.

**ANCORA SULL'ART. 2929-BIS C.C. (NEL CANONE DI MAURO BOVE):
È VERO MA...
(L'OPINIONE DEL CIVILISTA E LA "CRISI" DELLA FATTISPECIE)**

STEFANO PAGLIANTINI
Prof. ordinario Università di Siena

SOMMARIO: 1. L'immagine dell'art. 2929-bis secondo un'opinione recente. – 2. L'asserita natura processuale dell'art. 2929-bis: critica ed una chiosa. – 3. Sulla presunta bypassabilità delle azioni di nullità e di simulazione: confutazione. – 4. Il problema suscitato da un'applicazione intertemporale dell'art. 2929-bis. – 5. Commiato.

1. Il dibattito sull'art. 2929-*bis* c.c. non accenna ad acquietarsi: e lo scritto che precede è l'attestazione sintomatica di come la vischiosità di una norma controversa, e rimaneggiata (come si sa) appena un anno dopo la sua apparizione, non si concentri soltanto sul crinale (ad alto tasso di tecnicismo per altro) del concorso tra i creditori. Che poi sia un concorso interno, perché riguardante i creditori del comune debitore alienante, ovvero esterno, in quanto involgente costoro ed i creditori dell'avente causa da quel debitore.

Nella densa pagina di Mauro Bove¹, per il civilista, in particolare, sono tre gli interrogativi che catturano l'attenzione. Nell'ordine: *primo*, l'art. 2929-*bis* è davvero una norma esclusivamente processuale?, *secondo*, l'accertamento giudiziale bypassabile, usiamo la felice formula di Bruno Capponi², si declina al singolare o al plurale?, *terzo*, la retroattività dell'art. 2929-*bis*, avuto riguardo ai rapporti ancora pendenti alla data del 27 giugno 2015, è imbrigliabile nella cornice di una tutela dell'affidamento?

Come può agevolmente notarsi, sono tre quesiti di stringente spessore che, se letti soprattutto l'uno in funzione dell'altro, danno (diremmo) una rappresentazione fedele di come l'illustrare la ragion sufficiente dell'art. 2929-*bis* continui ad essere, nel panorama attuale, tutt'altro che un esercizio di stile. Siccome ci è poi capitato di imbastire altrove un discorso impostato su delle coordinate argomentative spesso di tutt'altro segno³, non si può non compulsare la (ricca) pagina di Mauro Bove per appurare se davvero la cifra (dell'art. 2929-*bis*) si collochi là dove questo a. suggerisce di fermarla. Con un'avvertenza preliminare, sincopando al massimo il discorso: che, quanto alla prima questione, siccome l'insidia nominalistica è sempre in agguato, finisce (ci parrebbe) che tutto sta ad inten-

1. In *L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative*, in *Riv. esec. forz.*, 2017.

2. In *Prime riflessioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, p. 59 ss.

3. In *A proposito dell'art. 2929-bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, in *Enr. dir. prin.*, 2017, p. 167 ss.

dersi; sulla seconda, viceversa, il dissenso rimane netto quantunque, è bene evidenziarlo, il recitativo legale non sia certo perspicuo mentre, quanto all'applicazione intertemporale dell'art. 2929-*bis* c.c., l'inclinazione di Mauro Bove a ritenere che non possa farsi ivi questione di un affidamento meritevole di tutela getta (in effetti) una luce diversa (e non di mera facciata) su di un profilo che forse la dottrina prevalente ha finito (finora) per trattare un po' troppo di sfuggita.

Ma procediamo, muovendo prima di tutto dall'ascolto della pagina di Mauro Bove.

2. Prima questione, quanto all'idea che l'art. 2929-*bis* non sia una norma di diritto materiale. Il che, come già testimoniato da un suo precedente scritto⁴, rappresenta un *continuum* nel pensiero di questo autore.

Chi legge l'art. 2929-*bis* come una disposizione derogante all'art. 2915 c.c., cioè alla regola secondo cui soltanto gli atti (dispositivi) successivi al pignoramento sono inopponibili al creditore procedente, dandosi ivi viceversa una fattispecie nella quale inopponibile a detto creditore è pure un atto (di liberalità o di destinazione in vincolo) avente ad oggetto un bene (immobile o mobile registrato) non ancora pignorato, prende, secondo Mauro Bove «un abbaglio», confondendo «le regole del processo esecutivo con le regole sostanziali che presidono alla liceità dell'espropriazione forzata, ossia alla giustizia dell'esecuzione dal punto di vista del suo oggetto». L'art. 2740 c.c., prosegue questo a., è rimasto intatto e la «ritualità [dell'esecuzione forzata] si fonda sulla sussistenza di quelli che ben sono stati definiti come “indici di appartenenza”, che in sé sono solo concetti di diritto processuale e non di diritto sostanziale». Di qui la chiosa: l'art. 2929-*bis* non detta una qualche forma (temporanea e relativa) di inefficacia/inopponibilità legale, limitandosi a fornire soltanto «un ulteriore indice di responsabilità», indice foriero, questo sì, di «una più ampia utilizzabilità processuale dell'azione esecutiva, ma non [di] una sua più ampia liceità sul piano sostanziale»⁵. Insomma, l'art. 2929-*bis* sarebbe niente più che una norma attributiva al creditore di una legittimazione a pignorare, «invertendo[si ivi] l'onere dell'iniziativa processuale, [per effetto di un ribaltamento sul] controinteressato [del] l'onere [di] instaurazione del momento cognitivo». Il materializzarsi delle condizioni di legge, osserva conclusivamente Bove, fa sì che si dia una pignorabilità del bene coinvolto: «altro è che ciò sia giusto ossia lecito sul piano sostanziale!»⁶.

Ora, come chiarito nell'*incipit*, la sensazione latente è che bisogna intendersi. E, per farlo, occorre spigolare analiticamente la pagina di Bove, distinguendo ciò che (ci pare) ineccepibile da quanto invece continua a sembrarci lineare sì ma non persuasivo. Nell'ordine.

4. In *Profili processuali dell'art. 2929-bis*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, p. 157 ss.

5. Cfr. BOVE, *L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative*, cit.

6. In *L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative*, cit.

Primo, se l'appellativo di "processuale" sta a dire che, per effetto dell'art. 2929-*bis* c.c., non c'è l'attribuzione al creditore di un *nuovo diritto*, dandosi piuttosto normativamente una legittimazione a circuitare una fase (prima infungibilmente necessaria) di accertamento giudiziale (dell'*eventus* e della *scientia damni*), il tutto nell'ottica di meglio ottimizzare la realizzazione coattiva del credito, allora Bove ha pienamente ragione. Chi scrive neanche vuol adombrare l'idea che l'art. 2929-*bis* abbia inciso *quantitativamente* sul perimetro dell'art. 2740 c.c.: il disporre in frode ai creditori era e rimane precluso perché non la regola di condotta è mutata bensì l'apparato protettivo che le fa da corona, nei termini (come ci è capitato di osservare) di una più marcata dissuasività *in contrahendo*⁷. Insomma, se processuale è qualificativo indicante un'ovvietà⁸, detto stipulativamente non si è introdotto per il tramite dell'art. 2929-*bis* un qualche *vincolo di indisponibilità patrimoniale* a carico del debitore ed in favore dei creditori, Bove coglie (e per certo) nel segno. Il punto è che, stando al periodare di questo a., processuale è un appellativo che, nell'economia dell'art. 2929-*bis*, dovrebbe rilevare *in positivo* piuttosto che *in negativo*. Il che, nel contempo, esclude pure però che lo si dia quale *corollario* di una mera modifica del regime di opponibilità del pignoramento quando (sottinteso) sia questione di atti (gratuiti) di alienazione o di destinazione. La deduzione è infatti intuitiva: ove il tutto (della novella) a questa semplice modifica (del regime di efficacia di *un* tipo di pignoramento) dovesse ridursi, allora il legislatore (anziché interpolare una nuova disposizione) avrebbe potuto direttamente riscrivere *in parte qua* il disposto dell'art. 2915, comma 1 c.c.

Ma proseguiamo.

Secondo, se "processuale" sta invece a significare che l'art. 2929-*bis* dà corpo ad un rimedio distinto dalla revocatoria, veicolando (detto precetto) un'azione, propriamente esecutiva, eccedente il ripristino della garanzia del credito, Bove è di nuovo (e pienamente) nel giusto. Semmai andrebbe aggiunto che, per effetto dell'art. 2929-*bis*, adesso abbiamo un credito (di denaro) chirografario, trattato alla stregua di un credito privilegiato, assistendolo un'azione esecutiva *speciale* in quanto "monopolizzante" taluni cespiti dismessi gratuitamente⁹. Altrove, e qui la riproponiamo, ci è capitato di abbozzare l'immagine di un pignoramento che adesso, senza passare per il medio *o* di un *ius sequelae o* di

7. Lo dicono bene CARENA – DI SAPIO – GIANOLA, *L'applicazione intertemporale dell'art. 2929-bis c.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, p. 410, la *differentia* specifica tra pauliana e 2929-*bis* «assume ... una portata non già "qualitativa" ... bensì "quantitativa" nel senso che, con il rimedio di cui all'art. 2929-*bis* c.c., l'inefficacia viene ottenuta in modo sensibilmente più agevole».

8. Tale perché se davvero qui si avesse l'emersione di un vincolo di indisponibilità, stante la sua inerenza *per legge* ai soli negozi aventi ad oggetto beni immobili e mobili registrati, dovrebbe allora riconoscersi che la novella ha legalizzato la figura *singolare* di un potere di disporre *intermittente*, in quanto esistente (quanto al debitore) per determinati beni e carente per altri. Un *non sense* com'è intuitivo.

9. Lo ha notato finemente CAPPONI, *Prime riflessioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)*, cit. p. 59 s.

una sentenza costitutiva, presenta le fattezze di un *prius* (e non di un *posterius*) “dedicato”: rimediabilmente parlando, al creditore qualificato dell’art. 2929-*bis* si è riconosciuto un *potere d’azione*¹⁰, sui beni donati o costituiti in vincolo, che si estende all’anno successivo alla trascrizione degli atti in oggetto. Bene, anticipando così il succo della critica che intendiamo opporre, come si fa ad immaginare un potere di azione esecutiva incidente su di un atto che rimarrebbe nel frattempo efficace di pieno diritto?, anche perché, aggiungiamo, Bove tende ad escludere, insieme all’elaborazione dottrinale corrente¹¹, che la fase cognitiva dell’opposizione sia maneggiabile, nell’ipotesi di rigetto, da «fonte dell’effetto revocatorio sostanziale»¹². Per Mauro Bove, se si è ben inteso, l’art. 2929-*bis* formalizzerebbe piuttosto un caso di azione esecutiva anticipata¹³. Ma chi scrive non ha contezza di *casi* nei quali un’azione esecutiva si dia senza che l’efficacia pregiudizievole (del rapporto giuridico sostanziale) non sia stata prima dimidiata. Che poi questa inefficacia trovi titolo in una sentenza o nella legge.

Terzo, se “processuale”, per finire, allude all’aversi qui un nuovo indice di responsabilità, incrementante il potere del creditore di procedere ad esecuzione forzata, è ineccepibile (ancora una volta) che si stia formulando una proposizione «vera», essendo indubitabilmente esatto che l’art. 2929-*bis* sia una norma attributiva di una tutela reale *anticipata* al creditore titolato precedente, preferito (ad onta dell’art. 2741 c.c.) al debitore ed al terzo proprietario.

Epperò, ecco il punto!, siccome la pignorabilità ha qui per oggetto dei beni sui quali non vi è un diritto reale di garanzia e neanche è stato ottenuto (dal creditore) un giudicato di revoca, come fa (ecco la domanda) il nuovo indice di responsabilità, di cui Bove discorre, a prescindere da un’opponibilità (di legge) ostativa a che il donatario (detto ellitticamente) possa esercitare la propria situazione di appartenenza in pregiudizio del

10. Attribuzione al creditore, «in funzione dell’interesse alla soddisfazione del credito, [di] una sorta di diritto di seguito o, se si preferisce, [si dà] una sorta di effetto trascinamento dei beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito»: così DI SAPIO, *Introduzione all’art. 2929-bis e al novellato art. 64 l. fall.*, in *DEI*, 2016, p. 218 s. In termini prossimi si colloca SCOTTI, *La c.d. “revocatoria semplificata” ex artt. 2929-bis c.c. e 64, ultimo comma l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, p. 483 che declina l’art. 2929-*bis* quale norma espressiva di una nuova tecnica realizzante «l’ingerenza del creditore individuale ... sul bene del terzo».

11. L’opposizione, di là dal fatto che è eventuale e successiva, accerta sì l’esistenza (o il mancato darsi) dei presupposti dell’azione esecutiva, non cancellando però (e di per sé) un’inefficacia (già prodottasi) che trova titolo altrove. V., a titolo esemplificativo, DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della panliana (note sull’introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 450 (è improbabile che, «entro le maglie strette della decisione sull’opposizione» sia ravvisabile l’esistenza di una pronuncia di revoca) nonché MICCOLIS, *Brevi riflessioni sull’art. 2929-bis c.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, p. 336 ss.

12. Così OLIVIERO, *La revocatoria “semplificata” degli atti gratuiti: profili problematici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 1215.

13. V. già in *Profili processuali dell’art. 2929-bis*, cit., p. 159, ove il rilievo su delle opposizioni esecutive catalogate a guisa di «processi dichiarativi innestati sul tronco del processo esecutivo».

creditore anteriore? Alle corte: il *posterius* di una pignorabilità che non conosce il *prius* di un'inopponibilità, per opinione unanime *relativa e temporanea*, ov'è che si incardinerebbe? Delle due, infatti, l'una: o si ammette il conio di un *monstrum*, come l'ha ben etichettato Marco De Cristofaro¹⁴, a guisa del quale qui si avrebbe un'antegrazione degli effetti del pignoramento¹⁵, e (*per incidens*) l'idea (non meno bislacca) di una retroattività del pignoramento (di beni alienati e destinati gratuitamente nell'anno precedente) si muove negli stessi dintorni¹⁶, oppure si deve riconoscere, come pare abbia più di un costrutto, che l'art. 2929-*bis* è piuttosto una norma che ha *modificato* la rilevanza esterna delle alienazioni a titolo gratuito, sospettate di pregiudicare i creditori anteriori¹⁷. *Tertium non datur*. Col che, se non la si vuol dire *norma materiale*, in quanto attributiva (giova ripeterlo) non di un *diritto* ma di un *potere d'azione*, potrà riconoscersi che l'interprete è al cospetto di una previsione posta sul *crinale*, sommando il profilo sostanziale a quello processuale. Poco cambia nella sostanza, decisivo mostrandosi piuttosto il fatto che, esportando la presunzione di frode di cui all'art. 64, l. fall., il legislatore ha mostrato di volerla ricongiungere non più, com'era, ad una *qualità* del debitore (fallito), bensì (com'è) al *contenuto* del rapporto patrimoniale instauratosi. Il tutto a motivo di una (rinnovata ed amplificata però) forma di (legittima?) suspizione verso «tutto ciò che è gratuito»¹⁸.

Tra l'altro, volendo così archiviare la questione, che la forma di un'inopponibilità (temporanea) *ex lege* faccia almeno da pre – comprensione al discorso del legislatore, emerge nitidamente là dove il comma secondo dell'art. 2929-*bis* recita che, se l'atto di liberalità ha riservato uno dei diritti di cui all'art. 2812, comma 1, c.c., allora «il creditore pignora la cosa come libera nei confronti del proprietario». Domanda, ci sia consentito l'espedito retorico, non è questa una prevalenza (dei creditori anteriori pregiudicati) che la legge enuncia per il medio di un'inopponibilità degli effetti (di un'alienazione gratuita) riservata ai creditori precedenti entro l'anno dalla trascrizione dell'atto?

Piccola chiosa. Di metodo anzitutto.

La polemica, giova sottolinearlo, non sarebbe montata se il legislatore, coniando l'art. 2929-*bis*, fosse ricorso alla tecnica sperimentata della “fattispecie”. L'avervi scopertamente soprasseduto, *dandosi* nella norma unicamente i presupposti di un'azione esecutiva di

14. V. DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, cit. 447, nt. 41.

15. È la tesi, descrittiva (principalmente) per la verità, suggerita (a prima lettura) da FRANCO, *La novella codicistica dell'art. 2929-bis c.c. tra accelerazione delle tutele creditorie e riflessioni sistematiche. Primo commento*, in *Foro nap.* 2015, p. 685 ss.

16. V., puntualmente, SCOTTI, *La c.d. “revocatoria semplificata” ex artt. 2929-bis c.c. e 64, ultimo comma l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, cit. p. 489 ss. e p. 491.

17. V. così pure A. FEDERICO, *Alienazioni a titolo gratuito e tutela dei creditori ex art. 2929 bis c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 786 ss.

18. Così NIVARRA, *Le mobili frontiere della gratuità: revocatoria fallimentare*, in GALASSO – MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 107.

cui sono poi illustrate le modalità di esercizio, è all'origine di un equivoco che taluno ha immaginato di risolvere parlando di una disposizione formalizzante un *rimedio* posto «a ridosso dell'interesse tutelato, uno di quei rimedi, cioè, che pur agganciato all'esistenza del diritto, [qui quello] del creditore all'adempimento, ne prescinde nel suo collegamento diretto con l'interesse tutelato, sì da mirare al suo soddisfacimento al di fuori delle tradizionali categorie civilistiche»¹⁹. Detto altrimenti, l'art. 2929-*bis* andrebbe inteso come l'epifania settoriale di quella logica rimediale che molti adesso reputano prevalente su quella, recessiva viceversa, della fattispecie²⁰.

Intendiamoci, può anche essere vero visto che, a livello di nomenclatura legale, è indubitabile (giova ripeterlo) che l'art. 2929-*bis* si presenti come un precetto *incompleto*, complice l'omessa indicazione (bettianamente parlando) dell'effetto materiale scaturente «dalla sussistenza degli elementi del caso astratto contemplati dalla norma»²¹. Il fatto è che l'interprete medio non deve indugiare nell'equivoco del legislatore, scambiando la *non testualità* dell'effetto sostanziale (l'inefficacia/inopponibilità) con una sua carenza *tout court*. Descrittivamente l'art. 2929-*bis* può pure declinarsi come un rimedio contro il patrimonio, del debitore o di un terzo, riconosciuto *per saltum* in una chiave di realizzazione soddisfattiva, cioè «accorciando ... le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse e/o al bene che si intende tutelare»²². Il *bypass* che accorcia scardina, è vero, il nesso tra diritto soggettivo e potere d'azione, non anche quello però tra bisogno di tutela (del creditore) e soggezione del terzo avente causa, nesso trasfuso (lo ripetiamo) in un mutamento (a monte) del grado di rilevanza esterna del negozio (gratuito) supposto in frode. Dire che l'art. 2929-*bis* è norma regolativa di effetti degli effetti²³, potrebbe (all'occasione) tornare utile visto il sottinteso che le è correlato (l'art. 2929 *bis*, piaccia o no, è norma che rende perdenti pure quei terzi che abbiano trascritto *prima* della trascrizione del pignoramento).

3. Seconda questione, riguardo alla qualificazione dell'art. 2929-*bis* come norma bypassante *ogni* accertamento giudiziale prodromico ad una declaratoria di inefficacia negoziale: dunque pure a quelli accertamenti che precedono una sentenza di nullità e di simulazione. Scrive Bove, contestando così una lettura maggioritaria parcellizzante

19. Così SCOTTI, *La c.d. "revocatoria semplificata" ex artt. 2929-bis c.c. e 64, ultimo comma l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, cit. p. 505.

20. V., per tutti, la *querelle* tra NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico ?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 583 s. e DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, ivi, p. 703 ss.

21. Cfr. SCOTTI, *La c.d. "revocatoria semplificata" ex artt. 2929-bis c.c. e 64, ultimo comma l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, cit. p. 504 mentre la pagina (di Betti) evocata si trova, com'è risaputo, in *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (ristampa della 2 ed.), p. 8.

22. Così DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 351.

23. Così OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis. Dalla pauliana alla "renziana"*, Torino, 2015, p. 4 e CATALANO, *L'art. 2929 bis c.c. nel sistema dei rimedi revocatori*, Napoli, 2016, p. 14.

viceversa il perimetro dell'art. 2929-*bis* a motivo della sua natura eccezionale²⁴, se il *bypass* (del momento cognitivo) «vale a fronte di atti gratuiti revocabili, per quale oscura ragione non dovrebbe valere, e direi a maggior [motivo], anche a fronte di un atto gratuito nullo o simulato»?²⁵ Il recitativo legale, “ancorché [il creditore trascrivente il pignoramento] non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia”, non distingue.

Senza insistere sull'argomento che la gratuità normativamente selezionata ha da essere *documentale* oppure *non è*, qui potremmo cavarcela notando che, siccome non si dà una pignorabilità “isolata” bensì (come notavamo) *una* che rileva sempre e soltanto da vicenda a valle di una trascrizione (del pignoramento) causativa di un'inopponibilità che è di legge (e non per sentenza costitutiva), allora (diremmo che) soltanto *quel* tipo di fase procedimentale, consustanziale a *quel* genere di inefficacia relativa, è stato messo tra parentesi. Non già *tutte* le fattispecie che conducano a declaratorie di inefficacia. A ragionare diversamente, lo si nota *en passant*, il rischio di un *abuso* nella tutela del credito, in quanto qualsiasi terzo resterebbe così esposto al pignoramento promosso dal creditore (del proprio dante causa) allegante (e senza dunque darne prova) la simulazione dell'acquisto a titolo oneroso, risulta (diremmo) di palmare evidenza²⁶.

Come può notarsi la (pur attenta) replica di Bove sta o cade dunque con il suo presupposto, che non appartiene al modo di pensare della dottrina prevalente e che la rende (quanto meno) imperfetta. In più residua l'argomento, che Bove per la verità omette di censire, dell'art. 1415, comma 1, c.c., norma che rimette agli effetti della domanda di simulazione, trascritta anteriormente, il conflitto con i terzi di buona fede, aventi causa dal titolare apparente, ai quali come si sa la simulazione è altrimenti inopponibile. Dovremmo, a seguire l'opinione di Bove, ammettere che, per il medio dell'art. 2929-*bis*, il legislatore ha (implicitamente) voluto pure riscrivere l'art. 1415, postergando così la tutela di quei terzi che, in buona fede, hanno fatto affidamento sull'apparente onerosità dell'atto. Il che naturalmente può pure starci ma, ci sia consentita la notazione, facendosi allora carico di un *deficit* di persuasività sistematica che l'opposta lettura, l'art. 2929 *bis* c.c. *non consente* la pignorabilità di una *res* alienata a titolo gratuito con un contratto dissimulato²⁷, assai meno (ci

24. Per tutti PROTO PISANI, *Profili processuali dell'art. 2929 bis c.c.*, in *Foro it.*, 2016, V, p. 136.

25. V. BOVE, *op. ult. cit.*

26. Già questo, dunque, dovrebbe bastare a far ritenere che «l'art. 2929-*bis* c.c. non si applica agli atti a titolo oneroso (asseritamente) simulati. Se manca l'intervento del giudice, *prevale l'apparenza*: così DI SAPIO, *L'art. 2929-bis dalla prospettiva della tutela dell'affidamento dei terzi*, in *DEI*, 2016, 295 (c.v.o nel testo). In termini non dissimili DELFINI, *La fattispecie dell'art. 2929-bis c.c.: profili civilistici*, in *Contratti*, 2017, *op. ult. cit.* 105.

27. V., limitando qui la citazione ai processualcivilisti in quanto, tra i cultori di diritto sostanziale la lettura di Bove non ha (fino ad oggi) trovato una qualche sponda, CAPPONI, *Prime riflessioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)*, cit. 64; MICCOLIS, *Brevi riflessioni sull'art. 2929-bis c.c.*, cit., p. 338; CAMPI, *Il nuovo art. 2929-bis c.c. tra inefficacia presunta, espropriazione anticipata e libertà negoziale*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, p. 391; CAVUOTO, *L'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 1171 ss. e METAFORA, *L'azione revocatoria semplificata di cui all'art. 2929 bis c.c.*, ivi, 2016, p. 853 e p. 856.

sembra) mostra invece di avere. Per inciso, come puntualmente nota Andrea Federico²⁸, la dottrina esercitata sull'opposizione alla donazione ex art. 563 c.c., la reputa non esperibile rispetto ai negozi a titolo oneroso simulati: ed anche questo è un dato non certo privo di rilievo. Se poi si rammenta che il *plus* di tutela *sub* art. 2929-*bis* è ottenuto in danno sia dei creditori anteriori *sine titulo* che di quelli posteriori, entrambi *perdenti* per l'essere la loro tutela rimessa unicamente all'esperibilità di un'azione revocatoria, ammettendo (alla Bove) che il *bypass* della novella marginalizzi (oltre alla revocatoria) tanto l'azione di nullità che quella di simulazione, ebbene l'effetto (di una tutela migliore a beneficio del solo creditore anteriore titolato) verrebbe, ed indiscutibilmente, a ramificarsi. Con, non v'è chi non lo veda, un *vulnus* al principio (seppur debole) della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.) tutt'altro che latente²⁹. La "via di fuga" di una trascrizione della domanda revocatoria anteriormente a quella del pignoramento (artt. 2652, 2653, 2915, comma, 2 c.c., 111, comma 4, c.p.c.) da sola non è che basti a (ri)comporre virtuosamente il conflitto.

4. Terza questione, sulla sorte delle liberalità, compiute prima del 27 giugno 2015, per le quali il termine *ad quem* di un anno (dal giorno della loro trascrizione) non fosse ancora trascorso il 27 giugno 2016. Il tutto al netto tanto della circostanza (notoria) che non esiste un principio (costituzionalizzato) di irretroattività della legge civile quanto del fatto che la tipologia (di deroghe) legalizzata (dalla Consulta) all'art. 11, comma 1, delle preleggi potrebbe (in realtà) ben attrarre nel suo orizzonte l'art. 2929-*bis*. Se la retroattività può darsi infatti ogni qual volta sia proattivamente funzionale alla tutela di beni e diritti di rilievo costituzionale, in quanto gli uni e gli altri stando al recitativo giudiziale corrente fungono altresì da «motivi imperativi di interesse generale»³⁰, allora si ha qui una specola nella quale l'art. 2929-*bis* può (ci sembra) ben starci tutto. Per la banale ragione che, finalizzato com'è ad una più efficiente tutela del credito, l'art. 2929-*bis* sicuramente internalizza uno (di quei valori costituzionali) su cui la retroattività, perché la si possa utilmente avere, è chiamata ad impingere. Ergo, già in premessa si darebbero così le condizioni minime avallanti una pignorabilità intertemporale.

28. Cfr. FEDERICO, *Alienazioni a titolo gratuito e tutela dei creditori ex art. 2929 bis c.c.*, cit. p. 804. Aggiungiamo che, siccome l'interprete contemporaneo deve pure ragionare nei termini di un'argomentazione orientata alle conseguenze, allora la tesi di Bove difficilmente riesce ad uniformarsi a detto parametro. Ammettendo infatti che il creditore possa agire *sub* art. 2929-*bis* ogni qual volta lamenti (senza doverlo provare) l'inesistenza di un corrispettivo (o la sua incongruità), l'effetto che si ottiene è il seguente: un'automatica «traslazione sul ruolo del Giudice dell'esecuzione dei procedimenti [di nullità e di simulazione] oggi sul ruolo di cognizione ordinario» (così DELFINI, *La fattispecie dell'art. 2929-bis c.c.: profili civilistici*, cit. p. 105, nt. 8). Orbene, se questa è un'interpretazione assecondante l'interesse metaindividuale dell'art. 2929-*bis* ...

29. Ma per il rilievo di «una situazione di legittima disuguaglianza determinata dal possesso del titolo esecutivo», v. CAPPONI, *La tutela del debitore nell'esecuzione forzata*, ora in ID., *Otto studi sul processo civile*, Milano, 2017, p. 237 (dal quale si cita).

30. Ai sensi, come prosegue un recitativo giudiziale ormai standardizzato, della CEDU. V., da ultimo, CATALANO, *L'art. 2929-bis c.c. nel sistema dei rimedi revocatori*, cit. 31 ss.

Ora, torna utile notarlo, al riguardo la pagina di Mauro Bove meritoriamente instilla più di un dubbio sull'attendibilità di una *vulgata* che vorrebbe invece l'art. 2929-*bis* ir-retroattivo in quanto (diversamente) si spoglierebbe di un'acconcia tutela una gamma composita di interessi, del debitore e/o dei suoi aventi causa a titolo gratuito, meritevoli (si dice) *sub specie Constitutionis*. Tra l'altro, siccome è un'interpretazione (assiologicamente orientata) quella che si vuole corazzi la *vulgata* dottrinale³¹, un supplemento di riflessione urge non potendo certo essere, come invece Mauro Bove sembra (di nuovo) propenso a ritenere³², la natura processuale (dell'art. 2929-*bis*) l'argomento provvisto della virtù di spargliare risolutivamente i termini della questione.

Anche qui sincopando al massimo il discorso: da schermo alla retroattività, se si sta (come dicevamo) al diritto della Consulta³³, può fungere non un *qualsiasi* affidamento ma soltanto quello, non è un'ovvietà rimarcarlo, che sia *legittimamente* sorto³⁴. Dunque un affidamento (di diritto) incolpevole. Ora, siccome (nella specie) la regola di condotta (del debitore) è rimasta immutata, non ci sembra bizzarro osservare, come taluno seppur occasionalmente fa³⁵, che un'irretroattività (dell'art. 2929-*bis*) *premierebbe* in realtà un affida-

31. V., in special modo, M. BIANCA, *Il nuovo art. 2929-bis del codice civile. Riflessioni sparse sulla tutela dei creditori contro atti abusivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1152-1154.

32. Il ragionamento di Bove, ridotto all'essenziale, sembra infatti sintetizzabile così: l'art. 2929-*bis* è norma processuale, opera allora il principio *tempus regit actum* in virtù del quale si avrà un'applicazione immediata dello *ius superveniens* ai processi pendenti, limitatamente s'intende agli atti da compiere. Ergo il problema dell'applicazione intertemporale dell'art. 2929-*bis* è una falsa questione. Ora, al netto della circostanza che, scendendo un po' più nel dettaglio, la questione (pure processualmente) si ramifica in un modo ben più articolato (v. CAPPONI, *L'applicazione nel tempo del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, spec. p. 446 ss. e p. 450 ss.), se, come si è cercato qui di evidenziare, l'art. 2929-*bis* è (non meno) di una *norma ibrida*, allora il problema dell'intertemporalità torna a farsi vischioso, mostrando una complessità governabile soltanto con l'ausilio di un paradigma argomentativo privilegiante la logica di un bilanciamento dinamico di interessi. Nel senso suggerito da Bove è per altro Trib. Ferrara, 10 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*. (che, nello specifico, doveva decidere sul ricorso del debitore ex art. 669 *terdecies* c.p.c. avverso l'ordinanza con la quale il g.e. aveva negato la sospensione dell'esecuzione — ex art. 624 c.p.c. — chiesta dallo stesso debitore). Il che ci suggerisce, per altro, un'altra considerazione, necessaria per ovviare a quella che, a pieno titolo diremmo, rischia di essere un'"illusione ottica". Quando si discute di una *sfortwirkung* dell'art. 2929-*bis*, il problema gravita intorno alla questione se degli atti negoziali (*e non processuali*) sono aggredibili con un rimedio introdotto dalla legge successivamente al tempo del loro compimento. Siccome il pignoramento è trascrivibile entro l'anno, stiamo ragionando di atti negoziali che, diciamo così, *inter partes* hanno esaurito i loro effetti mentre, quanto alla rilevanza esterna, sono ancora pendenti. Come dire però, se così stanno le cose, che la (pretesa) natura processuale dell'art. 2929-*bis* rischia di essere (al più) un fuor d'opera. V. pure LEO, *Il "pignoramento revocatorio"*, in *Riv. not.*, 2016, p. 1022.

33. Per tutti i dettagli, anche giurisprudenziali, si rinvia allo scritto di NAVONE, *L'irretroattività della legge applicabile alle successioni: nessun dogma!*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 1287 ss.

34. Lo notano, senza tante perifrastiche di contorno, CARENA – DI SAPIO – GIANOLA, *L'applicazione intertemporale dell'art. 2929-bis c.c.*, cit. p. 409.

35. L'uso della forma avverbiale vuol qui essere intenzionalmente allusivo: l'opinione prevalente, e sintomatica è la pagina di DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, cit. p. 448, nt. 43, dipinge l'ammissione della retroattività come un *monstrum* che attenterebbe alla certezza dei rapporti giuridici, compromettendo le regole che sovrintendono alla stabilità della circolazione giuridica.

mento (dell'avente causa a titolo gratuito) di *puro fatto*, come tale non meritevole di tutela agli effetti di legge. Stante il disposto dell'art. 2901 c.c., tecnicamente non è infatti che un donatario possa ivi opporre un affidamento sulla stabilità dell'effetto traslativo ricevuto. Certo, è vero che, dando per buona una *sofortwirkung* dell'art. 2929-bis, si avalla anzitutto un ribaltamento (sul donatario) di un onere probatorio di stretta pertinenza invece del creditore precedente in revocatoria. Assodato però che l'affidamento ivi opposto dal donatario sarebbe non *giuridico* ma *fattuale*, e ciò nel senso stretto del termine, in quanto si tratterebbe di un affidamento appiattito su di una prassi di (irragionevole) durata del processo di esecuzione coattiva, sembra arduo pensare che qui la retroattività incocci in un'aspettativa idonea a farle da velo. Insomma, come si è fatto persuasivamente notare, «che il creditore pregiudicato agisca con la procedura ordinaria o con la nuova procedura semplificata»³⁶, poco cambia se l'atto gratuito è in frode al creditore: l'art. 2929-bis cerca di ovviare ad una stortura del diritto applicato ed immaginare che l'affidamento su di una siffatta stortura, del tipo “non avrei accettato la donazione se avessi saputo di una novella modificante lo *status quo* procedurale”, faccia aggio rendendo più stabile una donazione di per sé caducabile, ha tutta l'aria d'essere (*ictu oculi*) un *non sense*. Una volontà ipotetica speculativa non è un valore ed all'evidenza sporge.

Residua naturalmente l'idea di coniugare irretroattività e meritevolezza dell'interesse debitorio: ma, verrebbe da osservare, davvero il suggerirlo ha dalla sua un minimo di costruito? Se il divieto (di frode alle ragioni creditorie) è rimasto intatto, siccome è altresì pacifico che l'art. 2929-bis non rileva a guisa di una norma che sia costitutiva di un *nuovo* obbligo oppure di una sanzione *aggiuntiva*, non è al riguardo preferibile riconoscere che una sua applicazione retroattiva viene (in realtà) pienamente a soddisfare quel parametro di ragionevolezza che la Consulta maneggia da *limite* alla discrezionalità del legislatore? Se non si dà una plusvalenza di tutela (delle ragioni creditorie) tradottasi nella forma di un *aggravamento* della posizione debitoria, non c'è motivo, questo si vuol dire, perché il creditore anteriore titolato, ove il termine di un anno dalla trascrizione debba ancora spirare, non possa pignorare il bene gratuitamente alienato o costituito in vincolo. L'aspettativa riposta (non sul diritto vigente) ma sulla sua ineffettività empirica neanche è apparentabile ad un affidamento legittimo *perché* ingenerato dal legislatore o dedotto «da un'applicazione costante di norme di diritto»³⁷.

Dopo di che, è vero, potrebbe affacciarsi il caso di aventi causa a titolo gratuito di buona fede. In dottrina, ma non occorre al riguardo troppa fantasia, è stato immaginata l'ipotesi di un donatario che, perfezionatosi il trasferimento, ristruttura l'immobile e vi apporta delle migliorie. Ora, verrebbe da replicare che, già nell'ordito dell'art. 2901 c.c., lo stato di buona fede, di chi acquisti a titolo gratuito, è perdente, nei confronti di un

36. Così CARENA – DI SAPIO – GIANOLA, *L'applicazione intertemporale dell'art. 2929-bis c.c.*, cit. p. 415.

37. Cfr. CARENA – DI SAPIO – GIANOLA, op. ult. cit. p. 414.

creditore che agisca fruttuosamente, dando la legge unicamente rilievo ad essa per gli atti a titolo oneroso. *Rebus sic stantibus*, l'*optimum* sta allora nel riconoscere una valenza retrospettiva alla regola secondo cui, nel conflitto, tra *qui certat de damno vitando* e *qui certat de lucro captando*, è il primo che va preferito?

È plausibile, tanto più (potrebbe notarsi) che la buona fede scusabile, di quegli aventi causa che siano incorsi in spese od abbiano apportato dei miglioramenti al bene poi pignorato, non è tenuta totalmente in non cale. Gli è che a soccorrerla, come già ci è capitato di osservare³⁸, provvedono però altri rimedi, dalla garanzia evizionale all'azione di ingiustificato arricchimento, funzionalmente attinenti (l'una e l'altro) al rapporto interno tra le parti.

Alle corte: *favor creditoris v.* stabilità e certezza nella circolazione dei diritti reali immobiliari. Sono questi (e non altri) i termini della questione.

5. Un'ultima chiosa.

Bove, va da sé, potrebbe replicarci che, quelle testé opposte, sono delle possibili (ma non insuperabili) perplessità, restando ognuno poi della propria opinione su chi sta prendendo un abbaglio, fraintendendo così la *ratio* della disposizione. E sia. Viene fatto però di domandarsi, non foss'altro al fine di esorcizzare la "paura" di cui Bove discorre, se non sia più costruttivo (nel contempo) riflettere su altre problematicità dell'art. 2929-*bis*. Capponi³⁹, che si interroga tanto sull'onere della prova (nei giudizi di opposizione) che sull'inesistenza di un potere officioso del g.e. riguardo all'effettivo darsi dei presupposti specifici del comma 1⁴⁰, ne fornisce (allo stato) un succoso assaggio. Il civilista, che volesse fargli da sponda, potrebbe aggiungere che il catalogo annovera pure il problema di un'*unitarietà perduta* del sistema revocatorio ordinario, palesandosi ormai una dicotomia tra gli atti a titolo oneroso e quelli gratuiti, degradati *sub specie* di un potere del creditore di agire subito esecutivamente in quanto mezzo di tutela di maggiore prossimità all'interesse da tutelare. È il *favor creditoris* il valore che fa da ponte tra un bisogno di tutela ed un rimedio impattante «nella sfera giuridica del terzo»⁴¹.

Di qui l'ennesima domanda: l'art. 2929-*bis* come luogo di un'efficienza della tutela creditoria che ripermetra i confini (carneluttiani) di una responsabilità senza debito?

38. In *A proposito dell'art. 2929-bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, cit. p. 181.

39. In *Qualche sparsa osservazione sull'art. 2929-bis c.c. "ripensato" nell'estate 2016*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, p. 619 ss.

40. Come scrive CAPPONI, op. ult. cit. p. 624, «il g.e. potrà controllare quanto viene prodotto (es., il titolo esecutivo) non anche quanto semplicemente è dichiarato dal creditore procedente».

41. Così SCOTTI, *La c.d. "revocatoria semplificata" ex artt. 2929-bis c.c. e 64, ultimo comma l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, cit. p. 507.

**LE NUOVE REGOLE PROCESSUALI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE
SANITARIA DOPO LA L. 8 MARZO 2017, N. 28
(TRA TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE
E RICORSO EX ART. 702-BIS C.P.C.)***

ILARIA PAGNI

Prof. ordinario Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Dall'«obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto» alla riscrittura della responsabilità del sanitario nell'art. 7 della L. 8 marzo 2017, n. 28. – 2. La mediazione tra procedura ex art. 696 bis c.p.c. e applicazione dell'art. 5, comma 1-bis, del D.lgs. 04.03.2010 n. 28. – 3. Un cenno alla mediazione delegata: l'influenza dei diversi momenti della mediazione, nelle liti da responsabilità sanitaria. – 4. Il rilievo dell'improcedibilità. – 5. La salvezza degli effetti della domanda. – 6. Il procedimento dell'art. 696-bis e la proposizione del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. – 7. Il valore dell'accertamento tecnico nel successivo giudizio. – 8. La partecipazione obbligatoria al procedimento di consulenza tecnica preventiva in funzione di conciliazione della lite. La posizione della compagnia assicurativa.

1. Dall'«obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto» alla riscrittura della responsabilità del sanitario nell'art. 7 della L. 8 marzo 2017, n. 28.

In uno scritto di qualche anno fa,¹ Giovanni Furguele ricordava che il quadro normativo di riferimento dell'attività sanitaria era profondamente mutato per effetto della istituzione del servizio sanitario nazionale, e che la responsabilità espressa dal codice civile riguardava una realtà notevolmente diversa da quella che sarebbe discesa dal nuovo modello di organizzazione dell'attività sanitaria, sì che si poteva capire come il rinvio alla giurisprudenza, *«per la maggiore idoneità della stessa a recepire con prontezza le istanze di una casistica legata al contingente, si [imponesse] in que[lla] materia più che altrove»*. Ed aggiungeva che, nel passaggio a prospettive più moderne di una responsabilità non più intesa come un capitolo di una trattazione generale dedicata alla responsabilità del professionista, ma come un aspetto della tutela della salute, non si aveva *«più quindi, o non più soltanto la prospettiva del contratto d'opera professionale, ma l'esigenza di garantire all'individuo una tutela, preventiva e risarcitoria»* di quel diritto, e, al tempo stesso, una responsabilità non più *«limitata al solo medico-professionista, bensì estesa, secondo tecniche e criteri da precisare, a tutti coloro, persone fisiche o*

*. Il presente scritto, nella sua parte centrale, è stato pubblicato in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Milano, 2017.

1. G. FURGIUELE, *Il problema della responsabilità civile del tecnico perfusore in cardiocirurgia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1985, p. 14 ss.

persone giuridiche, i quali prestano la loro attività per lo svolgimento di quello che può ritenersi servizio di tutela della salute del cittadino».

La L. 8 marzo 2017, n. 24, rappresenta il punto di arrivo di questa impostazione.

In questi anni il tema della responsabilità civile del sanitario si è imposto sempre di più al centro della scena, e moltissime sono state le pronunce della Corte Suprema che hanno riscritto le regole della materia dal punto di vista del diritto sostanziale. La crescita del fenomeno della cd. medicina difensiva ha richiesto la ricerca di soluzioni al problema dell'aumento delle controversie, e le soluzioni, sul piano processuale, sono state individuate, ormai sette anni orsono col D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, nell'introduzione di un tentativo obbligatorio di conciliazione davanti ad un organismo di mediazione, che però non ha dato i frutti sperati.

Nel frattempo, si è continuato a riflettere sulla possibilità di lavorare su temi, quali l'onere della prova e la disciplina della prescrizione, che alleggerissero la posizione del sanitario, incanalando le pretese risarcitorie essenzialmente nei confronti della struttura, anche in considerazione del fatto che nella medicina moderna il lavoro dei medici si svolge soprattutto in équipe, come ricordava anche Giovanni Furguele nello scritto citato in apertura, e che forte è l'influenza sulle caratteristiche della responsabilità civile che ha il coinvolgimento di più soggetti, e della struttura, nell'intervento sanitario.

In questo contesto, dopo che il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni nella L. 8 novembre 2012, n. 189 (cd. legge Balduzzi), aveva previsto che *«l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile»*, si era riaperto l'interrogativo della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità del medico dipendente della struttura,² assestatisi nella prima direzione dopo che la notissima pronuncia della

2. Nel senso che con la legge Balduzzi la responsabilità del medico ospedaliero sarebbe tornata ad essere extracontrattuale, Trib. Milano, sez. I, 17 luglio 2014, in *Assicurazioni*, 2014, p. 682 e Trib. Milano, sez. I, 2 dicembre 2014, in *Resp. civ. e pren.*, 2015, p. 167 con nota di M. GORGONI, secondo cui *«Il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare). In ogni caso l'alleggerimento della responsabilità (anche) civile del medico "ospedaliero", che deriva dall'applicazione del criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria indicato dalla legge Balduzzi (art. 2043 c.c.), non ha alcuna incidenza sulla distinta responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata (sia essa parte del S.S.N. o una impresa privata non convenzionata), che è comunque di tipo "contrattuale" ex art. 1218 c.c.»* Analogamente, Trib. Milano, sez. I, 23 agosto 2016, in *Ridare.it*, 2016, 27 settembre; Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e Resp.*, 2013, p. 373, con nota di V. CARBONE; Trib. Varese, 26 novembre 2012, *ivi*, 2013, p. 375. Secondo Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, in *Dir. famiglia*, 2015, p. 526, in base al principio della cumulabilità dei rimedi, il danneggiato potrebbe agire nei confronti del medico con l'azione extracontrattuale da sola o, in alternativa, a quella contrattuale da contatto sociale. L'orientamento prevalente, tuttavia, ha continuato a qualificare in termini di responsabilità contrattuale, o da contatto sociale, la responsabilità del medico, ritenendo che la previsione dell'art. 3

Corte di cassazione resa nel 1999 aveva inquadrato la responsabilità del professionista nello schema della responsabilità contrattuale «da contatto sociale».³

Con la conseguenza che l'attore era chiamato a provare l'esistenza del contratto o il contatto sociale e ad allegare l'insorgere o l'aggravamento della patologia e l'inadempimento qualificato del debitore astrattamente idoneo a provocare, quale causa o concausa efficiente, il danno lamentato, rimanendo a carico del medico convenuto e della struttura sanitaria dimostrare che tale inadempimento non vi fosse, oppure che, pur essendovi stato, non avesse avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno.

La L. 8 marzo 2017, n. 24 ha provato ad offrire delle risposte al problema dell'aumento delle controversie in materia di responsabilità sanitaria, intervenendo sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale.

comma 1 della legge Balduzzi non avesse modificato le regole di quella responsabilità (nella seconda proposizione dell'articolo in questione – si osserva – il richiamo all'art. 2043 cod. civ. è preceduto dall'espressione “in tali casi”, ed è pertanto limitato espressamente ai casi in cui il medico non risponde penalmente di colpa lieve per essersi attenuto a linee guida accreditate, così come si legge nella prima proposizione della norma). Così per Trib. Milano, sez. V, 18 novembre 2014, n. 13574, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 2, 706 con nota di A. GARIBOTTI: «La responsabilità del medico ospedaliero – anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo 3 l. n. 189/12 – è da qualificarsi come contrattuale. D'altra parte, la presunzione di consapevolezza che si vuole assista l'azione del legislatore impone di ritenere che esso, ove avesse effettivamente inteso ricondurre una volta per tutte la responsabilità del medico ospedaliero (e figure affini) sotto il solo regime della responsabilità extracontrattuale escludendo così l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1218 c.c. e così cancellando lustri di elaborazione giurisprudenziale, avrebbe certamente impiegato proposizione univoca anziché il breve inciso in commento» (negli stessi termini, anche Trib. Milano, sez. V, 20 febbraio 2015, n. 2336, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 163 con nota di M. GORGONI). Nel senso della natura contrattuale della responsabilità, Trib. Cremona, 1° ottobre 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 1321, con nota di F. GALLETTI; Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, in *www.insexplorer.it*; Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, in *Redazione Giuffrè*, 2013; Trib. Teramo, 15 febbraio 2013, *ivi*, 2013; Trib. Bari, 30 aprile 2014, *ivi*, 2014; Trib. Piacenza, 11 novembre 2015, *ivi*, 2015; Trib. de L'Aquila 21 gennaio 2016, *ivi*, 2016; Trib. Roma, sez. XIII, 16 marzo 2016, *ibidem*. All'indomani dell'introduzione della legge Balduzzi, fin dalle prime pronunce la Cassazione ha affermato, dapprima in un *obiter dictum*, che «l'articolo 3 comma 1 D.L. 158/12, com. L. 189/12, ha depenalizzato la responsabilità medica in caso di colpa lieve, dove l'esercente l'attività sanitaria si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. L'esimente penale non elide, però l'illecito civile e resta fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c. che è clausola generale del *neminem laedere*, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute. La materia della responsabilità civile segue, tuttavia, le sue regole consolidate e non solo per la responsabilità aquiliana del medico ma anche per quella contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale» (Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida al diritto*, 2013, 17, 25); e poi ha ribadito la propria posizione in Cass. civ., sez. VI, 17 aprile 2014, ord. n. 8940, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, p. 803: «L'art. 3, comma 1, l. 189/2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., poiché in lege aquiliana et levissima culpa venit, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni».

3. Cfr. Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332, dove, riprendendo la tesi di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 177 ss., si affermò il principio per cui «la responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi contrattuale, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario, non già per l'esistenza di un progressivo rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal «contatto» sociale».

Sotto il primo profilo, all'art. 7 si è perciò espressamente stabilito che, mentre la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, continua a rispondere delle condotte dolose o colpose dei sanitari ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, l'esercente la professione sanitaria risponda del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente; all'art. 8, invece, si è declinata in modo diverso da quanto fino a quel momento previsto la condizione di procedibilità della lite, prevedendo che l'introduzione della causa sia preceduta da un ricorso alla consulenza tecnica preventiva contemplata dall'art. 696-*bis* c.p.c.

L'intervento del legislatore, però, è molto più di questo: la legge infatti si preoccupa innanzitutto di affermare il diritto alla sicurezza delle cure in sanità come *«parte costitutiva del diritto alla salute»* e di individuare strumenti preventivi, prima che repressivi, a tutela della salute, nel tentativo di recuperare la centralità del rapporto medico-paziente e garantire a questi la migliore assistenza possibile durante il percorso terapeutico. In questa prospettiva, nell'art. 1 della legge si riconosce che la sicurezza delle cure è *«perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività»*, e si realizza *«anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative»*.

Il cambio di prospettiva è estremamente significativo.

2. La mediazione tra procedura ex art. 696 bis c.p.c. e applicazione dell'art. 5, comma 1-bis, del D.lgs. 04.03.2010 n. 28.

Molto attesa, anche per le sue implicazioni sistematiche e non solo per le ricadute deflattive sul contenzioso, era la scelta che la l. 8 marzo 2017 n. 24 avrebbe fatto nel condizionare l'azione in materia di responsabilità sanitaria. L'alternativa era tra il ricorso in via esclusiva alla consulenza tecnica preventiva in funzione di conciliazione della lite, ex art. 696-*bis* c.p.c., postulato fin dall'inizio dei lavori preparatori, e il mantenimento della possibilità della via della mediazione, già condizione di procedibilità per la responsabilità sanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Nessuno spazio, invece, era previsto fin dall'inizio per la negoziazione assistita, di cui la legge nega l'applicabilità nonostante che nelle materie in cui il tentativo di mediazione è obbligatorio non operi la condizione di procedibilità prevista dall'art. 3 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132.⁴

4. Secondo M. ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in M. Bove (a cura di), *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, p. 435, che si è espressa a commento del d.d.l. 2224, prima della modifica che ha introdotto l'alternativa con la mediazione,

La scelta del legislatore è stata nel senso di consentire alle parti, per giungere alla composizione negoziale della controversia, l'opzione tra due sistemi diversi, aventi una finalità solo in parte coincidente. Il primo, quello dell'art. 696-*bis*, che punta sulla doppia anima della consulenza in funzione conciliativa, per consentire alle parti di ottenere al tempo stesso una prova spendibile nell'eventuale successivo giudizio e di poter contare sull'opera di conciliazione del perito; il secondo, quello della mediazione "pura", secondo le regole introdotte nel 2010 e riviste col d.l. 21 giugno 2013, n. 69, nel circuito della quale la responsabilità sanitaria era stata inserita per cercare di far fronte ai fenomeni di medicina difensiva, a dispetto di qualche difficoltà per le caratteristiche peculiari che la materia presenta, e che la distinguono dalle altre per le quali pure, all'epoca, era stata prevista l'obbligatorietà del tentativo.

Dell'alternativa della mediazione, inserita "in corsa" nella l. 24/2017 in sede di approvazione in aula da parte del Senato della nuova disciplina, il legislatore non si occupa, rimettendosi evidentemente alle norme esistenti e all'elaborazione in materia. Tutto l'art. 8 è dedicato infatti esclusivamente a tratteggiare le caratteristiche del tentativo di conciliazione nelle forme dell'art. 696-*bis* e a ricordarlo col procedimento sommario di cognizione, regolato dall'art. 702-*bis* c.p.c., che si presta ad accogliere le controversie che o in se stesse, o in quanto precedute, come in questo caso, da una consulenza tecnica, presentano un grado di minore complessità istruttoria.

Per consentire una scelta consapevole tra i due sistemi messi a disposizione dalla nuova legge, è opportuno fare un passo indietro, e cercare di individuare i tratti principali che distinguono questo tipo di controversie dalle altre per le quali pure nel d.lgs. 28/2010 è prevista l'obbligatorietà del tentativo. Tratti principali che, della mediazione nel settore in parola, rappresentano anche i punti maggiormente critici, rispetto ai quali è necessario capire se il ricorso all'art. 696-*bis* sia o meno in grado di fornire una soluzione migliore rispetto a quella che si potrebbe ottenere rivolgendosi ad un organismo.

Com'è noto, sono tre i fattori che influiscono principalmente sulla praticabilità della mediazione nella materia che ci occupa.

Il primo riguarda il nodo della responsabilità erariale, nelle ipotesi – che saranno la regola, nel meccanismo della nuova legge - in cui la domanda coinvolga, oltre o indipendentemente dal medico, l'azienda sanitaria o ospedaliera di appartenenza.

Nelle controversie risarcitorie da responsabilità sanitaria manca, infatti, una previsione analoga a quella dell'art. 66, d.lg. 165/2001, abrogato dalla L. 4 novembre 2010, n.

il comma 2 dell'art. 8 dichiarerebbe espressamente inapplicabile l'art. 3 a motivo della "disattivazione" dell'art. 5, comma 1-*bis*, in mancanza del quale, trattandosi di una richiesta di somme, per le domande entro il limite di valore di 50.000,00 euro, indicato dall'art. 3, sarebbe scattata l'obbligatorietà della procedura negoziale preventiva. Per la verità, visto che l'esclusione della obbligatorietà della negoziazione assistita è stata conservata anche dopo la soppressione della "disattivazione" dell'art. 5, comma 1-*bis*, sembra più semplice ritenere che quella del legislatore fosse fin dall'inizio, e sia rimasta tale, una previsione superflua.

183, ma riprodotto nel novellato art. 410 c.p.c.,⁵ che prevede un esonero da responsabilità amministrativa, salvi i casi di dolo e colpa grave, per la conciliazione della lite da parte di chi rappresenti la pubblica amministrazione. Una norma di questo tipo è immaginata nella proposta di riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, presentata dalla Commissione ministeriale presieduta da Guido Alpa, ove si prevede espressamente che, nella mediazione di cui al d.lgs. 28/2010, «la conciliazione della lite da parte di chi è incaricato di rappresentare la pubblica amministrazione, amministrata da uno degli organismi di mediazione previsti dal presente decreto, non dà luogo a responsabilità amministrativa e contabile quando il suo contenuto rientri nei limiti del potere decisionale dell'incaricato, salvo i casi di dolo o colpa grave».

L'assenza, allo stato, di una previsione di questo tipo non impedisce la conciliazione, ma certo la rende più complicata da un punto di vista "psicologico" per l'Amministrazione che spesso è indotta a preferire la più rassicurante risposta giudiziale.⁶ In realtà, nell'assumere decisioni in merito alla stipula o meno dell'accordo in sede di conciliazione, è sufficiente, e al tempo stesso necessario, che si tenga conto dei seguenti principi, espressi dal giudice contabile: da un lato, il fatto che non è sindacabile la scelta discrezionale dell'amministrazione di addivenire ad una composizione stragiudiziale della controversia, a patto che la stessa non sia assolutamente irragionevole ed irrazionale;⁷ dall'altro lato, che la transazione eccezionale o irragionevole acquista un'autonoma valenza causativa del danno, ed è pertanto idonea, in caso di danno indiretto (quel danno, cioè, che si ca-

5. Gli articoli 65 e 66 D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 sono stati abrogati dal nono comma dell'art. 31 L. 4 novembre 2010, n. 183, recante "Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro". La previsione in precedenza contenuta nell'art. 66 è oggi riprodotta nell'art. 410 c.p.c., nella versione modificata dal primo comma dell'art. 31 ("la conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi primo, secondo e terzo, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave"). La norma, così come gli artt. 411, 412, 412-ter e 412-quater, anch'essi modificati dal cd. Collegato Lavoro, si applica anche alle controversie in materia di lavoro pubblico.

6. G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 223 ss., rileva come la P.A. nutra da sempre, nei confronti dello strumento della transazione, «preoccupazioni e sospetti, che hanno persino portato talvolta a dissimulare l'esistenza di vere e proprie transazioni, attraverso l'architettura di una serie di atti, più o meno spontaneamente coordinati», quando invece - osservava E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 64 ss. e p. 205 ss. - la transazione costituisce «strumento efficacissimo della pace sociale» anche per la Pubblica Amministrazione.

7. C. conti, sez. giur. reg. Marche, 7 aprile 2008, n. 188, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce Responsabilità contabile, n. 283. Ricorda che «la scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali non è soggetta a sindacato giurisdizionale, se non nei limiti della rispondenza delle stesse a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa»; e che «uno degli elementi che l'ente deve considerare è sicuramente la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio, intesa quest'ultima in senso relativo, da valutarsi in relazione alla natura delle pretese, alla chiarezza della situazione normativa e ad eventuali orientamenti giurisprudenziali», C. conti, sez. contr. reg. Umbria, 24 settembre 2015, n. 123, *Appalti & Contratti*, 2015, fasc. 12, 97 (m).

ratterizza perché il pregiudizio deriva dal risarcimento ottenuto, di norma in esecuzione di sentenza o di transazione, da un terzo danneggiato da attività imputabili alla stessa amministrazione), ad interrompere il nesso di causalità tra il pregiudizio e il comportamento illecito che ha determinato il presunto danno al terzo⁸.

Non vi sono pertanto ostacoli insormontabili al raggiungimento dell'accordo, purché si applichino correttamente i principi in discorso: non vi sono nemmeno nelle ipotesi in cui il servizio di medicina legale consultato dalla struttura abbia ritenuto di non ravvisare alcuna colpa nella condotta censurata dal danneggiato, o alcun collegamento causale tra il comportamento del sanitario e le lesioni verificatesi, e tuttavia l'Amministrazione scelga di optare per la chiusura in via bonaria della lite.

Anche in questi casi, infatti, non si potrà escludere *a priori* il rischio di un esito sfavorevole del giudizio, essendo sufficiente, per convincersi del contrario, considerare che gli orientamenti giurisprudenziali non sono sempre coincidenti, e guardare agli approdi sulla causalità civile, dove si respinge l'idea che la verifica processuale in ordine all'esistenza del nesso di causa si risolve in una questione di verifica (solo) scientifica demandabile *tout court* al consulente tecnico.⁹ Sicché l'importante è che la scelta discrezionale di comporre il rapporto conflittuale tra amministrazione e privato sia comunque riconducibile a motivi razionali e logici¹⁰, che vengano compiutamente esposti nelle premesse del verbale di conciliazione.

Tuttavia, e nonostante la giurisprudenza abbia a più riprese sottolineato come «non vi sono ostacoli a che il funzionario delegato possa gestire la procedura [di mediazione] e, nell'ambito dei poteri attribuitigli, concludere un accordo» e che è semmai la «scelta di una condotta agnostica, immotivatamente anodina e deresponsabilizzata dell'amministrazione pubblica [a poterla] esporre a danno erariale sotto il profilo delle conseguenze del mancato accordo su una proposta del giudice o mediatore comparativamente valutata rispetto al contenuto della sentenza» Trib. Roma ord. 22 giugno 2015 inedita; Trib. Roma 17 dicembre 2015, inedita, è assai frequente il rifiuto della struttura, già a monte, di partecipare al tentativo di mediazione con la motivazione che, da una verifica interna, non è stata ravvisata ragione di responsabilità del sanitario. Che è quanto ha indotto il legislatore, nell'art. 8, quarto comma, a prevedere che la partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva sia viceversa obbligatoria per tutte le parti, senza consentire che vengano adottati «giustificati motivi?», come nell'art. 8 d.lgs. n. 28/2010, che sanziona l'assenza di un giustificato motivo con il versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio e con la possibilità,

8. C. conti, sez. I giur. centr. app., 12 giugno 2006, n. 133/A, in *Riv. corte conti*, 2006, fasc. 3, p. 92.

9. Cfr. Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, p. 35, con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due dimensioni di analisi*, dove si legge che il giudice non può trasformare il processo civile (e la verifica processuale in ordine all'esistenza del nesso di causa) in una questione di verifica (solo) scientifica demandabile *tout court* al consulente tecnico.

10. Così C. conti, sez. III giur. centrale app., 20-04-1999, n. 80/A, in *Foro amm.*, 2000, p. 664.

per il giudice del processo che segua l'esito negativo della mediazione, di desumere dal contegno dell'assente argomenti di prova *ex art.* 116, secondo comma, c.p.c.

Il secondo fattore che influenza la mediazione in materia di responsabilità sanitaria è il coinvolgimento, a vario titolo, nelle controversie delle imprese di assicurazione. Coinvolgimento che potrà essere originato da clausole contrattuali che conferiscono all'assicurazione il compito di gestire direttamente la lite, in luogo dell'assicurato; dalla possibilità – introdotta dalla nuova legge – di un'azione diretta del danneggiato verso l'assicurazione del danneggiante; oppure dal fatto che sia quest'ultimo, citato in giudizio dal danneggiato, a chiamare in causa, in manleva, la propria impresa di assicurazione, per essere tenuto indenne dalle conseguenze pregiudizievoli della soccombenza.

E se nel primo caso è l'assicurazione che assume su di sé la gestione della lite, in virtù di un negozio accessorio al contratto di assicurazione, e pertanto diviene la controparte del danneggiato, tanto in giudizio, quanto nel procedimento di mediazione, dove deciderà se addivenire o meno alla conciliazione, e risponderà nei confronti dell'assicurato quando la propria condotta dovesse essere “*dilatoria o indolente o, comunque, non caratterizzata dalla cura diligente dei comuni interessi*”¹¹, nell'altro caso, il problema, che la parte ha, di garantirsi la condivisione dell'eventuale accordo raggiunto, non è risolvibile col semplice coinvolgimento dell'impresa di assicurazione nel procedimento di mediazione¹², dato che, rispetto al contratto, e diversamente da quel che accade con la sentenza del giudice (per estendere l'efficacia della quale è sufficiente la chiamata in causa), il principio che opera è piuttosto quello dell'art. 1304 cod. civ., per cui “*la transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare*”.

11. Cass., sez. III, 25 maggio 2004, n. 10036, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 139. La responsabilità dell'assicurazione, infatti, è configurabile non solo se l'assicuratore, avvalendosi del patto di gestione della lite, la gestisca in modo da arrecare pregiudizio al secondo, ma anche quando, senza apprezzabile motivo, egli rifiuti di gestire la lite e se ne disinteressi in modo da recare pregiudizio all'assicurato, facendo ricadere su quest'ultimo l'onere economico derivante dal non aver accettato favorevoli proposte transattive: Cass. civ., sez. III, 04 febbraio 2005, n. 2276, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 217. Nel senso che “*l'assicuratore della responsabilità civile che abbia assunto la gestione della lite, può essere ritenuto responsabile del danno derivante all'assicurato dalla omessa stipulazione di una vantaggiosa transazione col terzo danneggiato, soltanto quando tale condotta omissiva debba considerarsi colposa in relazione alla obiettiva situazione esistente all'atto del rifiuto opposto alla offerta transattiva, dovendosi tenere conto al riguardo della difficoltà di prevedere l'esito della controversia*”, v. Cass. civ., 6 luglio 1983, n. 4556, *ivi*, Rep. 1983, voce *cit.*, n. 234.

12. Coinvolgimento, peraltro, necessario, ai fini della chiamata in causa, se non per la previsione relativa alla responsabilità sanitaria (visto che la vicenda assicurativa è tangenziale alla controversia quando la domanda di danni sia rivolta alla struttura e all'esercente la professione sanitaria), per l'altra norma, contenuta anch'essa nel primo comma dell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010, che stabilisce che l'espletamento del tentativo sia condizione di procedibilità anche in materia di contratti assicurativi (sul significato di questa nozione, da riferirsi alle sole controversie relative a “*i contratti di assicurazione di cui agli artt. 1882-1932 c.c., e non a ogni controversia in cui sia solo potenzialmente azionabile una garanzia assicurativa*”, v. P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, in *Le Società*, 2010, p. 633). In argomento v., da ultimo, I. PARTENZA, *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, Pisa, 2017, p. 206 ss.

Sicché sarà necessario che la parte si adoperi per convincere l'impresa di assicurazione della convenienza della conciliazione, con la consapevolezza che, ove non vi riesca, dovrà sostenere in proprio i costi dell'accordo, potendosi sentire opporre dall'assicurazione, successivamente chiamata in giudizio, le eccezioni relative al contratto ed all'entità del risarcimento riconosciuto al danneggiato.

Anche su questo il legislatore ha pensato di intervenire, stabilendo che nel procedimento di consulenza tecnica preventiva la partecipazione sia obbligatoria anche per le imprese di assicurazione. Il che, come si dirà più avanti, è semplice da assicurare quando il successivo giudizio di merito sia promosso dal danneggiato nei confronti della compagnia di assicurazione, in via di azione diretta *ex art. 12* (che infatti prevede la salvezza delle disposizioni dell'art. 8); meno semplice è quando il danneggiato convenga la struttura sanitaria e l'esercente la professione sanitaria, secondo i regimi di responsabilità previsti dall'art. 7.

Un terzo fattore, che non ostacola l'esperimento del tentativo di mediazione secondo le regole del d.lgs. 28/2010, ma che deve fare comunque i conti con la disciplina della prova, è il tema del peso che ha l'accertamento medico legale nell'opera del conciliatore nelle controversie in tema di responsabilità sanitaria. Tema, questo, che richiede una brevissima messa a fuoco del ruolo della mediazione nella composizione delle controversie e del modo in cui il mediatore opera.

Si insegna che nella mediazione – soprattutto quando il mediatore non deve formulare la proposta prevista dall'art. 11 d.lgs. n. 28/2010 - la conoscenza degli aspetti tecnico-giuridici della lite non è indispensabile, perché il compito del mediatore è unicamente quello di facilitare il raggiungimento dell'accordo. Per la qual cosa serve più la padronanza delle tecniche di conciliazione che consentono di individuare e soddisfare gli interessi sottesi alla controversia, che non – vista oltretutto la presenza degli avvocati, che, nei casi di obbligatorietà del tentativo, è considerata anch'essa obbligatoria - la conoscenza della regola di attribuzione della ragione e del torto alla cui applicazione sono deputati piuttosto il giudice o l'arbitro chiamati a decidere la causa.

C'è tuttavia, in questo modo di ragionare, qualcosa di non del tutto esatto, o, meglio, qualcosa che, se non correttamente inteso, rischia di determinare fraintendimenti sul ruolo del sapere giuridico e del sapere scientifico nella conduzione del tentativo di mediazione.

Non v'è dubbio che la mediazione abbia una funzione diversa da quella dei meccanismi di composizione della lite di tipo "aggiudicativo", quali sono la via giudiziale o quella arbitrale, e che ciò si traduca anche in un diverso rilievo delle regole poste dal diritto e, in questo caso, anche delle indicazioni provenienti dalla scienza medica. Diverso rilievo, però, non significa assenza: significa soltanto che, mentre il giudice o l'arbitro, in applicazione di quelle regole, dovranno accertare e dichiarare chi abbia

torto e chi ragione, il mediatore ha il diverso compito di aiutare le parti a rimuovere la crisi di cooperazione con gli strumenti negoziali messi a disposizione dall'ordinamento, e nel rispetto delle regole di questo.

La mediazione – si osserva correttamente – diversamente dalla giurisdizione e dall'arbitrato, può valorizzare gli interessi delle parti. E ciò in una duplice direzione, ossia tanto allargando lo spettro delle soluzioni prospettabili, quanto consentendo all'accordo raggiunto di guardare al futuro.

Tanto nella cd. *rights-based mediation*, quanto in quella cd. *interest-based*, infatti, il negozio col quale le parti dispongono della *res litigiosa* non incontra altri limiti che non siano quelli imposti all'autonomia privata dall'art. 1322 cod. civ.: le parti non soggiacciono alla regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (sicché l'accordo può riguardare anche vicende originariamente non ricomprese nella lite), e possono decidere quale sarà la regolamentazione dei loro rapporti, al di là degli stretti confini che l'art. 2908 cod. civ. impone al giudice o all'arbitro nell'emanazione di pronunce "creative", imprimendo ai provvedimenti di modifica della situazione sostanziale il marchio della tassatività. Inoltre, l'obiettivo non è soltanto la violazione perpetrata nel passato, di cui la sentenza o il lodo, al massimo, possono impedire la reiterazione in chiave inibitoria, ma è anche la fissazione di un nuovo assetto di interessi per il futuro, come avviene per ogni contratto.

Questi rilievi, indubbiamente corretti, non hanno niente a che vedere, tuttavia, col fatto che tanto le parti, quanto il mediatore, debbano conoscere le regole *tecnico-giuridiche* del rapporto che si va a disciplinare: le regole *giuridiche*, perché le parti rispettino i limiti loro imposti dall'art. 12 d.lgs. n. 28/2010 e perché il mediatore, oltre che sorvegliare che quei limiti non vengano superati,¹³ sia in grado di aiutare le parti a comprendere la cornice nella quale l'accordo potrà andare ad inserirsi; le regole *tecniche*, perché solo la comprensione degli aspetti medico-legali in gioco assicura la piena consapevolezza, in tutti gli attori del procedimento di mediazione, del significato del proprio operare, sia pure nei diversi ruoli assunti da ciascuno.

Del resto, che la preparazione tecnica sia necessaria, lo dimostra la scelta operata dal legislatore delegato, nel prevedere, all'art. 8, 1° co., del d.lgs. n. 28/2010, che "*nelle controversie che richiedono specifiche conoscenze tecniche, l'organismo [possa] nominare uno o più mediatori ausiliari*".

Il co-mediatore è figura ben diversa da quella del perito, pure prevista dal medesimo art. 8, al quarto comma, perché quest'ultimo – con tutte le difficoltà dell'adattare norme processuali al contesto stragiudiziale del tentativo di conciliazione – presta un'opera che è simile a quella svolta dall'ausiliare del giudice, negli artt. 61 ss. c.p.c., nella valutazione

13. Peraltro, che quegli stessi limiti operino anche per il mediatore, lo si ricava, pure in assenza di una norma espressa relativa all'accordo, dalla previsione, parallela, concernente la proposta, che il mediatore deve formulare "*nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative*"(art. 14, 2° co., lett. c, d.lgs. n. 28/2010).

degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze tecniche, mentre il primo conduce il tentativo di conciliazione insieme al giurisperito, e utilizza il linguaggio scientifico, come l'altro fa ricorso alle proprie conoscenze giuridiche, per aiutare le parti ad individuare i propri interessi e a delineare lo strumento che consente loro di soddisfarli.

Indipendentemente dal ricorso ad un vero e proprio consulente tecnico che rediga una relazione peritale, insomma, ai fini del raggiungimento dell'accordo è non solo estremamente utile, ma anche necessario, un confronto tra le parti e i consulenti tecnici, che può essere assicurato dalla presenza di un "esperto terzo" e che, senza snaturare la funzione della mediazione, si indirizzi non tanto alla prova dei fatti su cui si controverte, ma alla compiuta intelligenza delle cose. Un confronto più ampio rispetto a quello che, nel processo, avviene di regola soprattutto tra i periti, e assai meno tra le parti.

Anche su questo punto il legislatore ha ritenuto di intervenire, pensando che il richiamo all'art. 696-*bis* possa risolvere i problemi che si sono evidenziati, assicurando che il mediatore abbia conoscenza dei profili tecnici del rapporto e al tempo stesso che l'eventuale consulenza tecnica espletata nel tentativo di mediazione sia utilizzabile nel successivo processo.¹⁴ Rimane da vedere se verrà rispettato l'obiettivo che la legge si propone nell'art. 8, di muoversi sul crinale del rapporto tra perizia e mediazione, o se invece l'accento posto sul sapere tecnico non ne esalti eccessivamente il ruolo rispetto alla funzione che quel sapere deve svolgere in seno al tentativo di conciliazione, snaturando il modo di operare di colui che conduce il tentativo.

3. Un cenno alla mediazione delegata: l'influenza dei diversi momenti della mediazione, nelle liti da responsabilità sanitaria.

Prima di passare, alla luce dei rilievi svolti, all'esame più ravvicinato dell'art. 696-*bis* e delle previsioni che il legislatore del 2017 ha dettato per inserirlo nelle disposizioni dedicate al processo nella disciplina della responsabilità sanitaria, è opportuno – dato che nell'art. 8 non è prevista la disapplicazione del secondo comma dell'art. 5 d.lgs. n.

14. Sulla ammissibilità della produzione in giudizio dell'elaborato del CTU reso nell'ambito della mediazione prevista dal d.lgs. n. 28/2010, nonostante le regole di riservatezza e inutilizzabilità poste dagli artt. 9 e 10, v. Trib. Roma, 17 marzo 2014, in www.iusexplorer.it, che muove in un'*sottica di equilibrato contemperamento tra l'esigenza di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono all'interno di tale procedimento*, e dove la riservatezza è riferita alle dichiarazioni delle parti e alle informazioni provenienti dalle stesse, come nell'art. 194 c.p.c., più che non al contenuto della relazione tecnica. Sul fatto che, comunque, la perizia espletata in mediazione potrà avere, tutt'al più, il valore di una prova atipica, e servire come fondamento conoscitivo e supporto motivazionale alla proposta eventualmente formulata *ex art. 185-bis c.p.c.*, v. ancora Trib. Roma, 17 marzo 2014, cit. Nello stesso senso, Trib. Roma, 9 aprile 2015, in www.osservatorio-mediazionecivile.it; Trib. Parma, 13 marzo 2015, in www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com.

28/2010, che contempla la mediazione su ordine del giudice¹⁵ – fare un cenno a quest’ultima e all’influenza che può avere il momento nel quale la conciliazione venga tentata.

Nell’esperienza dell’istituto della mediazione, non è indifferente, infatti, che la conciliazione venga tentata prima e al di fuori del processo, oppure mentre questo è già in corso. Quando, cioè, il tentativo venga ordinato per la prima volta (o, nelle ipotesi di obbligatorio esperimento della procedura di mediazione, ripetuto¹⁶) successivamente all’instaurazione della lite, e anche in appello, come appunto dispone l’art. 5, 2° co., per il quale il giudice, fermo quanto previsto dal comma 1-*bis* e salvo quanto stabilito dai commi 3 e 4, «anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l’esperimento del procedimento di mediazione» quale ulteriore condizione di procedibilità.

Nella pratica si rileva che la presenza del giudice, sia pure sullo sfondo, spinge le parti e i loro difensori a prendere la mediazione più sul serio. E l’opera svolta dal mediatore, in caso di insuccesso, può essere portata a compimento dal giudice che ripeta il tentativo di conciliazione in giudizio, come previsto dall’art. 185 c.p.c.; nel qual caso il giudice potrà fare egli stesso la proposta prevista dall’art. 185-*bis* c.p.c., eventualmente basandosi su quanto accaduto in mediazione e non coperto da riservatezza.¹⁷

Nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria, la scelta di sottoporre la lite ad una condizione di procedibilità anteriore all’introduzione della lite ha il merito indiscutibile di costringere le parti ad una “sosta” tecnica prima di affrontarsi in giudizio, ma al tempo stesso ha, o può avere, una doppia controindicazione: il rischio che i destinatari dell’istanza, non sentendo ancora su di sé la “pressione” del giudice, possano non partecipare, o in ogni caso le parti possano fermarsi al primo incontro; l’ostacolo rappresentato da un’apertura del confronto in un momento troppo anticipato rispetto al momento in cui sulla questione verrà fatta un’istruttoria, perché la mediazione abbia effettive possibilità di successo (e questo secondo aspetto, soprattutto, spiega la scelta dell’art. 8 della l. n. 24/2017).

Al primo profilo si è già accennato per quanto attiene alla partecipazione al giudizio, e vi ritorneremo nell’ultimo paragrafo.

Quanto al fatto che la mediazione potrà fermarsi al primo incontro, nella mediazione per ordine del giudice è più difficile che questo accada, vista l’interpretazione, che va oltre il tenore letterale della norma, che la giurisprudenza prevalente dà della previsione

15. Che è cosa diversa dalla conciliazione delegata, quale si ha ad esempio nell’art. 198 c.p.c., in cui il consulente tecnico, incaricato dal giudice istruttore di esaminare documenti contabili e registri, può vedersi affidato anche il compito di tentare la conciliazione delle parti.

16. Anche laddove sia stata già esperita la mediazione preventiva obbligatoria (Trib. Roma 29 ottobre 2015, www.dirittoegustizia.it).

17. Per l’utilizzo della perizia in mediazione quale supporto conoscitivo e motivazionale utilizzato dal giudice, nel rispetto dei principi di riservatezza, v. *retro*, nota 14.

dell'art. 5, comma 2-*bis* («quando l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo»), richiedendo che il primo incontro, per essere effettivo, non si fermi al momento in cui il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, occorrendo invece che si svolga una vera e propria sessione di mediazione,¹⁸ oltretutto alla presenza personale delle parti e non solo con la presenza dei loro rappresentanti.¹⁹ Sicché le parti ormai sanno di non potersi limitare a riferire al mediatore di non volere proseguire nella mediazione, se non vorranno ritrovarsi con un tentativo di mediazione che, pur ritualmente iniziato, non venga giudicato altrettanto ritualmente condotto a termine.

Il secondo profilo è quello che, come anticipato, chiarisce il perché della scelta che l'art. 8 della l. n. 24/2017 ha fatto nell'individuare il ricorso all'art. 696-*bis* come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Nelle liti ad alto tasso di complessità tecnica, come sono quelle di specie, una più approfondita conoscenza dei termini della causa, quale si ha a processo e istruttoria avviati, ha degli indubbi vantaggi.

Non sempre, nel caso del tentativo svolto previamente, l'istanza è articolata in una maniera tale da consentire la piena comprensione della vicenda, bastando quel tanto che serve a consentire la produzione degli effetti previsti dall'art. 5, 6° co., in punto di prescrizione e decadenza.²⁰ Talora, in una fase anticipata, neppure è agevole l'individuazione di

18. Secondo un'ampia parte della giurisprudenza, ritenere che la condizione di procedibilità sia assoluta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vorrebbe dire «in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere». In questo senso, «la dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti» (*ex multis*, Trib. Firenze, 19 marzo 2014, in *Guida al diritto* 2014, 17, ins. 5, con nota di MARINARO). Nel senso che se «la procedura di mediazione, prevista quale condizione di procedibilità della domanda, è stata esperita dagli attori e dagli interventori ma non si è conclusa non essendo iniziata dopo il primo incontro» dev'essere disposta la prosecuzione del procedimento di mediazione con il suo inizio ovvero la rinnovazione del procedimento entro il termine di 15 giorni, Trib. Civitavecchia, ord. 15 gennaio 2016, inedita, resa in una causa di risarcimento danni da responsabilità medica. Sulla stessa linea del Tribunale di Firenze, Trib. Bologna, 5 giugno 2014, in www.osservatoriomediazionecivile.com; Trib. Rimini, 16 luglio 2014, in www.diritto24.ilssole24ore.com.

19. Così Trib. Firenze, 19 marzo 2014, www.ilcaso.it; Trib. Firenze, 26 novembre 2014, *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 558 ss., con nota di G. RAFFI; Trib. Vasto, 9 marzo 2015, *Corriere giur.*, 2016, p. 1083, con nota di M. RUVOLO; Trib. Vasto 23 giugno 2015, www.ilcaso.it. *Contra*, per l'impossibilità di imporre la presenza personale, visto che le parti hanno comunque il diritto di conferire una procura, Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *GiustiziaCivile.com*, 2015, 12 febbraio, con nota di N. MELUCCIO. Nella già menzionata proposta di riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, presentata dalla Commissione ministeriale presieduta da Guido Alpa, si è individuata una soluzione di compromesso tra le due posizioni, immaginando che la procura possa essere conferita, ma debba essere diversa da quella data al difensore.

20. A termini di legge «l'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa» (art. 4, 2° co. d.l. n. 28/2010), ma, poiché la mediazione non è un processo, non è necessario che lo sviluppo, nella domanda

tutti i soggetti coinvolti (si pensi al caso della responsabilità di équipe), col rischio che a un primo tentativo di mediazione ne debba seguire un altro, una volta che si arrivi al giudizio, per effetto dell'eccezione di improcedibilità sollevata in causa da uno dei convenuti inizialmente trascurato.

Più in generale, l'approfondimento istruttorio permette alle parti una visione più chiara delle alternative²¹ che esse hanno al raggiungimento dell'accordo e consente una conduzione più consapevole del tentativo di conciliazione.

Per la verità, potrebbe accadere anche l'esatto contrario, e la composizione della lite essere facilitata proprio dal fatto che il processo non sia ancora iniziato. Talvolta, quanto prima si tenti la conciliazione, tanto più conveniente potrà apparire, per l'assicurazione, giungere alla conclusione dell'accordo: si pensi all'ipotesi in cui il danno non si sia ancora definitivamente "stabilizzato", e non sia semplice fare una prognosi degli sviluppi della condizione del danneggiato,²² nel qual caso la definizione stragiudiziale della controversia, che avvenga a ridosso del momento in cui il pregiudizio si è verificato, può presentare vantaggi, per il danneggiante e la sua assicurazione, rispetto a quello che potrebbe accadere se il risarcimento fosse stabilito in un provvedimento giudiziale a distanza di qualche anno.

In linea di massima, tuttavia, al di là di questo aspetto e considerando che nella pratica è assai raro che il tentativo di conciliazione in materia sanitaria non sia stato preceduto da un esame della vicenda interno alla struttura (in sede di *audit*,²³ o per l'intervento del

di mediazione, del *petitum* e della *causa petendi* sia così ampio come quello di una domanda giudiziale. Nel senso che il tasso di tecnicismo dell'istanza debba essere tanto più elevato quanto più la parte intenda conseguire effetti in caso di insuccesso e di ulteriore proposizione della domanda giudiziale, senza che, in proposito, sussista niente più che un onere per la parte (e non già un obbligo), qualora invece la parte che attiva il procedimento di mediazione ritenga di non scoprire tutte le carte del successivo processo, nella consapevolezza che se poi il giudizio sarà avviato "non è detto che il procedimento di mediazione possa restituirgli tutte le potenzialità di cui è dotato", v. M. FABIANI, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, Società, 2010, p. 1146. Sul fatto che vi sia un obbligo di individuazione della domanda v. invece E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, p. 664.

21. L'acronimo MAAN o PAAN esprime, nel linguaggio della mediazione, la "migliore" o "peggiore alternativa all'accordo negoziato", da sottoporre alle parti affinché possano valutare l'opportunità della composizione negoziale della lite, in luogo della decisione giudiziale.

22. Immaginiamo che, alla nascita, il neonato mostri "esiti di sofferenza ipossico-ischemica neonatale, clinicamente caratterizzata da ritardo psicomotorio", che si ipotizzano legati al parto. Nei primissimi mesi di vita, a seconda della gravità di quegli esiti, sarà più difficile valutare quale potrà essere la futura condizione di vita del bambino, e il danno biologico potrà aumentare, col passare degli anni, in conseguenza della mancata acquisizione delle normali funzioni collegate all'età, così come emergeranno con maggiore nettezza le eventuali carenze nelle funzioni sociali e relazionali del bambino. Nella prospettiva dell'assicuratore, incentrata com'è sull'aspetto economico, questi aspetti debbono essere presi necessariamente in considerazione.

23. Com'è noto, l'*audit* ha, in realtà, una funzione preventiva rispetto agli eventi indesiderati, ma poiché mira a trarre insegnamento dagli errori e ad individuare, in base ad essi, sistemi adeguati per il miglioramento della qualità delle prestazioni sanitarie, e per la garanzia della sicurezza del paziente, è inevitabile che le attività di *risk management* si saldino con quella di gestione del contenzioso, e ne possano condizionare il funzionamento concreto.

Difensore civico, o perché sono previste forme di gestione diretta del sinistro), la composizione della lite dinanzi al mediatore, prima che la vicenda sia approdata in un'aula giudiziaria e sia pervenuta alla fase istruttoria, potrà essere ostacolata dal fatto che la pre-valutazione delle responsabilità da parte della medicina legale della struttura abbia dato risposta negativa in merito alla sussistenza di un illecito ascrivibile al sanitario (e, nel caso di risposta positiva, all'opposto la lite sarà spesso composta senza neppure che ci sia bisogno del passaggio dinanzi al mediatore).

Da questo punto di vista, allora, l'ordine del giudice di tentare la conciliazione, per il momento in cui interviene (se non è fatto indiscriminatamente, ma alla luce dell'andamento della causa, come motivata indicazione alle parti dell'utilità di una riflessione sull'opportunità di proseguire nell'azione giudiziale) dev'essere visto come un importante contributo alla risoluzione della lite, alimentandosi la mediazione in questo caso più che mai dal dialogo e dall'intreccio con la giustizia civile statale, in una logica analoga a quella che, nella Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, ha spinto il legislatore comunitario a porre agli Stati membri l'obiettivo minimo di fornire i tribunali di "strumenti efficaci per promuovere attivamente l'utilizzo della mediazione", anche considerata la necessità di garantire "un'equilibrata relazione tra la mediazione ed il procedimento giudiziario".²⁴

In analoga prospettiva, anche il meccanismo dell'art. 696-bis pone l'accento sull'utilità di una maggiore presenza della dimensione giudiziale nelle liti ad alto tasso di complessità tecnica. In questo caso, l'utilità sta nel fatto che, come si legge nel passo della Relazione che accompagnava già la proposta Vaccarella di introduzione della norma, «l'esperienza mostra che, spesso, il contrasto tra le parti riguarda la quaestio facti, di tal che, una volta effettuata l'istruttoria – e beninteso se non vi sono ragioni di contestazione sul modo in cui l'istruttoria si è svolta

24. Come osservano - richiamando la riflessione sul *multidoors system* degli studi di matrice nordamericana della fine degli anni '70, resi noti al pubblico italiano (M. CAPPELLETTI - B. GARTH (a cura di), *The Florence Access to Justice project*, vol. I-IV, Milano-Alphen aan den Rijn, 1978-1979, *passim*, in specie, IID., *Access to Justice: The worldwide Movement to Make Rights effective. A General report*, ivi, I, p. 49) e la riflessione di O.G. CHASE, *Gestire i conflitti, Diritto, cultura, rituale*, Roma-Bari, 2009, pp. 112-135 - G. ARMONE E P. PORRECA, *La mediazione tra processo e conflitto*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 95, il D.Lgs. 28/2010 "ha certo una funzione di rete di contenimento rispetto all'abuso della giurisdizione, ma altresì di sponda per ampliare l'accesso a soluzioni del conflitto che dispongano di plurime vie d'uscita, non limitate all'arbitrato o all'innesco dei procedimenti giudiziari: others voices, others rooms". Come ricorda, nella stessa logica, C. BESSO, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa della controversie*, in AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. Besso, Torino, 2010, p. 8, il rapporto tra mediazione e processo che non sia solo quello volto alla mera deflazione del carico giudiziario si coglie nel celebre intervento di SANDER, *Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: Varieties of Dispute Processing*, in *70 Federal Rules Decisions*, 1976, p. 111 ss., che "offre l'immagine suggestiva della multi-door court house, dove il cittadino propone la sua domanda non più ad una corte, ma ad un dispute resolution center, ove la domanda viene indirizzata verso il meccanismo di risoluzione per essa più adatto: il processo, ma anche la mediazione, l'arbitrato, l'Ombudsman, il neutral-fact facting. In tal modo, secondo Sander, sarebbe possibile una risoluzione delle controversie efficace sotto il profilo "dei costi, dei tempi, dell'accuratezza, della credibilità e della fattibilità".

– la controversia viene conciliata. Se dunque si riesce ad anticipare la formazione della prova rispetto all'inizio del processo, le controversie caratterizzate da un contrasto in punto di fatto presumibilmente non verranno portate davanti al giudice».

È sotto questo profilo che il legislatore ha deciso di valorizzare l'istituto, prevedendolo come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, in alternativa ad uno strumento che, nelle controversie risarcitorie da responsabilità sanitaria, non ha avuto il successo che nel 2010 si auspicava potesse avere.²⁵

4. Il rilievo dell'improcedibilità.

L'art. 8 stabilisce che la presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c. dinanzi al giudice competente costituisca condizione di procedibilità della domanda di risarcimento.

Una previsione analoga è contemplata nell'art. 445-bis c.p.c., che l'art. 8 in parte ricalca.

La norma del codice di rito infatti recita: *«nelle controversie in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità, disciplinati dalla l. 12 giugno 1984, n. 222, chi intende proporre in giudizio domanda per il riconoscimento dei propri diritti presenta con ricorso al giudice competente ai sensi dell'art. 442 codice di procedura civile, presso il Tribunale nel cui circondario risiede l'attore, istanza di accertamento tecnico per la verifica preventiva delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa fatta valere. Il giudice procede a norma dell'art. 696-bis codice di procedura civile, in quanto compatibile (...). L'espletamento dell'accertamento tecnico preventivo costituisce condizione di procedibilità della domanda di cui al primo comma. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che l'accertamento tecnico preventivo non è stato espletato ovvero che è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dell'istanza di accertamento tecnico ovvero di completamento dello stesso. La richiesta di espletamento dell'accertamento tecnico interrompe la prescrizione».*

Come si vede, le disposizioni sono pressoché identiche. Le differenze, al di là di qualche minima variazione lessicale, stanno nel fatto che nell'art. 445-bis c.p.c. è l'espletamento dell'accertamento tecnico, e non la mera presentazione del ricorso, come nell'art. 8, a costituire condizione di procedibilità (sebbene in entrambi i casi, quando il procedimento peritale sia sì iniziato ma non si sia concluso, il processo non prosegue, ma viene

25. Alcuni numeri: nell'esperienza dell'organismo di conciliazione presso il Tribunale di Firenze, uno dei migliori sul territorio, nell'anno 2016, a fronte di 166 procedimenti di mediazione in materia sanitaria, si sono avute 64 mancate partecipazioni al primo incontro (43%) e 85 primi incontri (57%), dei quali solo 24 con prosecuzione (e successivi 7 abbandoni per vari motivi): delle 18 mediazioni effettivamente svolte, solo 11 si sono chiuse con accordo (dunque meno del 10% sul numero iniziale). L'utilità del ricorso alla consulenza tecnica preventiva non deve far dimenticare, per altro verso, però, che le spese della consulenza sono necessariamente anticipate da chi la richiede (anche recenti pronunce di Cassazione lo confermano). Il che potrebbe costituire un onere non indifferente per l'attore.

assegnato un termine per il completamento dei lavori peritali; completamento che, nella previsione dell'art. 8, deve intervenire in ogni caso entro sei mesi dal deposito del ricorso); inoltre, che nella disposizione del codice processuale è prevista la sola competenza del tribunale, mentre nell'art. 8 giudice competente potrebbe essere, astrattamente, anche il giudice di pace,²⁶ se non fosse che per il procedimento *ex art. 702-bis* la competenza è sempre del tribunale.

In entrambe le norme si prevede che l'improcedibilità possa essere rilevata, anche d'ufficio, entro la prima udienza e non oltre. In caso di rilievo del difetto, verrà fissata una nuova udienza e assegnato alle parti, dal giudice, il termine di quindici giorni²⁷ per la presentazione («dinanzi a sé», aggiunge l'art. 8) dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento.

Analoga previsione è contenuta nel d.lgs. n. 28/2010 per il mancato espletamento del tentativo di conciliazione dinanzi a uno degli organismi previsti dal decreto.

Si tratta perciò in ogni caso di un difetto sanabile, sia per il mancato rilievo del difetto ad opera del convenuto o del giudice, sia, qualora il vizio venga rilevato, per effetto della concessione del termine: l'onere in tal modo imposto alla parte che voglia agire in giu-

26. Sulla competenza del giudice di pace per le controversie risarcitorie in tema di danno alla persona, v. Cass. civ., sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 23430, *Foro it.*, Rep. 2013, *Competenza civile*, n. 35, che precisa come la competenza del giudice di pace per le cause «relative a beni mobili» di valore non superiore a cinquemila euro sia comprensiva delle domande di risarcimento del danno ricomprese in tale valore, a nulla rilevando che il credito risarcitorio scaturisca dalla violazione di un diritto fondamentale della persona (in applicazione di questo principio, la Corte suprema ha ritenuto erronea la sentenza con la quale il giudice di pace, sul presupposto che la salute non fosse un «bene mobile», aveva declinato la propria competenza a conoscere di una domanda di risarcimento del danno biologico compresa nella sua competenza per valore).

27. Sulla non perentorietà del termine nell'art. 445-bis c.p.c., v. E. VULLO, *sub art. 445-bis*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo, Milano, 2013, p. 1679. Nel senso, invece, della perentorietà del termine previsto dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010, per l'attivazione della mediazione su ordine del giudice e della impossibilità di sanatoria (stante l'inapplicabilità, in via analogica, della sanatoria prevista per il medesimo termine di quindici giorni dal comma 1-bis per le controversie sottoposte a tentativo obbligatorio di conciliazione dalla legge), v. Trib. Firenze, 9 giugno 2015, in *Giur. it.*, 2015, p. 2374, con nota di E. BENIGNI, *L'avvio «tardivo» della mediazione determina l'improcedibilità della domanda?* Ad avviso del Tribunale di Firenze, per il termine del comma 2 «apparirebbe assai strano che il legislatore, da un lato, abbia previsto la sanzione dell'improcedibilità per mancato esperimento della mediazione, prevedendo *altresì che la stessa debba essere attivata entro il termine di 15 gg.*, dall'altro, abbia voluto negare ogni rilevanza al mancato rispetto del suddetto termine». La differenza rispetto al caso di mancato esperimento del tentativo di conciliazione nelle materie in cui lo stesso è obbligatorio *ante causam* (art. 5, comma 1 bis), nel quale è consentito sanare l'omissione mediante successivo esperimento della mediazione, è spiegata col fatto che in quei casi il procedimento è su iniziativa dalle parti e si è voluto evitare l'applicazione della grave sanzione dell'improcedibilità per omissione che può essere frutto di mancata conoscenza dell'obbligo normativo. Nel senso invece che «*il tentativo di mediazione obbligatorio, ancorché esperito successivamente al termine di quindici giorni assegnato dal giudice, non consente di ritenere operante la improcedibilità prevista per il mancato esperimento del procedimento, in assenza di espressa previsione di perentorietà del termine assegnato dal giudice ex art. 5, 2° comma, d. leg. 28/2010, dovendosi dare prevalenza all'effetto sostanziale dello svolgimento del procedimento*», Trib. Milano, ord. 27 settembre 2016, in www.ilcaso.it.

dizio non è pertanto particolarmente pesante e la previsione non dovrebbe incorrere in declaratorie di incostituzionalità.

Com'è noto, la giurisdizione condizionata è considerata tradizionalmente legittima quando gli oneri e le modalità che condizionano l'esercizio dell'azione non compromettano l'esperimento dell'azione giudiziaria imponendo oneri troppo gravosi alle parti.²⁸ In questo senso, si considera ragionevole la mera improcedibilità per un tempo limitato, che possa risultare utile alla stessa soddisfazione della situazione sostanziale che si assume violata (oltre che alla deflazione del carico giudiziario).

Le previsioni in punto di giurisdizione condizionata sono ritenute compatibili anche col diritto dell'Unione europea, quale si ricava dalla sentenza del 18 marzo 2010 della Corte di giustizia a proposito del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni.²⁹ La Corte ha affermato, in proposito, che *«i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti»*.

Peraltro, il Giudice delle leggi ha già avuto modo di pronunciarsi sulla condizione di procedibilità cui l'art. 8 ha subordinato la domanda di risarcimento in materia di responsabilità sanitaria, laddove ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 445-bis c.p.c., confermando anche in quella occasione *«la legittimità di forme di accesso alla giurisdizione subordinate al previo adempimento di oneri finalizzati al perseguimento di interessi generali»*, e ritenendo soddisfatto, nella specie, il *«triplice requisito che il legislatore non renda la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa ..., contenga l'onere nella misura meno gravosa possibile e operi un congruo bilanciamento tra l'esigenza di assicurare la tutela dei diritti e le altre esigenze che il differimento dell'accesso alla stessa intende perseguire»*.³⁰ Secondo la Corte, gli adempimenti

28. Per una ricognizione delle diverse ipotesi in cui, nel tempo, la Corte costituzionale si è pronunciata sul tema in questione, v. G. COSTANTINO, in nota a Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, *Foro it.*, 1992, I, p. 1023; nel senso dell'infondatezza, o dell'inammissibilità, della questione di legittimità costituzionale delle previsioni che contemplano tentativi obbligatori di conciliazione, cfr., in particolare, Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, *ivi*, 2000, I, p. 2752; Corte cost., 18 febbraio 2009, n. 51, *Giur. cost.*, 2009, p. 273; Corte cost., 24 marzo 2006, n. 125, *ivi*, 2006, p. 1186 (dove la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione, anche per non aver tentato il giudice una interpretazione adeguatrice della disposizione impugnata); v. inoltre, con riferimento specifico alla mediazione contemplata dal d.lgs. n. 28/2010, Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, *Corr. giur.*, 2013, p. 257 ss., con commento di chi scrive, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012*, n. 272.

29. Corte di giustizia 18 marzo 2010, procedimenti riuniti C317/08, C-318/08, C. 319/08 e C-320/08, Alassini, in *Foro it.*, 2010, IV, 361.

30. Corte cost., 28 ottobre 2014, n. 243, *Foro it.*, 2015, I, 358. Ad avviso della Corte, la normativa in questione non può affatto ritenersi irragionevole: ciò perché i) l'espletamento del previo accertamento tecnico preventivo è previsto come condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda di merito volta al riconoscimento del diritto alla prestazione assistenziale o previdenziale; ii) la tutela garantita dall'art. 24 Cost.

imposti alle parti, di presentare entro quindici giorni l'istanza di accertamento tecnico ovvero di completamento dello stesso, sono «*adempimenti ordinari, che non comportano alcuna compressione dei diritti della parte privata*».

È immaginabile, perciò, che almeno sotto questo profilo la nuova disciplina non incontrerà risposte diverse da parte della Corte costituzionale qualora ne venisse denunciata una ritenuta illegittimità per contrasto col diritto di azione in giudizio.

5. La salvezza degli effetti della domanda.

Il comma 3 dell'art. 8 stabilisce che «ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'art. 702-bis del codice di procedura civile».

La norma parla in generale di salvezza degli effetti della domanda, diversamente da quanto fa l'art. 5, sesto comma, d.lgs. n. 28/2010 che, correttamente (trattandosi di una domanda di mediazione e non di una domanda giudiziale), circoscrive gli effetti della domanda di mediazione a quelli sulla prescrizione e sulla decadenza, stabilendo che, dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale e che dalla stessa data la domanda impedisce la decadenza per una sola volta, fermo che «*se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo*».

Com'è noto, gli effetti della domanda giudiziale sono, in generale, di tipo sostanziale, quali l'interruzione e la sospensione della prescrizione, o l'impedimento della decadenza, oppure di tipo processuale, quali la prevenzione *ex* art. 39, co. 3, c.p.c.; la *perpetuatio iurisdictionis (ac competentiae)* *ex* art. 5 c.p.c.; la possibilità di successione nel processo dei successori universali quando la parte venga meno in pendenza di lite *ex* art. 110 c.p.c.; la *perpetuatio legitimationis* contenuta nell'art. 111 c.p.c.; la non caducazione dei provvedimenti cautelari c.d. conservativi, se la domanda di merito è stata proposta tempestivamente (art. 669-*octies* c.p.c.).

Nell'art. 8 quegli effetti sono collegati non ad una domanda di mediazione, ma ad un ricorso giudiziale: ciò giustifica il richiamo più generale agli effetti della domanda e non ai soli effetti che la stessa può avere sulla prescrizione e sulla decadenza.

non comporta l'assoluta immediatezza dell'esperibilità del diritto di azione; iii) la tutela giurisdizionale non deve necessariamente porsi in relazione di immediatezza con il sorgere del diritto, ma la determinazione concreta di modalità e di oneri non deve rendere difficile o impossibile l'esercizio di esso. Il che, nella specie – prosegue la Corte – certamente non si verifica proprio per il tipo di adempimento imposto alle parti («*Il giudice, ove rilevi che l'accertamento tecnico preventivo non è stato espletato ovvero che si è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dell'istanza di accertamento tecnico ovvero di completamento dello stesso*»).

L'aver voluto, il legislatore, agganciare il ricorso *ex art. 696-bis* c.p.c. al procedimento sommario di cognizione come sbocco "normale" delle controversie in materia di responsabilità sanitaria che siano state precedute, anziché da una domanda di mediazione dinanzi ad un organismo, da una consulenza tecnica in funzione conciliativa³¹, spiega il perché della formula, un po' curiosa, per la quale la salvezza degli effetti della domanda è legata al fatto che «entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio [sia] depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1 il ricorso di cui all'art. 702-bis del codice di procedura civile».

Spiega il perché, si è detto, ma non chiarisce quali siano le conseguenze della previsione.

Infatti, la formula utilizzata dall'art. 8 sembra impedire la salvezza degli effetti della domanda quando il processo non venga introdotto nelle forme dell'art. 702-bis (eventualità sempre possibile, quando il legislatore non la escluda espressamente, o escluda la possibilità di una conversione del rito, come ha fatto nell'art. 3 d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150, "cd. decreto semplificazione riti"³²), laddove invece, da un lato, non vi è ragione di non consentire quegli effetti quando nel termine venga introdotto un processo a cognizione piena; dall'altro lato, all'art. 696-bis, in quanto atto introduttivo di un giudizio, vengono comunque ricollegati – seppure il punto sia discusso – gran parte degli effetti che non presuppongono l'introduzione del giudizio di merito.³³

In ogni caso, per quanto attiene all'effetto più rilevante nella materia che ci occupa, ovvero quello sulla prescrizione, se pure si dovesse perdere l'effetto sospensivo³⁴ (che il codice civile ricollega alla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, anche conservativo,³⁵ e non anche alla semplice richiesta stragiudiziale, contenuta nell'atto

31. Sul modello francese nel quale, al *référé probatorie* mediante *expertise préventif*, segue di norma il *référé provision*, sia pure senza efficacia di giudicato.

32. Che afferma esplicitamente che, nelle controversie disciplinate dal capo III del decreto, non si applicano il 2° e 3° comma dell'art. 702-ter c.p.c., e perciò che neppure è possibile la conversione del rito ad opera del giudice.

33. Sulla questione degli effetti della domanda avanzata *ex art. 696-bis* v. ampiamente T.M. PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, Riv. dir. proc., 2013, p. 44 ss. Nel senso che al deposito del ricorso potrà ricondursi non solo l'effetto interruttivo della prescrizione, ma anche l'effetto sospensivo, A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., p. 811.

34. Che è attribuito invece al ricorso per accertamento tecnico preventivo: nel senso che, rientrando tale procedimento nella categoria dei giudizi conservativi, «la notificazione del relativo ricorso con il pedissequo decreto giudiziale determina, ai sensi dell'art. 2943 c.c., l'interruzione della prescrizione che si protrae fino alla conclusione del procedimento, che coincide ritualmente con il deposito della relazione del consulente nominato», Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2007, n. 17385, *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 68. La Corte aggiunge, poco comprensibilmente, che «qualora tale procedimento si prolunghi oltre tale termine con l'autorizzazione al successivo deposito di una relazione integrativa, esso si trasforma in un procedimento atipico, con la conseguenza che, in tal caso, la permanenza dell'effetto interruttivo della prescrizione non è più applicabile».

35. Come si è visto alla nota precedente, è per effetto della natura cautelare che la Cassazione riconosce al ricorso per accertamento tecnico preventivo l'effetto sospensivo, oltre a quello interruttivo, mentre il procedimento *ex art. 696-bis* non ha natura cautelare, come si ricava dal fatto che si prescinde dalle ragioni d'urgenza.

di costituzione in mora, il quale produce soltanto l'effetto interruttivo), rimarrebbe pur sempre ferma l'interruzione del decorso della prescrizione.

6. Il procedimento dell'art. 696-bis e la proposizione del ricorso ex art. 702 bis c.p.c.

Sul presupposto che l'istruttoria non si presenti complicata dopo che è stata già svolta una consulenza tecnica, l'art. 8 ha collegato il procedimento ex art. 696-bis col procedimento sommario di cognizione, immaginando che, in esito al procedimento di istruzione preventiva, ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda divenga procedibile se, entro novanta giorni dal deposito della relazione peritale o, in ogni caso, dalla scadenza del termine, venga depositato il ricorso di cui all'art. 702-bis c.p.c. presso il giudice che ha trattato il procedimento di istruzione preventiva.

Perciò, diversamente da quanto accade nel modello del codice di rito, che non prevede alcun collegamento col successivo giudizio di merito (se non il fatto che «*se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito*», per l'introduzione del quale non è previsto termine³⁶), nell'art. 8, quando l'iter peritale non si concluda con un accordo tra le parti, l'avvio della causa sulla responsabilità medica deve intervenire entro termini ben precisi.

Niente dice la norma del modo in cui il consulente deve espletare il tentativo.

Vi è soltanto il limite, previsto dal codice processuale, per il quale la conciliazione dev'essere tentata dal perito *prima* di provvedere al deposito della relazione, mentre non è indicato un momento *a partire dal quale* egli deve procedere al tentativo di composizione bonaria. In ogni caso, diversamente da quanto è stato sostenuto con riferimento all'art.

Sulla natura cautelare della consulenza tecnica preventiva v. però Cass. 20 giugno 2007 n. 14301, *Giur. it.*, 2007, p. 2525, con nota di R. MASONI, nella quale si legge che, dal momento che la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite è stata aggiunta tra i procedimenti di istruzione preventiva già previsti dal codice di rito, «*non vi è ragione per non ritenere che ne condivida la natura*». La Cassazione, nell'escludere la natura decisoria e definitiva del provvedimento di ammissione della consulenza tecnica preventiva, ha affermato che «*anche esso, come tutti gli altri relativi ad atti di istruzione preventiva, ha carattere provvisorio e strumentale*». Per la natura cautelare del procedimento di consulenza tecnica preventiva, giustificata appunto alla luce della provvisorietà e strumentalità del provvedimento, v. C. BESSO, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, II, Bologna, 2007, p. 1328 e ss. Nel senso della prevalente natura non cautelare dell'istituto v. invece G. BALENA, in G. Balena-M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 370; G.N. NARDO, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. tra conciliazione della lite ed anticipazione della prova*, *Studi in onore di C. Punzi*, III, Torino, 2008, p. 339; A. PANZAROLA, *L'istruzione preventiva riformata*, *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 112; M. MONTANARI, *Brevi note sulla natura giuridica della consulenza tecnica preventiva in funzione di composizione della lite (art. 696 bis c.p.c.) e sulle relative conseguenze d'ordine applicativo*, *ivi*, 2012, p. 701.

36. Che nei procedimenti di istruzione preventiva non vi era neppure prima che il legislatore del 2006 introducesse la cd. strumentalità attenuata per i procedimenti cautelari a carattere anticipatorio, nonché per i provvedimenti d'urgenza e per quelli nunciatori.

696-*bis* c.p.c. (per il quale si è detto che, in assenza di sanzione espressa, il consulente potrebbe anche non tentare la conciliazione³⁷), in questo caso, vista la finalità cui l'art. 8 è rivolto, e la particolare competenza nell'ambito della mediazione richiesta all'ausiliare del giudice dall'art. 15, primo comma, questi dovrà necessariamente svolgere il tentativo di conciliazione.

Tentativo che, per essere davvero efficace, si dovrà avere alla presenza delle parti, e non soltanto dei consulenti tecnici, e si dovrà tenere in una apposita seduta nella quale le parti vengano convocate proprio per questo particolare incumbente. Della necessità della presenza personale delle parti si è accennato³⁸: è vero che non vi è nessuna norma che la imponga, come già è stato osservato a proposito del d.lgs. n. 28/2010, e che il codice di rito ammette l'intervento di rappresentanti muniti di procura speciale, ma non vi è dubbio che il tipo di dialogo che la mediazione presuppone richieda una partecipazione diretta di coloro che sono chiamati ad assumersi la responsabilità della lite.

Se la conciliazione ha successo, il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale (che è esente dall'imposta di registro), ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica. Come del resto nell'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010, l'accordo è anche titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.³⁹

È, quello rivolto a munire il verbale di *exequatur*, l'unico intervento di un giudice che altrimenti, nel procedimento di istruzione preventiva affidato al consulente tecnico, è normalmente assente, e interviene solo quando occorra risolvere le questioni che si possono porre nel corso delle operazioni peritali (ad esempio, quelle concernenti l'acquisizione di documentazione rilevante,⁴⁰ oppure le eventuali proroghe che possano essere richieste

37. Così A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., pp. 817-818.

38. V. *supra*, par. 2, testo e nota 19.

39. La conciliazione raggiunta in seno al tentativo stragiudiziale o in seno al processo ha la medesima utilità, dato che tanto l'art. 12 d.lgs. n. 28/2010, quanto l'art. 696-*bis* c.p.c., riconoscono espressamente che il verbale in parola sia titolo esecutivo ai fini dell'espropriazione forzata e dell'esecuzione in forma specifica (che servirebbe, nella materia che ci occupa, ad assicurare l'adempimento di eventuali obblighi di fare assunti dal medico, o dalla struttura: si pensi all'obbligo di eseguire nuovamente, senza costi aggiuntivi, l'intervento di chirurgia estetica che non abbia dato i risultati sperati), nonché titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, superando perciò il tenore letterale dell'art. 612 c.p.c., che ricollega l'esecuzione forzata in forma specifica soltanto al titolo esecutivo rappresentato dalla sentenza di condanna (sul punto, la Corte Costituzionale ha chiarito, sia pure con una sentenza interpretativa di rigetto, che l'esecuzione per obblighi di fare e non fare può seguire anche ad un titolo esecutivo costituito dal verbale di conciliazione giudiziale, *«in quanto le eventuali ragioni ostative - di ineseguibilità in forma specifica dell'obbligo - devono essere valutate non ex post, e cioè nel procedimento di esecuzione, bensì, se esse preesistono, in sede di formazione dell'accordo conciliativo da parte del giudice che lo promuove e sotto la cui vigilanza può concludersi soltanto se la natura della causa lo consente»*: Corte cost., 12 luglio 2002, n. 336, *Foro it.*, 2004, I, p. 41 ss.).

40. Anche se nel caso in cui i procedimenti degli artt. 696 e 696-*bis* c.p.c. vengano svolti *ante causam*, come normalmente avviene (sebbene l'applicabilità dell'art. 699 c.p.c. consentirebbe anche una richiesta in corso di causa), non vi sono i limiti alla produzione documentale che invece operano quando la consulenza sia disposta durante il giudizio, e sui quali si discute da sempre, anche nell'ipotesi della consulenza contabile, dove pure l'art. 198 c.p.c. apre almeno alla produzione tardiva di documenti accessori, cioè utili a consentire una risposta più

dal consulente,⁴¹ e più in generale quelle sui poteri del consulente e i limiti dell'incarico, come prevede l'art. 92 disp. att. c.p.c.), oppure quando occorra sollecitare il deposito della perizia, ed eventualmente sostituire il consulente in caso di reiterata inerzia, o provvedere alla liquidazione del compenso. Non vi è, in ogni caso, quando la consulenza venga disposta *ante causam*, un provvedimento che intervenga a conclusione dei lavori peritali: il consulente è sovrano del procedimento, dello svolgimento del quale deve dare conto nel processo verbale in occasione di ogni singola seduta; verbale che assume così valore di piena prova fino a querela di falso di quanto il perito attesti avvenuto in sua presenza.⁴²

Quando la conciliazione non riesce, il consulente deposita la relazione peritale: da quel momento, o in ogni caso dalla scadenza del termine perentorio di sei mesi previsto come limite massimo per la durata del procedimento, decorrono novanta giorni per l'introduzione del giudizio *ex art. 702-bis*.

Di questo vi è poco da dire, se non riprendere quanto dottrina e giurisprudenza hanno affermato in proposito: al di là della collocazione del procedimento in prosecuzione della disciplina dei procedimenti cautelari (nel capo III *bis* del titolo I del libro IV del codice), dovuta alla generica finalità di accelerazione propria del giudizio in questione, si tratta di un procedimento tendenzialmente a cognizione piena, seppure senza una completa predeterminazione delle forme e dei termini che giudice e parti debbono seguire, rivolto alla formazione del giudicato; l'elemento decisivo per valutare la percorribilità o meno del rito sommario è l'attività istruttoria da svolgere e non anche l'oggetto della domanda o la tipologia della controversia; il procedimento riguarda solo cause di cognizione appartenenti alla competenza del tribunale (restando così escluse quelle di competenza del giudice di pace), e limitatamente a quelle nelle quali il tribunale giudichi in composizione monocratica; è prevista la possibilità di una conversione del rito, ove il giudice ne ravvisi la necessità;⁴³ l'appello, nel silenzio dell'art. 702 *quater* c.p.c., va proposto con

esauriente ed approfondita al quesito posto dal giudice, escludendo invece, anche col consenso della parte, le prove documentali concernenti fatti e situazioni poste direttamente a fondamento della domanda e delle eccezioni di merito (in argomento v., da ultimo, Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2016, n. 8403, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Consulente tecnico*, n. 7).

41. In questo caso, e diversamente da quanto avviene per la consulenza tecnica preventiva per così dire "normale", il procedimento si deve concludere entro un termine che ha natura perentoria e disciplina mutuata dall'art. 153 c.p.c., cosicché non è prorogabile se non in presenza di giustificati motivi, che devono essere allegati dal richiedente e verificati dal giudice.

42. Sul punto v. A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., p. 814.

43. Nell'inserire nel titolo I del libro IV del codice di rito civile il capo III-*bis*, contenente la disciplina del procedimento sommario di cognizione, l'art. 51 l. 18 giugno 2009 n. 69 ne ha configurato l'instaurazione come rimessa a una scelta discrezionale dell'attore (art. 702 bis, primo comma, c.p.c.), sindacabile tuttavia dal giudice, il quale dispone che si proceda nelle forme ordinarie, se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria (art. 702-*ter*, terzo comma, c.p.c.). Come ricordato in precedenza (*supra*, testo e nota 29), l'applicabilità di quest'ultima disposizione è stata però espressamente esclusa dall'art. 3 d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150 per una serie di controversie che lo stesso provvedimento legislativo ha assoggettato comunque al procedimento sommario di cognizione.

citazione e non con ricorso⁴⁴ e la sua mancata proposizione comporta il passaggio in giudicato dell'ordinanza emessa *ex art. 702-bis* c.p.c.; anche l'ordinanza di rigetto della domanda è ritenuta suscettibile di impugnazione *ex art. 702-quater* c.p.c.;⁴⁵ l'impugnazione è maggiormente aperta ai *nova* in punto di prova, rispetto a quanto dispone l'art. 345 c.p.c., per il fatto che in primo grado l'istruttoria è sincopata.

Una volta depositato il ricorso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti, assegnando il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza; il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione. I termini sono dunque abbreviati, rispetto al rito ordinario, vista la finalità di maggiore rapidità nella definizione della lite che il legislatore ha immaginato di raggiungere con l'introduzione di questo tipo di procedimento.

Per la costituzione in giudizio del convenuto, valgono per il procedimento sommario regole analoghe a quelle fissate per il rito ordinario: «*Il convenuto deve costituirsi mediante deposito in cancelleria della comparsa di risposta, nella quale deve proporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione, nonché formulare le conclusioni*».

Opera dunque il principio di non contestazione, introdotto espressamente nel codice di rito dall'art. 115 c.p.c.

Inoltre – prosegue il quarto comma dell'art. 702-*bis*, in conformità con quanto previsto dall'art. 167, secondo comma –, «*a pena di decadenza [il convenuto] deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non sono rilevabili d'ufficio*».

Quanto alla chiamata in causa di un terzo, il quinto comma dell'art. 702-*bis* menziona esclusivamente la chiamata in garanzia⁴⁶, prevedendo espressamente che il convenuto in

44. Cass. civ., sez. VI, 20 novembre 2014, n. 24689, *Riv. neldiritto*, 2015, p. 46.

45. In questo senso, ritenendo che il richiamo dell'art. 702 *quater* al sesto comma dell'art. 702 *ter* vada letto in continuità col quinto comma, quest'ultimo riferito sia all'accoglimento che al rigetto (nonché sul rilievo che sarebbe contraria ai principi di eguaglianza, ragionevolezza e difesa un'appellabilità *secundum eventum litis*), Cass. civ., sez. VI, 2 novembre 2015, n. 22387, *Foro it.*, 2015, voce *Procedimento civile*, n. 309.

46. Nel senso che, in forza del principio di ragionevolezza, la limitazione possa ritenersi superabile, F.P. LUISSO, *Il procedimento sommario di cognizione*, *Giur. it.*, 2009, p. 1568; A. CARRATTA, in C. Mandrioli-A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 146; M. BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione*, *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 432; G. BASILICO, *Il procedimento sommario di cognizione*, *ibidem*, 2010, p. 739 ss. Secondo C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze. Dopo la l. n. 69 del 2009*, Padova, 2009, p. 118, il silenzio dell'art. 702-*bis* c.p.c. «*sulla chiamata in causa ex art. 106 c.p.c. parte prima [...] non implica esclusione ma certo un tendenziale sfavore*» verso l'istituto. Nel senso che la soluzione legislativa sarebbe conforme alla scelta di un procedimento di rapida definizione, Trib. Genova 16 gennaio 2010, *Foro it.*, 2010, I, p. 1648. Per l'applicazione al procedimento sommario *ex art. 702 bis* ss. c.p.c. dell'art. 107, trattandosi di un processo speciale a cognizione tendenzialmente piena rispondente ad un modello di trattazione semplificato, al quale sono applicabili tutte le disposizioni dettate per il processo ordinario a cognizione piena compatibili con le disposizioni contenute negli articoli citati, Trib. Verona, 5 febbraio 2010, *Giur. merito*, 2010, p. 2166, con nota di P. BLAVATI.

questo caso debba «*a pena di decadenza, farne dichiarazione nella comparsa di costituzione e chiedere al giudice designato lo spostamento dell'udienza. Il giudice, con decreto comunicato dal cancelliere alle parti costituite, provvede a fissare la data della nuova udienza assegnando un termine perentorio per la citazione del terzo. La costituzione del terzo in giudizio avviene a norma del quarto comma*». Non è previsto un termine, che potrà essere fissato col decreto con il quale il giudice disporrà lo spostamento dell'udienza.

Dopodiché si procederà con la trattazione della causa, tenuto conto della già avvenuta consulenza tecnica.

7. Il valore dell'accertamento tecnico nel successivo giudizio.

Sia che il tentativo di conciliazione si sia svolto, senza successo, nelle forme dell'art. 696-*bis* sia che la parte abbia prescelto quelle del d.lgs. n. 28/2010, nel successivo giudizio si porrà l'esigenza di acquisire la consulenza tecnica che sia stata espletata in seno al tentativo. In ciò, soprattutto, sta la differenza tra i due modelli cui l'art. 8 affida la possibilità di una composizione negoziale della lite, dal momento che solo nel primo caso, e non nel secondo, la strada per l'utilizzo in causa della perizia resa in via preventiva è tracciata dalle norme del codice processuale.

Qualora il tentativo di conciliazione venga svolto dinanzi all'organismo, infatti, vi sono dubbi sulla ammissibilità della produzione in giudizio dell'elaborato del CTU stanti le regole di riservatezza e inutilizzabilità poste dagli artt. 9 e 10 d.lgs. n. 28/2010, nonché sul suo valore probatorio, che, si ritiene, potrà essere, tutt'al più, quello di una prova atipica, per il fatto che la consulenza è espletata al di fuori delle regole del codice di rito.⁴⁷

L'opzione per il modello dell'art. 696-*bis* c.p.c., invece, non pone problemi di questo tipo.

Innanzitutto, visto che il passaggio davanti al consulente è imposto dal legislatore a pena di improcedibilità della lite, non si darà, nel momento in cui venga presentato il ricorso per la consulenza tecnica preventiva, l'eventualità che, nell'indagare sulla sussistenza del *fumus boni iuris* in vista dell'accoglimento dell'istanza *ex* art. 696-*bis* c.p.c.,⁴⁸ il giudice neghi il provvedimento richiesto, non ravvisando l'ammissibilità, la rilevanza e l'utilità della CTU in relazione alla materia del contendere,⁴⁹ dovendosi permettere comunque la

47. Sul punto v. *retro*, nota 11.

48. Nel senso che la valutazione giudiziale del *fumus boni iuris* debba riguardare non solo l'ammissibilità e la rilevanza della consulenza tecnica preventiva rispetto al successivo giudizio di merito, ma anche la fondatezza *in iure* della futura domanda di merito proposta dal ricorrente, G. BALENA, *L'istruzione preventiva*, in G. Balena-M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 374; per una valutazione del *fumus boni iuris* quantomeno in termini di «non manifesta infondatezza» della domanda di merito, A. PANZAROLA, in *Commentario alle riforme del processo civile* a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Padova, 2007, I, *sub* art. 696 *bis*, p. 294 ss.

49. Che l'unico controllo che deve essere demandato al giudice ai fini della concessione della misura richiesta sia quello dell'ammissibilità, rilevanza ed utilità della consulenza in relazione alla materia del contendere, per evitare di dare corso all'assunzione di prove che nel giudizio ordinario non vi sarebbe motivo di disporre ovvero che potrebbero essere disposte solo all'esito di un più completo e chiaro quadro istruttorio, e non già

possibilità della composizione bonaria della lite che il legislatore, nell'art. 8, ha imposto e non semplicemente consentito.

In secondo luogo, dato che si è voluto raccordare l'art. 696-*bis* col procedimento sommario di cognizione perché una porzione dell'istruttoria è già stata anticipata, deve ritenersi che la previsione del quinto comma, per cui «*se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito*», debba intendersi come se questa acquisizione fosse pressoché automatica (e ciò sebbene l'art. 698 c.p.c., cui il quinto comma normalmente si collega, stabilisca che l'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro inammissibilità e rilevanza, né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito, con ciò intendendosi che il giudice del merito rivaluterà, a cognizione piena, l'ammissibilità e rilevanza del mezzo istruttorio preventivamente assunto, a suo tempo già oggetto di non pregiudicante delibazione).

Nell'art. 8, dunque, la consulenza tecnica verrà praticamente sempre acquisita nel giudizio *ex art. 702-bis* (a meno che non ci siano profili di nullità che ne impongano la rinnovazione), e vi rivestirà la medesima efficacia probatoria che avrebbe avuto se fosse stata disposta nel corso del processo ordinario. E ciò, diremmo, anche se non è espressamente previsto, come nell'art. 445-*bis* c.p.c., un meccanismo per il quale gli esiti peritali debbano essere, alternativamente, oggetto di contestazione ad opera delle parti, oppure assunti dal giudice chiamato ad omologare l'accertamento del requisito sanitario secondo le risultanze probatorie indicate nella relazione del consulente tecnico dell'ufficio provvedendo sulle spese (di nuovo, a meno che non venga disposta la rinnovazione della consulenza e, ricorrendo gravi motivi, la sostituzione del consulente).

In questo modo l'istituto svolgerà appieno la sua funzione, che è insieme quello di condurre ad una soluzione concordata della lite e, qualora questo non accada, fornire comunque un contributo all'istruttoria del successivo giudizio di merito.

8. La partecipazione obbligatoria al procedimento di consulenza tecnica preventiva in funzione di conciliazione della lite. La posizione della compagnia assicurativa.

Per superare i problemi che si erano posti con riferimento alla previsione dell'art. 8 d.lgs. n. 28/2010, quanto alle conseguenze della mancata partecipazione senza giustificato motivo al tentativo di conciliazione, il legislatore del 2017 ha previsto, nell'art. 8, che la partecipazione al procedimento *ex art. 696-bis* c.p.c. sia obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'art. 10, che hanno l'obbligo di formulare

quello dell'utilità dell'anticipazione della consulenza ai precipi ed esclusivi fini della conciliazione, Trib. Milano, 27 aprile 2009, *Giur. it.*, 2010, p. 159 ss. Secondo Trib. Varese, 14 maggio 2010, *Foro it.*, 2010, voce *Merito extra*, n. 2010.373.3, non è vero che la CTU preventiva presupponga una "probabilità di conciliazione" atteso che l'elemento probabilistico è estraneo alla volta dell'istituto.

l'offerta di risarcimento del danno ovvero di comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla.

Il fatto che non sia consentito opporre un giustificato motivo alla convocazione in mediazione ha suscitato dubbi di costituzionalità, che possono essere superati interpretando la previsione come una risposta agli atteggiamenti di pregiudiziale chiusura alla partecipazione al tentativo che si sono avuti in questi anni con riguardo alla mediazione del d.lgs. n. 28/2010, e mantenendo in via residualissima la possibilità di una assenza alla mediazione, seppure riservata ad ipotesi di *extrema ratio* che possano essere, allora, prese in considerazione nell'applicazione della condanna prevista all'ultimo comma, quantomeno per quanto attiene alla pena pecuniaria.⁵⁰

Per capire però quali sono le parti che debbono intervenire al procedimento di consulenza tecnica preventiva è necessario fare un passo indietro e vedere come si possono strutturare le controversie in materia di responsabilità sanitaria alla luce della nuova disciplina.

Le indicazioni in proposito sono contenute negli artt. 7, 10 e 12, regolando l'art. 9 il diverso caso dell'azione (di rivalsa o di responsabilità amministrativa) promossa, a carico del sanitario dalla struttura, a valle del giudizio e della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno, con le differenze, in punto di efficacia del giudicato o di opponibilità della transazione, che discendono dal fatto che l'esercente la professione sanitaria abbia o meno preso parte all'uno e all'altra.

Orbene, in base all'art. 7 potrà accadere che vengano evocati in causa tanto il sanitario quanto la struttura, ma sarà più frequente l'ipotesi in cui il danneggiato decida di convenire in giudizio soltanto quest'ultima, a ciò indotto dal recepimento normativo delle indicazioni giurisprudenziali prevalenti e più favorevoli in punto di natura della responsabilità (oggi decisamente sempre contrattuale, anche quando il sanitario sia scelto dal paziente o non sia dipendente della struttura), e, per contro, dall'affermazione della natura extracontrattuale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

50. Non tanto, dunque, nell'applicazione della condanna al pagamento delle spese di consulenza e di lite, dal momento che quella previsione risponde ad una *ratio* non dissimile da quella contenuta nell'art. 13 d.lgs. n. 28/2010, quanto piuttosto nella determinazione della pena pecuniaria a favore della parte che è comparsa. Qui, se è vero che l'uso dell'indicativo ("il giudice condanna") è di solito inteso come sinonimo di "deve", è anche vero però che nella stessa previsione di una determinazione equitativa si può recuperare la discrezionalità del giudice. In ogni caso, la formulazione della norma è diversa da quella che ha indotto la giurisprudenza a escludere ogni spazio di discrezionalità e a parlare di "atto dovuto" a proposito dell'art. 1 comma XVII l. 24 dicembre 2012 n. 228 (cd. legge di stabilità), il quale, come noto, ha introdotto, all'interno dell'art. 13 del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, il comma I-quater, stabilendo che «quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis». Atto dovuto perché «l'obbligo del pagamento aggiuntivo non è collegato alla condanna alle spese, ma al fatto oggettivo - ed altrettanto oggettivamente insuscettibile di diversa valutazione - del rigetto integrale o della definizione in rito, negativa per l'impugnante, dell'impugnazione, muovendosi, nella sostanza, la previsione normativa nell'ottica di un parziale ristoro dei costi del vano funzionamento dell'apparato giudiziario o della vana erogazione delle, pur sempre limitate, risorse a sua disposizione» (Cass., 9 giugno 2014, n. 12936).

Mentre non sempre si avrà l'evocazione in giudizio del sanitario o dell'assicurazione, la presenza in causa della struttura sarà una costante, che si avrà anche quando, in base all'art. 10, il danneggiato eserciti l'azione diretta nei confronti dell'assicurazione, perché ciò comporterà il determinarsi di un litisconsorzio necessario con l'assicurato.

Nello stesso modo si strutturerà, allora, il procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.*, la partecipazione al quale è obbligatoria per le imprese di assicurazione evidentemente quando l'azione sia diretta nei loro confronti (come si legge nell'art. 12, il cui *incipit* fa salve le disposizioni dell'art. 8).

Immaginiamo però che, convenuta in giudizio la struttura, questa, che nel giudizio di merito avrebbe chiamato in manleva la compagnia, reputi necessario farla entrare anche nel procedimento di istruzione preventiva per poterle opporre l'eventuale accordo raggiunto in quella sede. Oppure che sia la compagnia a voler intervenire per prendere parte, coi propri consulenti, all'*iter* peritale. O, ancora, che la struttura voglia chiamare nel giudizio di merito l'esercente la professione sanitaria perché la pronuncia faccia stato nei suoi confronti.⁵¹ E non dimentichiamo che l'art. 13 prevede l'obbligo delle strutture e delle imprese assicurative di comunicare al sanitario l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti e l'avvio di trattative stragiudiziali, con l'invito a prendervi parte, a pena di inammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa.

Insomma, potrà accadere per più di una ragione che il procedimento dell'art. 696-*bis* debba arricchirsi, dal punto di vista soggettivo, e divenire un processo multipartiti.

L'esigenza del cumulo può sorgere anche come conseguenza dell'attribuzione, alla consulenza tecnica preventiva, della funzione di condizione di procedibilità, perché l'allargamento dell'oggetto del giudizio di merito che le chiamate e gli interventi determinano pone il problema dell'assolvimento dell'onere di espletamento del tentativo di conciliazione rispetto all'ampliamento del *thema decidendum* realizzato in corso di causa. Come si ricorderà, la questione si era posta con riferimento al tentativo di conciliazione nella materia agraria e del lavoro, sia avuto riguardo al caso della domanda riconvenzionale del convenuto, sia avuto riguardo agli interventi coatti o volontari di natura innovativa, e aveva ricevuto, in dottrina e giurisprudenza, risposte divergenti.⁵²

51. Ai sensi dell'art. 9, comma 3 e 4, la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio. In nessun caso la transazione è opponibile albescente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa.

52. In argomento v. F. P. LUISSO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, *Riv. dir. lav.*, 1999, p. 387; G. TRISORIO LIUZZI, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 991. Nel senso che *«l'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione prescritto dall'art. 410 c.p.c. non deve precedere la domanda che, pur inerente a uno dei rapporti indicati nell'art. 409 c.p.c., sia proposta non in via principale bensì come riconvenzionale o mediante chiamata di terzo in causa»*, Trib. Taranto, 18 aprile 2002, *Giur. it.*, 2003, p. 78, con nota di N. RASCIO; per la tesi opposta, secondo cui il tentativo obbligatorio di conciliazione deve essere espletato anche nei confronti del terzo chiamato in causa ai sensi dell'art. 410 seg. c.p.c., Trib. Velletri, 7 marzo 2000, *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 785.

Al cumulo nel procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* osta una disciplina scarna che non prevede esplicitamente né chiamate né interventi. Chiamate e interventi che tuttavia la giurisprudenza e la dottrina ammettono,⁵³ sul presupposto che le norme del codice che quegli istituti regolano sono contenute nelle disposizioni generali del codice di rito e possono essere applicate, con gli opportuni adattamenti (uno per tutti, quello conseguente al fatto che si tratta di istituti chiamati a regolare fenomeni di connessione e di conseguente efficacia della pronuncia resa in esito al processo), anche ad un procedimento dalla natura dubbia, quale è quello della consulenza tecnica preventiva in funzione di conciliazione della lite.

Una volta che l'impresa di assicurazione, per una ragione o per l'altra, prenda parte al procedimento dell'art. 696-*bis*, la stessa dovrà formulare una offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritenga di non formularla. Ove questo non avvenga, e sia successivamente resa una sentenza a favore del danneggiato, il giudice trasmetterà copia della sentenza all'IVASS per gli adempimenti di propria competenza. Con una previsione del genere si echeggia, in qualche modo e fatte le debite differenze, il meccanismo grazie al quale, nei settori delle operazioni e servizi bancari e finanziari da un lato e, dall'altro, dei servizi e attività di investimento e delle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del T.U.B. ai sensi dell'art. 23, comma quarto, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, la presenza delle autorità di vigilanza, rispettivamente Banca d'Italia e Consob, ha consentito il successo degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

53. C. BESSO, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 1331. In giurisprudenza, Trib. Busto Arsizio, 25 maggio 2010, *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2322.

I CRITERI DI CONFIGURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL NOTAIO NELLE INTERPRETAZIONI DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

MASSIMO PALAZZO
Notaio in Pontassieve

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L’oggetto della obbligazione professionale del notaio: il ruolo della diligenza. – 3. Percorsi della giurisprudenza più recente. – 4. Metamorfosi della funzione notarile. – 5. La responsabilità civile del notaio nella prospettiva della analisi economica del diritto. – 6. La responsabilità civile del notaio nella prospettiva dell’adempimento delle obbligazioni. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

La responsabilità civile dei professionisti è stata in questo ultimo ventennio attraversata da forti tensioni evolutive, che ne hanno modificato il paradigma di riferimento facendo venire meno l’idea di un modello unitario di disciplina¹; evidenziando una discontinuità tra regole codicistiche (poche norme, nel complesso di chiara formulazione) e realtà regolata (un contesto economico sociale profondamente mutato rispetto a quello che aveva prodotto il codice civile del 1942, le cui trasformazioni hanno incisivamente condizionato la interpretazione ed applicazione delle regole).

Il percorso evolutivo si è compiuto passando dalla “responsabilità professionale” alle “responsabilità dei professionisti” nella cornice di un regime unitario di disciplina quale è quello che emerge dall’art. 1218 c.c. Superate le dispute del passato che per alcune professioni, in particolare per il notaio caratterizzato dalla duplice veste di Pubblico Ufficiale e libero professionista, avevano condotto a prediligere l’inquadramento nell’ambito della disciplina aquiliana, si conferma oggi il ricorso all’art. 1218 c.c. come norma di disciplina dell’inquadramento dell’obbligazione, qualsiasi sia la sua fonte, contrattuale ovvero legale. Ma, a fronte dell’inquadramento unitario, riemerge nelle regole operazionali elaborate dai giudici un’esigenza di differenziazione correlata alla diversa natura delle prestazioni professionali ed al tipo di interesse da esse protetto.

Con specifico riguardo alla responsabilità civile del notaio, come è stato osservato, essa ha seguito una parabola assolutamente ascendente, guidata dalla stella dell’incremento dei doveri allo stesso ascritti². In altre parole, il notaio è stato progressivamente

1. R. DE MATTEIS, *Le responsabilità dei professionisti*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Roppo e Benedetti, Milano, 2014, III, p. 667 ss.; F. MARINELLI e F. CAROCCIA, *Contratto d’opera e prestazione d’opera intellettuale*, in *Tratt. dir. cin. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 235 ss.

2. La bibliografia sul tema della responsabilità notarile è vastissima. Tra i contributi più recenti A. FUSARO,

assoggettato, attraverso una serie di pronunzie giurisprudenziali³, ad un rigoroso regime di responsabilità cui gli è sempre più difficile sottrarsi.

La spiegazione di questa tendenza risiede presumibilmente nella stessa peculiare funzione che connota la sua attività, che deve conformarsi sia agli obblighi imposti dalle norme sull'ordinamento del notariato, sia a tutte le disposizioni di diversa natura, che riguardano l'esercizio della funzione notarile, siano esse volte a disciplinare in genere il rapporto di prestazione d'opera professionale (artt. 1176 e 2230 ss. c.c.) o siano esse specificatamente dirette a garantire la serietà e la certezza degli atti giuridici per un interesse pubblicistico, che trascende quello particolare delle parti. Il rigore esibito dalla giurisprudenza tuttavia può trovare altresì spiegazione nella previsione di una forma collettiva di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dall'esercizio dell'attività notarile cui provvede in modo uniforme per tutti i notai il Consiglio Nazionale del Notariato, a far data dal 2006, in conseguenza della modifica agli art. 19 e 20 della legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89) apportata dal d.lg. 4 maggio 2006, n. 182⁴, anticipando una opzione di politica legislativa poi estesa anche ad altre categorie professionali. Come è stato notato, vi è infatti una circolarità di vicendevoli interferenze tra responsabilità civile ed assicurazione professionale.

La responsabilità civile del notaio si connota di un duplice profilo: contrattuale nei confronti delle parti dei suoi atti ed extra contrattuale nei confronti di terzi, che possono essere stati danneggiati da atti od omissioni del professionista⁵.

Le fasi nelle quali si articola il procedimento di formazione di un atto notarile sono tradizionalmente quadripartite: 1) accertamento della situazione di fatto e di diritto e della volontà delle parti; 2) istruttoria sulla ricevibilità dell'atto; 3) verifica dei requisiti di capacità e legittimazione delle parti; 4) stesura del documento e adempimenti conseguenti. Esaminando la giurisprudenza sia di merito sia di legittimità sul tema della responsabilità professionale del notaio già a livello di enunciazioni generali si coglie un maggior rigore

La responsabilità del notaio, in *Tratt. resp. civ.* Visintini, II, Padova, 2009, p. 591; L. SILIQUINI CINELLI, *La responsabilità civile del notaio*, Milanofiori Assago, 2011; F.P. LOPS, in *La legge notarile*, (a cura di P. Boero-M.Ieva), Milano, 2014, *sub. Art.1*, p. 26; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale. Artt. 2229 – 2238*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Milano, 2014, p. 541 ss.

3. Oltre alle decisioni *infra* richiamate, per una rassegna ragionata della giurisprudenza, con richiami di dottrina cfr. M. GRANDI, *Inadempimento contrattuale del notaio e danno risarcibile*, in *www.giustiziaavile.com*; G. CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, in V. TENORE (a cura di) *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, Milano, 2016, p. 278 ss.

4. R. PARTISANI, *L'obbligo assicurativo della responsabilità professionale del notaio*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 78. Con decorrenza dal 1 gennaio 2016, l'art. 19 l.N. è stato ulteriormente modificato dall'art. 1 comma 139 della legge 28 dicembre 2015 n. 208 sostituendo gli oneri a carico del bilancio del Consiglio Nazionale del Notariato con una separata contribuzione a carico di tutti gli iscritti al ruolo, da versare al CNN.

5. G. ALPA, *Aspetti attuali della responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 1984, p. 992. In giurisprudenza Cass. 9 maggio 2016, n. 9320, in *de jure on line*; Cass., 11 maggio 2016, n. 9662, *ivi*; Cass. 11 maggio 2016, n. 9660, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2800 ss.

nella individuazione del livello di diligenza richiesta: se per l'avvocato si rinvia a livello di diligenza di media attenzione e preparazione⁶, per il notaio si fa capo ad un parametro valutativo che rinvia ad una diligenza "speciale e rafforzata" di contenuto tanto maggiore quanto più specialistica sia la prestazione richiesta⁷. È da rilevare come nelle pronunzie in tema di colpa professionale viene ribadito che la prestazione notarile consista in una obbligazione di mezzi e/o comportamenti e non certo di risultato, ma contemporaneamente si ritiene che l'attività notarile debba estendersi a tutti gli adempimenti (preparatori e successivi) necessari ad assicurare la serietà e certezza del contratto, e con esse «il conseguimento dello scopo tipico dell'atto e del risultato voluto dalle parti partecipanti alla stipula dell'atto medesimo»⁸. Una obbligazione dunque di risultato, contrariamente a quanto declamato in linea di principio⁹, la cui configurazione trova ragione d'essere nella natura della prestazione in cui aspetti privatistici si intersecano con il carattere pubblico di interesse generale della funzione notarile¹⁰.

Di là dalla natura, aquiliana o contrattuale, che si voglia attribuire alla responsabilità gravante sul notaio nei confronti di colui che, parte di un contratto, si assuma lesa dal comportamento del notaio stesso, non sembra che la stessa possa sussistere quando la prestazione non si configuri come inadempimento del rapporto obbligatorio che lega il

6. Cass. 5 agosto 2013 n. 18612, in *Mass. Giust. civ.*, 2013.

7. Cass., 29 gennaio 2013 n. 2071, in *Dir. giust.*, 2013, 30 gennaio 2013.

8. Cass., 15 giugno 1999 n. 5946, in *Riv. not.*, 1999, p. 136, con nota di Casu; Cass., 21 aprile 2000, n. 5232, *ivi*, 2000, p. 1267; Cass., 13 giugno 2013, n. 14865, *ivi*, 2014, p. 84 con nota di Pani. Secondo Cass. 17 gennaio 2012, n. 546 "Nel caso di accertamento di un comportamento negligente del notaio, consistito nella redazione di un atto finale non conforme al regolamento di interessi voluto dalle parti e/o nella violazione degli obblighi di informazione su di lui incombenti, non può che rispondere delle conseguenze patrimoniali sofferte, come danno emergente o lucro cessante".

9. Le Sezioni Unite della Cassazione hanno da tempo rilevato che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non è immune da profili problematici soprattutto ove si voglia applicare tale distinzione alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale. Ciò in ragione del fatto che oltre al comportamento del debitore è richiesto un risultato, seppure in misura variabile, cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 n. 577, in *Danno resp.*, 2008, 7, p. 788 ss., con nota di Vinciguerra. Sul tema cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* (Studio critico) in *Riv. dir. comm.* 1954, I, p. 187: «In generale non esistono obbligazioni che non abbiano per oggetto la produzione di un risultato».

10. L'intrinseca duplicità ha sempre caratterizzato la funzione notarile, stretta fra l'attività privatistica di consulenza giuridica e redazione di atti negoziali e quella pubblicistica volta non solo al controllo del contenuto degli stessi ed alla produzione di certezze legali, ma connotata anche da tutta una serie di obblighi imposti dall'ordinamento giuridico. Nel senso che «l'attività professionale del notaio, dunque, è sempre e tutta esercizio di pubblica funzione» cfr. M. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. not.*, 1979, p. 1151 ss. Nel senso dell'esercizio privato di una pubblica funzione cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi*, in *Tratt. Orlando*, II, Milano, 1920.; SALV. ROMANO, *La distinzione fra diritto pubblico e privato (e i suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile)*, in *Riv. not.*, 1963, p. 43 ss., configura l'ufficio notarile come fattore ordinante nel senso che l'ordinamento privato non ha organi legislativi, ma ha quelli tecnici in grado di configurare atti aventi forza di produrre effetti giuridici. Sottolinea lo sviluppo dell'obbligazione di risultato nell'ambito dell'attività notarile G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare* in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 523.

notaio al soggetto con il quale egli ha stipulato il contratto d'opera professionale. Tuttavia, la prevalente giurisprudenza ravvisa nella prestazione del notaio il contenuto di una obbligazione che, in ragione del rilievo che la attività notarile assume sul piano pubblicistico, rimane tale anche nei confronti di chi non è parte del contratto d'opera intellettuale, potendo anche chi non è creditore della prestazione ma semplicemente partecipe dell'atto¹¹ esigere il corretto adempimento di quegli obblighi che hanno fonte legale (nel riferimento alle diverse norme presenti nell'ordinamento giuridico e in specie nella legge notarile) e la cui corretta osservanza impone al notaio il dovere di assicurare e garantire il conseguimento dello scopo tipico dell'atto e del risultato pratico voluto dalle parti.

2. L'oggetto della obbligazione professionale del notaio: il ruolo della diligenza.

Venute meno le teorie patrimonialistiche dell'obbligazione, modellate sul rapporto obbligatorio avente ad oggetto la prestazione di "dare"¹² rimane comunque ferma, e, in qualche modo rintracciabile nella diversa disciplina dettata nei due commi dell'art. 1176 c.c., la distinzione tra obbligazioni di dare e quelle di "facere", a loro volta distinte in obbligazioni di mezzi e di risultato, con particolare riferimento alle obbligazioni inerenti all'esercizio di attività professionale.

Giurisprudenza e dottrina sono generalmente concordi che dal contratto d'opera intellettuale deriva in capo al professionista un'obbligazione di *facere*, di natura essenzialmente personale e infungibile; che tale obbligazione deve essere eseguita nel rispetto degli standard di diligenza cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 1176 c.c.; che la lettura del contratto, alla luce del principio di buona fede, conduce ad integrarne il contenuto con una serie di obblighi ulteriori ed aggiuntivi, ma non meno importanti, primo tra tutti quello di informazione. Oltre questi limiti si entra in un territorio più incerto nel quale la riflessione scientifica e pratica non è pervenuta a risultati univoci.

Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito teorico relativo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.¹³ Basterà osservare che la formula tra-

11. Cass., 13 giugno 2013, n. 14865, in *Riv. not.* 2014, p. 84; Cass., 19 giugno 2013, n. 15305, in *Vita not.*, 2014, p. 397; Cass., 28 novembre 2007, n. 24733, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 679.

12. Con il corollario che di fronte al mancato adempimento la prova liberatoria gravante sul debitore *ex art.* 1218 c.c., esigesse la dimostrazione della non imputabilità al debitore dell'impossibilità di adempiere, connotata dai requisiti di assolutezza ed oggettività. Cfr. G. OSTI, *Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 222 ss. Tesi non smentita dopo la codificazione cfr. ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 1954, p. 593 ss. spec. p. 615 ss.

13. Rinviamo per una sintesi alle riflessioni di G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato* in *Riv. dir. civ.* 2006, II, p. 141 ss., secondo il quale il percorso giurisprudenziale indica più che una crisi della distinzione mezzi/risultato, uno sforzo di ricerca di un più corretto criterio su cui fondare la distinzione stessa: in particolare tali sviluppi giurisprudenziali evidenziano semmai un dato assai importante: e cioè, che non vi sono (tipi di) obbligazioni che *a priori* possono qualificarsi come "di mezzi" o "di risultato"... onde la variabilità *in concreto* della singola obbligazione... è sintomo non di una crisi della distinzione (e della sua capacità ordinante), ma piuttosto di una più precisa determinazione del suo contenuto e di una

latizia per cui l'obbligazione professionale è comunque una obbligazione di mezzi, non è ancora abbandonata; non di meno, all'affermazione teorica di tale principio si fanno corrispondere conseguenze che, incidendo sul contenuto della prova, avvicinano quel rapporto, nella sostanza, a un'obbligazione di risultato. La Cassazione a Sezioni Unite ha affermato in modo chiaro che la distinzione mezzi/risultato non rappresenta, in tema di responsabilità, un valido criterio di risoluzione di controversie. In ogni obbligazione «si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile»¹⁴.

Il superamento del paradigma mezzi/risultato è ormai maturo; quel che preme osservare è che a tale trasformazione fa da sfondo un radicale mutamento culturale, che ha trasformato il (libero) professionista intellettuale in un imprenditore che offre sul mercato un servizio, in un regime di concorrenza con altri suoi colleghi. A tale trasformazione corrisponde una moltiplicazione degli statuti di responsabilità che fanno capo alle singole figure professionali.

Dalla giurisprudenza emerge chiaramente che l'individuazione della prestazione collegata alle obbligazioni di dare, vede operare la diligenza unicamente quale “criterio di responsabilità”. Nelle obbligazioni di *facere* la diversa portata della diligenza viene fatta derivare dalla distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazione di mezzi, in cui la diligenza designa lo stesso dovere di prestazione. Il che vale a dire che in questi casi la diligenza «esprime lo stesso dovere primario di prestazione, non già un momento della buona fede, bensì la misura della buona fede dedotta nel rapporto di cui si tratta»¹⁵.

Conclusivamente, possiamo ritenere che nelle obbligazioni che hanno per oggetto un *facere* professionale (che possiamo convenzionalmente ostinarci a denominare come obbligazione di mezzi), una certa misura di diligenza e di perizia si identifica con i mezzi a disposizione per ottenere un risultato ulteriore, che non è “*in obligatione*” e rimarrà esterno ad essa; ma che è quello che realizza l'interesse primario del creditore (il solo per cui il rapporto obbligatorio è stato costituito).

In questo caso, la diligenza, pur non costituendo l'oggetto dell'obbligazione, opera come misura del contenuto dell'obbligazione, ossia del comportamento dovuto, e non già come mero criterio di imputazione dell'evento che ha causato l'impossibilità della prestazione, come avviene nelle obbligazioni di dare.

Fermo restando, dunque, il dato acquisito per cui nelle obbligazioni di fare l'attività diligente del debitore della prestazione rileva soltanto per il suo carattere strumentale ad

più corretta applicazione dei criteri che conducono all'ascrizione del singolo rapporto obbligatorio... all'area dei “vincoli” di risultato ovvero semplicemente di mezzi.

14. Cass., Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781 in *Europa e dir. priv.*, 2006, 2, p. 781 ss.

15. L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”* (Studio critico) in *Riv. dir. comm.* 1954, I, p. 187 ss. Come precisa lo stesso Mengoni (ivi, 306) la paternità della distinzione appartiene a R. DEMOGUE, *Traité des obligations en general*, I, Paris, 1925, V, n. 1237.

un risultato dovuto che, esso solo, soddisfa l'interesse di cui è portatore il soggetto creditore, si pone il tema del ruolo della diligenza in ipotesi di responsabilità notarile. Per la giurisprudenza il mancato raggiungimento del risultato, cioè l'interesse primario del creditore per il quale il rapporto è stato costituito, nelle obbligazioni di mezzi assume grande rilievo sotto l'aspetto del contenuto della prova della diligenza osservata dal debitore nell'esecuzione della prestazione. Quando quel risultato era normale e prevedibile, secondo un dato di comune esperienza, mediante l'applicazione diligente di regole tecniche, esso è assunto quale circostanza che fa presumere, fino a prova contraria (art. 2727 c.c.) la negligente esecuzione della prestazione dovuta. Il perno logico intorno al quale ruota la materia è quindi la diligenza notarile che è lo strumento attraverso il quale la giurisprudenza perviene alla modulazione dei carichi di prova. Ad esempio, il conseguimento di quanto voluto dalle parti del contratto costituisce, ad avviso dei giudici, un risultato prevedibile, si presume quindi la mancanza di diligenza da parte del professionista, ove detto risultato non si realizzi¹⁶.

È chiaro comunque che ogni tentativo di incasellare in formule precostituite la mutevole realtà effettuale risulta insoddisfacente: ogni astrazione che prescinde da una concreta e puntuale disamina della fattispecie concreta e degli interessi in gioco, rischia di condurre ad esiti interpretativi discutibili.

A seconda dell'interesse cui il giudice intenderà assicurare maggiore tutela – sacrificando corrispondentemente l'interesse opposto, del cliente o del notaio – modulerà i carichi probatori (o più esattamente il contenuto della prova) che il creditore e il debitore, rispettivamente, sono chiamati a fornire, articolando i modelli di responsabilità in ragione dell'interesse concreto che si vuole tutelare.

3. Percorsi della giurisprudenza più recente.

Recenti decisioni approfondiscono taluni aspetti del sempre più rigoroso regime di responsabilità che la giurisprudenza è venuta costruendo con riguardo alla funzione notarile.

Per individuare la diligenza richiesta al notaio può essere utile una sintetica ricognizione della giurisprudenza di legittimità in materia.

Nella consapevolezza della limitata rilevanza pratica che ha in sé il momento consensualistico, laddove lo stesso non venga ad inserirsi nel più ampio procedimento occorrente perché si producano gli effetti reali¹⁷, una linea costante rinvenibile nelle decisioni giudiziarie in tema di atto notarile di trasferimento immobiliare, è data dalla estensione dell'oggetto della prestazione d'opera professionale del notaio alle attività preparatorie e successive necessarie ad assicurare la serietà e la certezza dell'atto rogan-

16. Si vedano le decisioni *supra* richiamate alla nota 8 ed *infra* alla nota 18.

17. Cfr. G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Dir. prin.*, 1995, p. 83 ss.

do e ad assicurare la sua attitudine al conseguimento dello scopo tipico e del risultato pratico voluto dalle parti¹⁸.

Nei *dicta* giurisprudenziali centrale è il richiamo ai canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, c.c. per l'adempimento della prestazione professionale¹⁹. In tale contesto viene valorizzato il dovere della normale diligenza normale media esigibile ai sensi della norma richiamata, riconducendo ad essa, come sanzionabili con la sola colpa lieve, fattispecie di inadempimento in cui il notaio aveva invocato la limitazione di responsabilità al dolo e alla colpa grave, prevista il professionista dall'art. 2236 c.c., quale limitazione rilevante nel solo caso di imperizia rispetto a problemi tecnici di particolare difficoltà²⁰.

La giurisprudenza, ha, quindi, allargato l'oggetto della prestazione professionale del notaio, nell'adempimento della quale, per andare esente da responsabilità, al professionista è richiesta una diligenza media qualificata la cui soglia è sempre più alta. Infatti, sul presupposto che il notaio non è un passivo destinatario delle dichiarazioni delle parti si è ritenuto che, anche in caso in cui il notaio sia stato esonerato dalle visure, egli debba informare le parti quando abbia avuto conoscenza o anche solo il sospetto di una iscrizione pregiudizievole²¹.

Inoltre, il notaio deve osservare un principio di precauzione ed adottare la condotta più idonea a salvaguardare gli interessi del cliente²². Infine, si è ritenuto che l'acquirente

18. *Ex plurimis*, Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 518. Secondo Trib. Milano 29 aprile 2014, n.55667, in *Contratti*, 12/2014, 1098, "L'obbligo di correttezza che presiede alla esecuzione del contratto si traduce nell'obbligo di informazione del professionista nei confronti del cliente". Tuttavia, secondo Cass. 13 giugno 2017, n. 14618 "Il dovere di consiglio relativamente alle scelte tecnico giuridiche proprie della professione intellettuale è certamente rilevante ma non al punto di poter ipotizzare che il notaio si sostituisca ad un tecnico con competenze ingegneristiche per valutare autonomamente se l'immobile sia o meno abitabile". Sulla "ipertrofia" della prestazione notarile, arricchita da attività preparatorie e successive alla redazione dell'atto cfr. G. DONADIO, *La prestazione professionale del notaio: contenuto del rapporto obbligatorio e ipotesi di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.* 2013, p. 658, spec. p. 662; A. LEONARDI, *La responsabilità contrattuale del notaio*, ivi, 2012, p. 56; G. COSTACURTA, *La responsabilità del notaio per violazione del dovere di informazione*, in *Resp. Civ.*, 2011, p. 101 ss.; A. TESTA, *La responsabilità contrattuale del notaio*, in *Imm. e prop.*, 2011, p. 101 ss.

19. Cass. 19 giugno 2013, n. 15305, in *Vita not.*, 2014 p. 397: «Il notaio che, chiamato a stipulare un contratto di compravendita immobiliare, ometta di accertarsi dell'esistenza di iscrizioni ipotecarie pregiudizievoli sull'immobile, risponde del danno patito dall'acquirente, essendo comunque tenuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, c.c. a nulla rilevando se sia configurabile anche una responsabilità del venditore che abbia garantito la libertà del bene da ipoteca, vincoli o pesi altra natura. Il notaio che, chiamato a stipulare un contratto di compravendita immobiliare, ometta di accertarsi dell'esistenza di iscrizioni ipotecarie pregiudizievoli sull'immobile, può esser condannato al risarcimento del danno in favore del venditore in forma specifica, mediante la cancellazione del vincolo, con il pagamento della somma necessaria al tal fine per il compimento delle richieste formalità, a prescindere dal consenso del terzo creditore ipotecario».

20. Cass., 2 marzo 2005, n. 4427, in *Vita not.*, 2005, p. 391; Cass., 27 ottobre 2011, n. 22398, in *Vita not.*, 2012, p. 71, con nota di Amendolagine.

21. Cass., 2 luglio 2010, n. 15726, in *Guida dir.*, 2010, p. 35, e in *Notariato*, 2010, p. 606 ss.

22. Cass., 27 novembre 2012, n. 20995, in *Vita not.*, 2013, 1, p. 350.

che si rivolge al notaio per l'atto di acquisto di un immobile lo stipula nella ragionevole presunzione che il notaio abbia compiuto le opportune verifiche in ordine alla titolarità del bene e alla libertà dello stesso²³.

Si ritiene che tra gli obblighi connessi alla funzione notarile rientri quello di assistere i clienti fornendo adeguata informazione e consulenza. Posto che la consulenza va oltre l'informazione, comportando non solo la segnalazione dei possibili esiti per la via autonomamente scelta dalle parti, ma anche la proposizione di impostazioni autonome o alternative, la giurisprudenza ritiene che anche essa rientri tra i connotati costanti e qualificanti della prassi notarile.

Relativamente al dovere di informazione si è, infatti, affermato che la funzione notarile non si esaurisce nella mera registrazione delle dichiarazioni delle parti, ma si estende alle attività di consulenza, anche fiscale, nei limiti della conoscenza che devono far parte del normale bagaglio di un professionista che svolge la sua attività principale nel campo della contrattazione immobiliare. Con la conseguenza di ravvisare la violazione dell'obbligo di diligenza di cui all'art. 1176, comma 2, c.c. in capo al notaio che non svolge una adeguata ricerca legislativa, ed una successiva consulenza, al fine di far conseguire alle parti il regime fiscale più favorevole²⁴. Non di rado tale obbligo è fondato sull'art. 1176 c.c., ma un tale richiamo è stato criticato posto che la norma opera come criterio di verifica delle modalità di esecuzione di una prestazione e non già quale fonte di integrazione del contratto. Appare dunque più rigorosa la tesi che si rifà alle clausole generali contenute negli artt. 1175 e 1375 c.c. oppure negli artt. 1374 o 1340 c.c. dalle quali è possibile ricavare un dovere di consiglio e consulenza, non come espressione della diligenza qualificata ma in funzione integrativa del contratto d'opera²⁵. Quale che sia la fonte normativa, ormai

23. Cass. 11 maggio 2016, in *Foro it.*, 2016, col. 2800: "Il notaio officiato di un atto comportante il trasferimento di un immobile, ove non abbia compiuto le necessarie visure ipocatastali, è responsabile in solido con l'alienante dei danni conseguentemente subiti dall'acquirente". Cass. 11 maggio 2016 n. 9320, *ivi*, col.2801: "Il notaio che abbia negligenzemente compiuto le visure ipocatastali, richieste gli dall'aspirante alla concessione di un mutuo ipotecari, è responsabile dei danni conseguentemente subiti dall'istituto di credito mutuante, anche se quest'ultimo non gli aveva conferito l'incarico, potendosi ravvisare nella specie un contratto a favore di terzo o una responsabilità da contatto sociale. Viceversa secondo Cass. 11 maggio 2016 n. 9660, *ivi*, col. 2800: "Il notaio officiato di un contratto comportante il trasferimento di un immobile non è responsabile del mancato adempimento dell'obbligo, assunto dall'alienante, di cancellare una formalità pregiudizievole dichiarata nell'atto".

24. Cass., 13 gennaio 2003, n. 309, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 723 ss.

25. Cass., 6 aprile 1995, n. 4020, in *Giur.it.*, 1996, I, 1, p. 1274 con nota di Barca; Cass., 20 gennaio 1994, n. 475, in *Vita not.* 1994, p. 1243. Nell'imporsi di una concezione complessa del rapporto obbligatorio in cui accanto all'obbligo primario di prestazione si profilano una serie di obblighi collaterali o accessori coordinati in un nesso funzionale unitario, si è reso necessario distinguere tra obblighi "accessori" alla prestazione (cd. Obblighi integrativi e strumentali) ed obblighi autonomi dalla stessa (cd. Obblighi di protezione). Nella vasta letteratura sul tema si rinvia a S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218 - 1228)*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1987, p. 233. Per la tesi che si rifà all'art. 1374 c.c. cfr. V. ROPPO e A. M. BENEDETTI, *La responsabilità professionale del notaio. Problemi e prospettive*, in AAVV., *Funzioni e compiti del notaio nel sistema dell'Unione Europea*, Milano, 2001; G. PETRELLI, *Visure ipotecarie.*, Milano, 1994.

da alcuni decenni la giurisprudenza di legittimità ha ricompreso nel contenuto essenziale della prestazione professionale del notaio anche il c.d. “dovere di consiglio”, - espressione generica, ma certamente riassuntiva degli obblighi di comportamento- avente ad oggetto questioni tecniche che una persona non dotata di competenza specifica non sarebbe in grado di percepire²⁶.

Qualora il notaio non svolga un'attività che potrebbe compiere in base alla legge ai fini di una agevolazione fiscale, si è individuato in capo al notaio l'obbligo di informare le parti, non potendosene disinteressare, quando le stesse abbiano dichiarato nel contratto di volersi avvalere di tale agevolazione²⁷.

In sintesi, tirando le fila degli approdi giurisprudenziali sommariamente ricordati, può dirsi che all'allargamento dell'oggetto della prestazione professionale si unisce l'innalzamento della soglia di diligenza media esigibile, cui corrisponde l'estensione del perimetro di responsabilità per sola colpa lieve e la riduzione del perimetro di speciale difficoltà della prestazione nel quale il professionista risponde solo in caso di dolo o colpa grave.

Nel condurre a questi risultati sembra avere svolto un ruolo determinante la congiunzione tra la particolare qualificazione tecnico giuridica del notaio e la già ricordata presenza di forme di assicurazione obbligatoria collettiva, in quanto il notariato è stata la prima professione assoggettata ad un obbligo legale di assicurazione.

4. Metamorfosi della funzione notarile.

L'alta specializzazione professionale della categoria notarile, unita alle funzioni pubblicistiche, ha reso il notaio, nei modelli di decisione e nelle aspettative dei clienti, un professionista poliedrico: documentatore, interprete qualificato e consulente delle parti, che ad esso si rivolgono per la redazione degli atti pubblici, attraverso i quali realizzare assetti di interessi meritevoli, che trovino composizione secondo principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, in un ordinamento caratterizzato da una crescente complessità.

Va precisato che il rispetto degli obblighi imposti da un ordinamento sempre più complesso non consente generalizzazioni, dipendendo dalla singola fattispecie concreta

26. Cass., 29 marzo 2007, n. 7707 in *Riv. not.*, 2008, 1, II, p. 167. Posizione ribadita da Cass. 21 giugno 2012, n. 10296.

27. Cass., 26 marzo 2008, n. 7857, in *Vita not.*, 2008, p. 1096; Sul dovere di consiglio si veda Cass., 16 dicembre 2014, n. 26369, in *Giur. it.*, 2015, 1, p. 548 con nota di M. Rizzuti, “ Il notaio incaricato di redigere un atto pubblico di trasferimento immobiliare, il quale non abbia avvertito la parte delle conseguenze derivanti da dichiarazioni invim palesemente non veritiere, risponde dei danni cagionati anche per colpa lieve, avendo posto in essere un comportamento non conforme alla diligenza qualificata richiesta dalla prestazione professionale e dalla funzione pubblicistica esercitata, in cui rientra l'obbligo di fornire una consulenza finalizzata non solo al raggiungimento dello scopo tipico dell'atto, ma anche a conseguire gli effetti vantaggiosi eventualmente previsti dalla normativa fiscale ed a rispettare gli obblighi imposti da tale normativa”. Recentemente Cass. 18 maggio 2017 n. 12482 ha ribadito il dovere di informazione gravante sul notaio in ordine alla efficacia temporale della trascrizione di un contratto preliminare.

e dalle modalità con le quali viene conferito l'incarico professionale l'accertamento di una eventuale responsabilità in capo al notaio²⁸.

Il rigore del regime di responsabilità notarile emerge non solo dall'ampiezza delle ipotesi considerate, ma anche da come la giurisprudenza ha strutturato i meccanismi di funzionamento della responsabilità stessa sia ampliando la responsabilità anche in favore del venditore quando configura il rapporto professionale come contratto a favore di terzi *ex art. 1411 c.c.*²⁹ sia quando qualifica il debito risarcitorio del notaio come debito di valore e non di valuta³⁰. Il che naturalmente pesa non poco sulla quantificazione dello stesso, specie con riguardo a trasferimenti immobiliari risalenti nel tempo.

Per completare il quadro di riferimento occorre aggiungere che la Corte di Cassazione va orientandosi nel senso di consolidare il filone volto ad affermare che in caso di danno derivante da prestazione d'opera intellettuale il termine di prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui il danno produce i suoi effetti all'esterno, e non da quello in cui la condotta determina il verificarsi dell'evento dannoso³¹.

5. La responsabilità civile del notaio nella prospettiva della analisi economica del diritto.

Volendo riflettere ed interrogarsi se il panorama giurisprudenziale in tema di responsabilità del notaio appaia razionale ed efficiente, non sembra di poter formulare una risposta positiva, alla luce della considerazione che il notaio, benché risulti molto meno remunerato del mediatore immobiliare e sia tenuto ad incombenze ben maggiori di quest'ultimo, è esposto ad enormi responsabilità, con una assoluta sproporzione tra il proprio onorario e i notevoli rischi accollati rispetto a quelli del predetto mediatore.

Dal notaio ci si attende quindi una "certezza" assoluta anche sulle scelte interpretative di natura civile, societaria, urbanistica e fiscale, pur in presenza di una pubblica amministrazione che privilegia interpretazioni talora assai discutibili, poi magari smentite da una non sempre omogenea giurisprudenza. Proprio in quest'ultimo profilo emerge il pericolo, già evidenziato da un'autorevole dottrina³², di trasformare il notaio in un assicuratore tenuto a coprire ogni rischio a prescindere dalle sue effettive e concrete possibilità di controllo. L'esame condotto sulla giurisprudenza parrebbe individuare nel notaio il

28. Per un esempio in tema di imposta di registro cfr. Cass., ord. 2 luglio 2014, n. 15005.

29. Cass., 13 giugno 2013, n. 14865 cit.

30. Cass., 13 giugno 2014, n. 13537, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2470.

31. Recentemente cfr. Cass., 18 febbraio 2016, n. 3176, in *Danno resp.* 12, 2016, p. 1177, con nota di Petruzzi. Cass., 7 aprile 2016, n. 6747, in *Giur. it.*, 2016, p. 1578 con nota di M. Rizzuti; Cass., 22 settembre 2016, n. 18606 con nota di Pipitone, in *www.giustiziacivile.com*. Tale orientamento, volto alla massima tutela del danneggiato risulta tuttavia eccessivamente affrettivo per il professionista: sia perché difficilmente può fornire la prova relativa al momento della percezione del danno; sia perché il medesimo (ed i suoi eredi) rimangono esposti per un tempo indefinito ad una possibile azione risarcitoria con evidente *vulnus* della certezza dei rapporti.

32. A. FUSARO, *Le tre - o troppe? - responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 2004, p. 1313.

soggetto tenuto ad assicurarsi per il ristoro di qualsiasi danno, a cui si imporrebbe la responsabilità relativa come incentivo ad assicurarsi per il presunto errore professionale, sempre più indipendente dalla colpa e sempre più oggettivo. Il che non è certo accettabile e neppure auspicabile.

Sul piano dell'ingegneria sociale la *public choice* di socializzare i costi individuali del singolo cliente, trasferendoli sull'assicurazione del notaio, potrebbe infatti funzionare solo a livello microeconomico di una singola vicenda. In una prospettiva più ampia vi l'evidente probabilità che la categoria notarile non possa sopportare i costi che gli assicuratori inevitabilmente sono indotti a ribaltare sui premi dei contratti assicurativi. Tali costi sono quindi destinati ad essere trasferiti nelle parcelle e quindi sui costi collettivi.

Inoltre, considerando la vicenda della crisi del 2008 (c.d. mutui *subprime*) risulta evidente che può apparire economicamente efficiente scegliere di concedere i mutui a soggetti che hanno maggiori difficoltà di rimborso, assicurando poi il rischio del credito. Ma il meccanismo si inceppa, a livello macroeconomico, nel momento in cui, progressivamente, queste decisioni – in astratto razionali ed efficienti – assumono un livello collettivo (cartolarizzazione dei rischi): si crea infatti un rischio sistemico che, in definitiva, si concentra su alcuni operatori (intermediari finanziari) in maniera significativa³³.

Trasferendo il discorso sulla responsabilità professionale del notaio è evidente che una responsabilità concentrata sui *gatekeepers* è efficiente sul piano microeconomico e cioè sui costi individuali, ma non è detto che ciò generi un beneficio collettivo significativo.

Come ha recentemente osservato la S.C., occorre infatti tenere conto, che “l'attuale evoluzione dell'etica sociale... responsabilizza la specifica funzione dei soggetti obbligati in ragione della loro qualificazione professionale ad intervenire nelle transazioni commerciali a tutelare non solo gli interessi delle parti contraenti, ma anche e specialmente quelli della generalità dei cittadini”. Aggiungendo poi che “in tale prospettiva valutativa va inquadrata in particolare l'attività notarile, per la sua specifica e delicata funzione, che, tra l'altro, ne ha finora garantito la sua conservazione”³⁴.

6. La responsabilità civile del notaio nella prospettiva dell'adempimento delle obbligazioni.

Alle superiori considerazioni occorre aggiungere, più specificamente, che la prestazione notarile presenta alcune specificità derivanti da una forte connotazione pubblicistica di questa figura professionale. La particolarità della prestazione notarile risiede nel

33. Cfr. A. ZOPPINI, *La responsabilità del notaio nella prospettiva dell'analisi economica*, intervento al Convegno promosso dalla Fondazione Italiana del Notariato “Le responsabilità del notaio tra disciplina vigente e prassi sanzionatoria” tenutosi a Genova il 13 marzo 2015, consultabile in *elibrary.fondazionenotariato.it*. Nella stessa prospettiva si veda il contributo di C. LICINI – G. LIOTTA, *Utilità macroeconomica (ma non solo) dell'istituzione notariato*, in *Mercato concorrenza regole*, anno XIX n.1, aprile 2017, p. 117 ss.

34. Cass. 29 gennaio 2016 n. 1716, in *Guida al diritto*, 10/2016, p. 28.

fatto che il conseguimento dell'interesse "più favorevole" per una delle parti non parrebbe, neppure mediamente *in obligatione*. Una ragionevole differenziazione del regime di responsabilità del notaio rispetto ad altre figure professionali non può farsi certo derivare dalla maggiore complessità della prestazione notarile rispetto ad altre professioni. Ciò che sembrerebbe esigere diversità di disciplina risiede nella circostanza che l'avvocato, il medico, l'ingegnere sono tenuti a prestare la loro *diligentia – peritia* in funzione di un interesse predeterminato di una parte; e dunque del raggiungimento di un interesse auspicato come "il più favorevole" per il soggetto che ha conferito l'incarico e che riveste il ruolo di creditore della prestazione.

Al contrario nell'esercizio della funzione notarile – mediante la quale lo Stato realizza attraverso il notaio – persona fisica uno dei suoi compiti fondamentali (la sicurezza dei traffici e la certezza dei rapporti giuridici) – al pubblico ufficiale spetta il compito di garantire la equilibrata composizione di interessi di segno diverso e talora opposto eliminando, ove occorra, le asimmetrie informative.

Siamo quindi all'opposto della predeterminazione del risultato capace di realizzare l'interesse del creditore e rispetto al quale l'attività del debitore, improntata a diligenza e perizia, è strumentale.

Un monito significativo viene dalla Corte Costituzionale che in due note ordinanze³⁵ ha ritenuto rilevabile d'ufficio dal giudice la nullità (totale o parziale) *ex art.* 1418 c.c. della caparra confirmatoria eccessiva per contrasto con il combinato disposto dell'art. 2 Cost. che entra direttamente nel contratto attraverso il canone della buona fede: l'interpretazione del notaio deve sempre valere per entrambe le parti.

Quando si credeva cognitivisticamente alla "vera volontà del legislatore" l'ermeneutica giuridica era solo un problema di strumenti adatti a scoprire il vero significato della norma ed un'interpretazione difforme poteva considerarsi un "errore" imputabile a negligenza. Caduta l'idea, spostata l'adeguatezza dell'interpretazione dalla verità al percorso argomentativo svolto, risulta evidente che l'interpretazione notarile a fini applicativi non si esaurisce mai in una operazione meccanica e automatica di sussunzione, come pretendeva il positivismo giuridico, ma implica un'attività intellettuale realizzativa di valori, di applicazioni di principi, di concretizzazione di clausole generali che costituiscono il sistema ordinamentale, nel quale il notaio è chiamato ad operare.

Ciò non significa ovviamente che la prestazione notarile, al pari di quella del giudice o dell'arbitro, sfugga ad una valutazione in termini di diligenza e perizia professionale, come non vi sfugge quella dell'avvocato. Ma l'esistenza (per l'avvocato) o l'inesistenza

35. Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, c. 382 e Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77 *ibidem*, p. 2035. Per un'analisi di queste decisioni sia consentito rinviare a M. PALAZZO, *Causa del contratto di caparra confirmatoria tra prassi negoziali e (dis) applicazioni giurisprudenziali*, in F. ALCARO (a cura di), *Causa del contratto*, Milano, 2016, p. 141 ss., spec. p. 152.

(per il notaio) di un collegamento con gli interessi di una sola parte del contratto incide sui possibili parametri di diligenza esigibili e soprattutto sulla stessa struttura logica dei giudizi che essi sono chiamati ad esprimere in relazione alla natura delle regole da applicare³⁶.

7. Riflessioni conclusive.

Ad esito di queste brevi notazioni occorre riconoscere che la giurisprudenza mostra una concezione alta e rotonda della figura professionale del notaio italiano. Speculare al suo ruolo istituzionale di magistrato del contratto, tenuto non solo ad imparzialità terzietà ed indipendenza (art. 28 nn. 2 e 3 L.N.), ma anche ad una diligenza qualificata ed a un dovere di aggiornamento professionale continuo ed accurato³⁷.

Occorre altresì convenire che un sistema caratterizzato da elevati standard di diligenza – ed inevitabilmente, da responsabilità più onerose – non costituisca un elemento di debolezza della professione notarile ma, al contrario, un elemento di forza collegato alla funzione istituzionale del notaio, quale elemento ordinante della pluralità degli ordinamenti giuridici. Ciò non toglie tuttavia che ogni singola decisione debba avere riguardo alla singola vicenda calata nello specifico contesto, secondo l'effettività dell'esperienza giuridica. Ogni ulteriore riflessione deve muovere dalla presa d'atto del mutamento profondo del sistema giuridico all'interno del quale la funzione notarile contemporanea si svolge, pur nella invarianza dell'assetto normativo formale³⁸.

Il notaio contemporaneo opera tra l'incudine, rappresentata dalle nuove istanze sociali ed economiche, alle quali deve offrire risposte utilizzando gli strumenti tradizionali, ed il martello, rappresentato dalla complessità delle fonti e dall'incapacità del diritto di produzione legislativa di regolare la mutevole realtà, talora per eccesso di astrazione, talora per l'eccessivo particolarismo³⁹.

36. Nonché, come si è visto, sull'identificazione del soggetto creditore della prestazione dovuta, vedi par. 1 in fine e la giurisprudenza richiamata alla nota 11.

37. Sui mutamenti della funzione notarile nella realtà contemporanea cfr. C. CACCAVALE, *L'esercizio della funzione notarile: appunti a margine della controversa questione della rinunzia anticipata dell'azione di restituzione*, in *Notariato* 1, 2015, p. 7 ss.; R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2015, p. 761; eventualmente M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014, p.584 ss.; ID., *La prassi notarile singolare e post moderna forma di normalità*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 1, 2015, p. 10 ss.

38. Per un sintetico ma incisivo quadro del cambio di paradigma del secondo Novecento, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, v. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 1115 ss.; P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 935 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006.

39. Impietosa la diagnosi di A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *AA. VV.*, *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, (atti dei congressi Lincei, 96) p. 11, che fa riferimento alle «negligenze di un legislatore sempre più screditato nella coscienza collettiva».

Nel mondo di ieri, sotto il dominio del positivismo ottocentesco – ma arriviamo fino alla metà del secolo scorso⁴⁰ - il diritto era pensato come un sistema chiuso, secondo il modello del codice. Oggi il mito della “datità” del diritto appare superato. Bisogna rendersi conto che l’epistemologia giuridica ha subito mutamenti profondi⁴¹. L’ordinamento giuridico non sembra concepibile come un ordine in sé concluso che si offra alla contemplazione oggettivante della scienza giuridica. Non possiamo più parlare di una “realtà giuridica” che esista indipendentemente dagli atteggiamenti collettivi della comunità degli interpreti.

In particolare la rivoluzione ermeneutica – che, per intenderci, potremo qualificare gadameriana⁴² - richiama ad alcune elementari “verità”, prima ignorate o rimosse: il testo legislativo non è affatto realtà autosufficiente, ma, al contrario, ha completezza solo con l’interpretazione.

L’imponente movimento riflessivo costituito dalla revisione ermeneutica non solo ha dato probanti fondazioni teoretiche al nuovo ruolo protagonista del giurista e, in particolare, per quel che qui interessa, del notaio, ridimensionando ad espediente strategico del legalismo statalistico moderno la riduzione dell’interpretazione a passiva esegesi del testo legislativo⁴³; ma, soprattutto, dovrebbe valere ad escludere in radice che possa configurarsi una responsabilità professionale del notaio per avere scelto una soluzione interpretativa, tra le molte possibili.

Se l’interpretazione costituisce «la realtà profonda della giuridicità, nonché il mezzo stesso del suo operare in concreto»⁴⁴, la piana conclusione dovrebbe essere che, salvo il

40. Con riferimento alla professione notarile cfr. M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, cit.; p. 584 ss.; ID., *La prassi notarile singolare e post moderna forma di normalità*, cit., p. 10 ss.

41. Questo cambiamento di prospettiva è riconosciuto anche dagli studiosi del diritto civile positivo cfr. A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, Torino, 2015; sul piano della teoria generale cfr. C. LUZZATI, *Del giurista interprete, linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, 2016.

42. La corrente ermeneutica ha certamente le sue origini in F. Schleiermacher (1768 – 1834) studioso dei testi e nello storicismo tedesco del tardo Ottocento. Ma l’ermeneutica giuridica contemporanea è andata progressivamente oltre l’analisi del testo: la verità va cercata altrove. Per l’indirizzo ermeneutico il linguaggio è solo un veicolo, sebbene privilegiato, verso la comprensione dell’essere, verso il senso autentico delle cose, siano testi o esperienze di vita. E nessun metodo può garantire la verità, anche se autorità e tradizione hanno un ruolo preminente. Come è noto la svolta è dovuta a H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. a cura di G. Vattimo, 2000, p. 637: «l’applicazione costituisce, come la comprensione e la spiegazione, un aspetto costitutivo dell’atto interpretativo inteso come unità». In particolare si veda il capitolo centrale dedicato al «significato esemplare dell’ermeneutica giuridica» p. 671 ss. Il ripensamento avviato da Gadamer è proseguito da prima nel dialogo instauratosi con il civilista tedesco Esser, e poi tra Esser e il civilista italiano Mengoni e poi ancora tra Mengoni e alcuni filosofi italiani del diritto primo fra tutti Giuseppe Zaccaria. Per una breve storia dell’interpretazione giuridica si veda la sintesi proposta da A. GENTILI, *Senso e consenso.*, cit., vol. I, p. 53 ss.

43. Sul tema cfr. B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014; nonché le puntuali notazioni di P. GROSSI, *Il giudice civile: un interprete?* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, p. 1135 ss.

44. Cfr. G. FURGUELE, *Foglio di presentazione*, in AA. VV., *Dir. Priv.*, VII – VIII, 2001 – 2002, *L’interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, p. IX. Sul ruolo del giurista interprete si veda il saggio di G. ZACCARIA, *Testo giuridico e*

caso di dolo o colpa grave, il notaio, tenuto, al pari del magistrato⁴⁵, ad una imparziale interpretazione delle norme di diritto, non possa esser chiamato a rispondere per errore nella valutazione dei fatti o nell'interpretazione della legge.

D'altro canto, il notaio nei casi, sempre più frequenti nella contemporanea realtà globalizzata caratterizzata da un crescente dinamismo, non riconducibili alla tipizzazione di ipotesi già definite, ove sia necessario adeguare a bisogni nuovi strumenti tradizionali potrebbe avvalersi di una "motivazione", per rendere palese alle parti ed ai terzi il percorso argomentativo svolto per giungere a quella soluzione negoziale⁴⁶.

Tuttavia, se la soluzione, come di regola avviene "rimodellando" il diritto, si presenta opinabile, anche la soluzione contrattuale si concretizzerà in una regola o in un complesso di regole opinabili ed in ogni caso soggette a critiche, discussioni o addirittura contenziosi. E se il notaio fosse chiamato a rispondere civilmente per uno dei possibili risultati, sempre controvertibili, della sua attività professionale verrebbe definitivamente ingessata ogni possibile evoluzione della prassi negoziale⁴⁷, come pretendeva il vecchio legalismo formalista di una stagione ormai superata.

Del resto, appare costitutivo della nostra finitezza storica che altri verranno dopo di noi ed interpreteranno in modo sempre diverso.

linguaggio, ivi, p. 5 ss. Il prof. Furgiuele ha ripreso successivamente il tema dell'interpretazione in alcuni notevoli contributi: *Note minime in tema di norma, ordinamento, e interpretazione*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, p. 745 ss., Napoli, 2008; *Norma e interessi nella attività interpretativa a fini giuridici*, in *Domenico Rubino* (a cura di P. Perlingieri-S. Polidori), tomo I, p. 23 ss., Napoli, 2009; *Notazioni sull'insopprimibile nesso tra diritto e interpretazione*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 39 (2010) p. 781 ss.; *Il "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, p. 613, Torino, 2014.

45. Come è noto per i magistrati opera la c.d. clausola di salvaguardia: «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazioni di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e della prova» (art. 2 comma 2, legge 13 aprile 1988 n. 117, come modificato dall'art. 2 comma 2 legge 109 del 23 febbraio 2006). Per una riflessione sulla responsabilità civile dei magistrati successivamente alla legge 27 febbraio 2015 n. 18 cfr. L. ROVELLI, *Un primo inquadramento sistematico sul tema della responsabilità civile dei magistrati*, in *Giust. Civ.* 3/2015, p. 433 ss.

46. Si pensi, ad esempio, ad un contratto di affidamento fiduciario; ad un contratto di *rent to buy* di azienda; ad una serie di atti funzionalmente collegati per realizzare il passaggio generazionale. Sul dovere di consiglio del notaio nel contratto di affidamento fiduciario v. C. LOMONACO, S. METALLO e A. MUSTO, *Il dovere di consiglio del notaio nel negozio di destinazione fiduciaria*, in *Il negozio di destinazione fiduciaria contributi di studio del consiglio nazionale del notariato*, Milano, 2016 p. 417 ss. Sulla ragionevolezza dell'argomentazione giuridica quale fondamento ultimo della qualità del prodotto notarile cfr. S. SANTANGELO, *Schematismi e creatività in Vita not.* 4, 1979, p. 427; ripubblicato su *Vita not.*, 2012, p. 429. Ho recentemente riflettuto su tale contributo in M. PALAZZO, *Sabatino Santangelo e la teoria dell'interpretazione giuridica*, ivi, 2017, p. 49 ss.

47. Sul ruolo attuale della prassi notarile cfr. P. GROSSI, *Prefazione e Conclusioni* in AA. VV., *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 1, 2015, pp. 4 ss. e p. 182 ss.

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA RESPONSABILITÀ PER DANNO NON PATRIMONIALE

GIANFRANCO PALERMO

Prof. emerito Università di Roma "La Sapienza"

SOMMARIO: 1. Gli apporti dottrinali e giurisprudenziali. - 2. L'esigenza di riconduzione della "responsabilità per danno non patrimoniale" al sistema di diritto positivo. - 3. Il diaframma costituito dai "diritti della persona" e dalla loro tradizionale configurazione come schemi ordinanti dell'intero settore di disciplina. - 4. Salvaguardia della "persona" e tutela della "personalità". - 5. Gli strumenti di natura pubblicistica e il loro carattere sanzionatorio. - 6. La responsabilità per "danno da reato". - 7. Gli strumenti civilistici di regolamentazione dei rapporti intersoggettivi. - Il danno risarcibile sul piano normativo e la sua anamorfosi: - il "danno giuridico", - il "danno evento"; - 8 (*segue*) il "danno morale" e i "danni esistenziali". - 9. L'art. 2043 c.c. e i "diritti della persona"; - 10 (*segue*) la meritevolezza di tutela degli interessi sottesi. - 11. La ricerca di una "clausola generale di responsabilità" - L'art. 2059 c.c. e la sua incidenza sul piano civilistico. - 12. Il "danno biologico" in rapporto alla "vita di relazione". - L'insufficienza dei rimedi apprestati in giurisprudenza; - 13 (*segue*) La necessità di impostare su basi sostanziali la relativa problematica. - 14. Una scelta di metodo. - 15. Dai "diritti della persona" ai "diritti della personalità" configurabili come diretta espressione degli interessi coinvolti nello sviluppo delle relazioni sociali. - 16. Il patrimonio giuridico della persona e le sue componenti; - 17 (*segue*) I presupposti di una generale e coerente disciplina del danno risarcibile. - 18. Il "danno tanatologico". - 19. (*segue*) L'assurdità del *non liquet*. - 20. Il richiamo alla "coscienza sociale" e ai valori che, sotto il profilo giuridico, essa rappresenta. - 21. L'auspicabile avvento di un sistema della responsabilità civile, che assorba in modo armonico tutte le istanze ordinamentali.

1. L'interprete, che nell'attuale fase di evoluzione dell'ordinamento intenda cogliere i presupposti di natura sostanziale e l'ambito di disciplina civilistica della "*responsabilità per danno non patrimoniale*", non ha compito suscettibile di facile soluzione.

La proliferazione dei concetti, talora sviluppati, sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza, in modo disomogeneo, nonché la confusione del linguaggio per certi versi improprio, hanno complicato l'analisi, lasciando intravedere carenze anche sul piano metodologico.

Lungi dal persistere nella ricerca di soluzioni nuove sembra pertanto necessario farsi carico di una riflessione, la quale consenta di sciogliere i nodi di una problematica¹ che,

1. Agitata in modo parossistico, attraverso una molteplicità e varietà di contributi, tale da rendere pressoché impossibile l'apprestamento di una ordinata raccolta bibliografica. Per un approccio al tema, v. A. DI MAJO,

alla luce dei principî e sotto l'esigenza di conferire organicità alla materia costituente oggetto di studio, va impostata - e auspicabilmente risolta - seguendo in modo rigoroso i dettami della tecnica.

2. Un'opzione di fondo. Non si tratta di effettuare l'inserimento di un corpo estraneo al sistema di diritto positivo; quest'ultimo, essendo caratterizzato dalla posizione di centralità, che sotto il profilo ordinamentale è riconosciuta all'individuo in quanto portatore dei propri interessi meritevoli di tutela, si distingue per la sua flessibilità, nonché per una naturale capacità di autointegrazione.

L'esigenza, primariamente avvertita a livello istituzionale, è quella di assicurare il perseguimento di tali interessi, non riducibili a un livello meramente economico, mantenendo protetta la sfera soggettiva che li comprende.

Questo essendo l'impianto conformativo, ne deriva la possibilità di realizzare una costruzione giuridica che, saggiando il substrato dal quale emerge la rilevanza, così del "danno patrimoniale" come di quello "non patrimoniale", consenta di svolgere la *disciplina generale della responsabilità civile in unitario contesto*, pur nell'atteggiarsi delle singole fattispecie.

3. Il primo ostacolo, con il quale l'interprete deve confrontarsi, è dato dall'ambiguità di uno schema concettuale - quello evocativo dei "*diritti della persona*" - che non può (e non dovrebbe) essere concepito, sul piano interpretativo e sistematico, come un punto di riferimento al quale siano suscettibili di far capo, in modo generico e indistinto, tutte le istanze di tutela dell'individuo coerenti con le finalità dell'ordinamento.

Occorre procedere a uno studio analitico del suo contenuto, cercando di far emergere, in tale ambito, gli elementi suscettibili di assumere valore qualificante in sede di elaborazione della particolare materia.

Non è da innovare sul piano teorico, andando alla ricerca di una maggiore capacità espressiva dello stilema, ma di effettuare - incidendo nel tessuto sostanziale - una scomposizione di fattori, che risulti funzionale all'indagine ermeneutica.

Questa dovrebbe essere la giusta direzione, atteso che, all'interno dell'ordinamento positivo, è già tracciata una precisa linea di demarcazione.

Discorso generale sulla responsabilità civile, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, 4, III, Milano, 2009, p. 38 e ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, spec. p. 80 e ss. Per la puntualizzazione delle principali problematiche affrontate in giurisprudenza, v. Cass. 31.5.2003 n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2272, con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; Cass. SS.UU., 11.11.2008 n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, cc. 120 e ss., con i commenti di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale*; R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*; G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il nuovo statuto del danno non patrimoniale*; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; Cass. 23.1.2014 n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, cc. 719 e ss. (ivi un analitico *restatement* delle innumerevoli decisioni intervenute in materia).

4. Da un lato è la rilevanza dell'individuo sul piano ontologico, dalla quale deriva l'imperativo categorico della sua salvaguardia, stante il valore che egli rappresenta sul piano istituzionale e che il legislatore è tenuto a tradurre in una disciplina suscettibile di garantirne la piena realizzazione, sia sotto il profilo della scelta dei criteri di imputazione soggettiva, sia sotto quello del rispetto della libertà di proporsi, intorno alla quale deve ruotare il sistema.

Dall'altro lato è il potere spettante all'individuo - riconosciuto come soggetto giuridico - di perseguire in regime di autodeterminazione gli interessi da lui concepiti e di svolgere, nel contesto sociale, l'attività idonea a realizzarli in posizione di parità e di reciprocità con gli altri soggetti dell'ordinamento.

L'art. 2 della Carta Costituzionale è chiaro in proposito, laddove *“riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”*, richiedendo a riguardo l'adempimento di *“doveri di solidarietà”* nei reciproci rapporti.

Ed è sotto quest'ultimo aspetto - segnato dalla riconosciuta attitudine dell'individuo *“a progredire”* - che, nell'ambito dell'*ius civile*, i *“diritti della persona”*, attraverso una palinogenesi strutturale e funzionale, acquistano pregnante rilievo, assumendo il carattere proprio dei *“diritti della personalità”*, in un quadro segnato dalla *dinamica dei rapporti di natura intersoggettiva*.

5. La tutela, spettante all'individuo in sé considerato, pertiene all'ordinamento e si realizza attraverso gli strumenti pubblicistici che, a livello primario, assicurano il regime della convivenza.

Postulare, con riguardo a questa forma di tutela, un sistema relazionale di diritti soggettivi, classificabili secondo il loro punto di incidenza - l'integrità fisica psichica, i contrassegni della persona, il nome e l'immagine - ovvero secondo il grado, maggiore o minore della loro attinenza alla sfera intima o morale, non appare corretto.

L'assetto istituzionale, espresso dalla Carta, è già di per sé imperniato sull'individuo, sicché configurare diritti soggettivi, che l'individuo sia legittimato a far valere in rapporto con l'ordinamento, costituisce una sorta di contraddizione in termini, dalla quale è bene prendere le distanze, al fine di evitare pericolose confusioni.

D'altro lato, nessuno spazio logico, prima ancora che giuridico, può essere riservato a una disciplina che, trattandosi di assicurare l'intangibilità di valori assoluti, ne contempra la salvaguardia mediante l'attribuzione, in capo al soggetto leso, di poteri a sua iniziativa esercitabili in funzione compensativa.

Coerente con il sistema, in questa prospettiva, non può che essere una forma di tutela diretta e immediata, costituente il presupposto, e non il principio regolatore, del concreto svolgersi delle relazioni sociali.

6. Ciò non esclude che, nell'ipotesi di *vulnus* arrecato all'individuo e alle sue intangibili prerogative da altro membro della collettività, abbia a prodursi una *incidenza della disciplina sanzionatoria anche sul piano intersoggettivo*.

Un'incidenza tale da far sorgere obbligazioni a carico dell'autore dell'illecito, suscettibili a loro volta di essere fatte valere dall'individuo leso mediante l'esercizio di un *potere a lui officiosamente attribuito nel più ampio quadro di carattere penale*.

Che obbligazioni siffatte possano assumere carattere compensativo sembra tuttavia da escludere², essendo esse preordinate a neutralizzare un disvalore, non già a porre rimedio ai pregiudizi concretamente riscontrabili nella sfera del soggetto passivo, con riguardo ai quali soccorrono altri strumenti nell'ambito dei rapporti privatistici.

È il legislatore a dettare la regola di salvaguardia, esercitando - nell'ambito delle sue competenze (arg. ex art. 2059 c.c.) - il potere, sia di configurare le ipotesi di reato o di violazione sanzionabile in via amministrativa, sia di ponderare il grado di lesività dell'illecito, sia di disporre ed articolare il corrispondente regime sanzionatorio; quanto precede, con l'affido al giudice del compito di inquadrare l'accadimento e di commisurare la pena, determinando quella soggezione al provvedimento impositivo che, ove comportamenti vincoli obbligatori, viene comunemente definita come "*responsabilità per danno da reato*"³.

7. Con questo tipo di disciplina si è fuori dal campo civilistico, *che è tipicamente relazionale* e la relativa consapevolezza dovrebbe indurre l'interprete a non appiattare questa peculiare forma di responsabilità sul piano del diritto comune, nel quale il concetto di "*danno*" è formale, nonché rigorosamente circoscritto, contrassegnando il pregiudizio prodotto dalla lesione degli interessi perseguiti e perseguibili dall'individuo nell'esercizio del suo potere di autodeterminazione, non già la violazione delle regole poste a tutela dell'individuo in sé considerato, con le quali non si identifica e dalle quali va distinto.

Parlare, a riguardo, di "*danno giuridico*", per sé rilevante, implica un'alterazione del concetto, che viene privato del suo valore semantico e della sua utilità sul piano applicativo, come dimostra l'infelice tentativo di configurare un "*danno eventò*", riferibile, oltre che al danno

2. Il punto è tutt'altro che chiaro in giurisprudenza, stante il condizionamento derivante dalla varietà dei parametri prescelti per l'inquadramento sistematico della materia, spesso con carattere di assolutezza. In tema di inconfigurabilità, nel nostro ordinamento, di "danni punitivi", v., in particolare, Cass. 19.1.2007 n. 1183, in *Rep. Giust. civ.*, 2007, voce *Danni*, n. 216.

3. È questo l'ambito nel quale dovrebbero confluire le problematiche imposte impropriamente sotto il profilo di una risarcibilità, secondo il diritto comune, degli stati d'animo riferibili al soggetto leso. Ciò al fine di superare le incertezze, alle quali inducono il modo ondivago di concepire il "*danno esistenziale*", nonché l'opacità del suo rapporto con il danno morale, impegnando la giurisprudenza nell'ardua ricerca di strumenti compensativi di "*abitudinè*" e "*scelte di vita*" da ristorare in modo congruo al loro non commisurabile "*deterioramento*". Cfr., a riguardo, Cass. 5.10.2009 n. 21223, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 317; Cass. 6.5.2010 n. 10957, in *Rep. Giust. civ.*, 2010, voce *Persona fisica e diritti della personalità*, n. 10.

biologico⁴, anche ai patimenti subiti dall'individuo, nonché al disordine prodottosi nella sua sfera interiore, ovvero a *parametri insuscettibili di una oggettiva e concreta determinabilità*⁵.

8. Concepire un danno siffatto come “*danno morale*”, per poi ritagliare su questa figura - per sé priva di precisi contorni - una serie aperta di “*danni esistenziali*” che dovrebbero interessare il diritto comune, è in realtà privo di significato giuridico, perché il legislatore ben può, configurando un comportamento contrario ai valori insiti nella persona, sottolinearne la negatività a livello di sistema e reagire in modo sanzionatorio, ma sul piano civilistico, ad integrare la fattispecie del danno, occorre che si sia verificato uno squilibrio nell'ambito degli interessi facenti capo al soggetto leso e che, avendo riguardo alla sua entità, sia dato porvi riparo mediante l'impiego di tecniche risarcitorie⁶.

Va sottolineato, a riguardo, come una lesione che risulti arrecata alla sfera esistenziale dell'individuo, seppure grave al punto da rendere operativi meccanismi di primaria salvaguardia, non possa essere assunta, di per sé, a fondamento di una responsabilità per illecito configurabile in chiave intersoggettiva, occorrendo, a riguardo, che, attraverso il contatto sociale, si sia prodotta, in contrasto con i principi di parità e di solidarietà, una *compressione della personalità che l'individuo è legittimato a svolgere in chiave di libere determinazioni*; mentre il danno, che non abbia carattere emergente, è dato dalla *mancata realizzazione delle finalità concretamente perseguibili dal soggetto leso*; ciò che in ambito non patrimoniale riveste specifico rilievo.

9. In questa prospettiva, da ritenere qualificante, l'art. 2043 c.c. rappresenta la norma, nei confronti della quale, seguendo le interpretazioni costituzionalmente orientate, che ne hanno fatto evolvere la *ratio* e meglio caratterizzare la forza espansiva, dovrebbe tornare a concentrarsi l'attenzione dell'interprete, affinché la disciplina desunta dal suo interno possa operare la saldatura fra i principi dell'ordinamento - che alimentano il diritto vivente - e il complesso delle istanze dottrinali e delle regole giurisprudenziali che, stante il mancato rinvenimento di un preciso punto di gravità, non riescono ad assumere una precisa conformazione.

Affinché sia conseguibile un tale risultato è però necessario affrancarsi da un equivoco. Quello di ritenere, sotto il peso di una dogmatica non al passo con i tempi, che la disposizione contenuta nell'art. 2043 c.c. costituisca un presidio posto dal legislatore

4. Cfr. Corte Cost. 14.7.1986 n. 184, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1480 e ss.

5. In ordine a questa configurazione, riduttiva della fattispecie civilistica dell'illecito, v. Cass. SS.UU. 11.11.2008 n. 26973, cit.; ivi la riaffermazione del “danno” come conseguenza del comportamento lesivo, che dev'essere dedotta, comprovata ed accertata nella sua specificità e concretezza.

6. Su questo punto, dal quale emerge la criticità dell'intera problematica della responsabilità per “danno non patrimoniale”, v. P. CENDON-N. SAPONE, *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 247 e ss.

a tutela di situazioni giuridiche soggettive, da ricondurre, in ambito non patrimoniale, allo schema astratto dei “*diritti della persona*”; quanto precede nel presupposto che, in tale ambito, non sia dato rinvenire quella elasticità che, nella regolamentazione dei rapporti di natura economica, ha invece consentito l’ampliamento degli schemi normativi e favorito il riconoscimento di quanto elaborato, in termini di *salvaguardia di interessi concreti*, dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Tale equivoco a tutt’oggi perdura, essendo difficile vincere la forza della tradizione, sebbene, in una fase avanzata di depatrimonializzazione del diritto civile, l’indagine ermeneutica abbia fatto indubbiamente progressi.

10. Approfondendo il dettato normativo, imperniato sull’ “*ingiustizia del danno*”⁷, si è tratto, nell’ambito degli studi civilistici, il convincimento che l’art. 2043 c.c. non configuri un sistema tipologicamente chiuso, costituendo le situazioni giuridiche, da porre a base della disciplina contenuta nel codice, un punto di diretta rifrazione, sul piano formale, degli interessi facenti capo all’individuo che, operando nel contesto sociale, li rende meritevoli di tutela.

Tale approfondimento non ha però superato il dogmatismo, con il quale viene concepita la tutela degli interessi non aventi carattere patrimoniale.

Non essendo attribuito a tali interessi, ancorché propri della persona, quel *valore in sé*, che a livello costituzionale essi al contrario rivestono - ed essendo riguardata la loro rilevanza nell’ottica di una mediazione da parte del legislatore, ritenuta necessaria affinché la loro tutela possa realizzarsi nel sistema giuridico positivo - è rimasta ferma l’esigenza di una individuazione preventiva di diritti aventi carattere primario, dei quali le situazioni soggettive, da ordinare intorno al disposto normativo, dovrebbero rappresentare, in modo peraltro incerto, i corollari, conducendo così a una disciplina che, priva di carattere, non vale ad assicurare, in capo all’individuo, una tutela adeguata allo svolgimento della sua personalità.

11. Da questo vizio di impostazione deriva lo squilibrio che, sul piano sistematico, si avverte in un contesto segnato, per un verso, dalla presa d’atto che, avvalendosi dell’art. 2059 c.c., non possa darsi riparo a quelle lesioni arrecate all’individuo che non rientrino nell’ambito di applicabilità delle norme di tutela pubblicistica⁸; per altro verso, dall’assunto che sia dato ovviare a tale supposta lacuna convogliando gli illeciti, astrattamente

7. Su questo tema di teoria generale, anche per i necessari riferimenti, v. C. SCOGNAMIGLIO, *L’ingiustizia del danno*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. 10, tomo 1, Torino, 2005, p. 1 e ss.; E. NAVARRETTA, *Evoluzione storica dell’ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, in *Diritto civile* diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, 4, III, cit., p. 137 e ss.

8. Cass. SS.UU. 11.11.2008 n. 26973, cit.

configurabili in base a tali norme, verso una clausola generale di responsabilità⁹ che, attraverso un generico riferimento a “*diritti della persona*”, si dovrebbe perciò stesso considerare inserita nel sistema.

Proprio in tale contesto risulta essersi determinato l'anomalo slittamento di un regime di carattere sanzionatorio verso una disciplina di rapporti intersoggettivi, che ne è rimasta a sua volta assorbita, con le relative conseguenze in campo attuativo.

12. Che il ristoro dal “*danno biologico*”, comunemente operato attraverso l'applicazione di tabelle elaborate a tavolino, possa assumere carattere compensativo e, nell'ambito di una determinata vicenda, assorbire nella loro integralità e rendere non autonomamente risarcibili i pregiudizi che, a seguito della lesione, il soggetto abbia subito nella vita di relazione, ha costituito materia di insegnamento giurisprudenziale¹⁰ che appare particolarmente significativo delle carenze di metodo con il quale il tema della responsabilità civile, debordante dai classici confini che caratterizzavano la patrimonialità del danno, è stato trattato.

Ne sono derivate incertezze, anzitutto sotto il profilo concettuale, stante la difficoltà di conciliare una modalità di liquidazione del dovuto in misura fissa - ciò che ben si attaglia a una disciplina di natura sanzionatoria - con le tecniche di determinazione del danno in concreto, coerenti con la sua funzione compensativa.

Di qui, negli spazi non coperti da specifiche disposizioni di legge, una ricerca di “congrue tabelle”, che, oscillando fra minimi e massimi, ha curiosamente diviso l'ordinamento in aree geografiche, privilegiandone alcune a scapito di altre¹¹, per poi aprirsi al concorso di criteri di commisurazione selezionabili dal giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale¹².

13. Questi sono gli inconvenienti verificatisi nella pratica, in assenza di affidabili “linee guida”. Ma, in un quadro sul quale si è allungata l'ombra di un “*diritto all'integrità fisica e psichica*”, mal collocato sotto il profilo funzionale, in quanto chiamato a regolare, in modo del tutto anomalo, conseguenze di carattere risarcitorio, quel che qui interessa è che, a tale stregua, sia rimasto escluso proprio il ristoro dal danno arrecato alla personalità del soggetto, che, sotto il profilo della “*vita di relazione*”, non abbia potuto svolgersi in modo naturale e fisiologico.

9. Sul punto, A. DI MAJO, op. cit., p. 42 e ss.

10. Rivisitato in senso critico e negatorio da Cass. SS.UU. 11.11.2008 n. 26973, cit.

11. Cfr. Cass. 30.6.2011 n. 14402, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2274; Cass. 7.6.2011 n. 12408, in *Rep. Giust. civ.*, 2011, voce *Danni*, n. 279.

12. Cfr. Cass. 17.4.2013 n. 9231, in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 595 e ss. con nota di G. PONZANELLI, *Tabelle, prova del danno e concezione unitaria del danno non patrimoniale*; Cass. 23.2.2005 n. 3766, in *Rep. Giust. civ.*, voce *Danni*, n. 465.

Si tratta di un risultato inaccettabile, pure in un quadro segnato dalla resipiscenza della Corte regolatrice, che successivamente ha cercato di correggere la falsa impostazione, approssimandosi alla linea che nell'ordinamento costituzionale segna l'ambito di primaria rilevanza dei "diritti della persona" aprendolo al riconoscimento della libertà di determinazione dell'individuo, da salvaguardare nella dinamica dei rapporti sociali.

Restano, infatti, le conseguenze di un negativo approccio al tema, improvvidamente tradotto in un insegnamento che, sebbene rivisitato, in nessun altro modo tende ad evolversi, se non percorrendo, come attualmente avviene, gli spazi aperti a una liquidazione equitativa di una sorta di "danno promiscuo", caratterizzato dalla reciproca irriducibilità delle sue componenti¹³.

14. Per affrancarsi da questa anomalia non bastano i palliativi, né appare proficuo insistere nell'applicazione di varianti al modello elementare, frutto di confusione sulla natura della materia plasmabile e sulle caratteristiche della costruzione giuridica, la quale dovrebbe essere realizzata nel rispetto di *precisi parametri strutturali*, nonché in armonia con la funzione equilibratrice, a livello sociale, che l'istituto della responsabilità civile deve assolvere.

Occorre incidere nel profondo e chiedersi se, a condizionare negativamente il lavoro dell'interprete, sia appunto il convincimento che la *ratio* della disciplina dei rapporti intersoggettivi debba essere ancorata alla rilevanza tipica dei "diritti della persona", costituendo sul piano normativo, l'espressione della loro intangibilità.

Proprio da tale convincimento derivano gli ostacoli che, sotto il profilo sostanziale, non consentono di cogliere, così in campo ermeneutico, come in quello applicativo, i caratteri distintivi di un comparto normativo della responsabilità civile, che dev'essere invece compiutamente integrato nel sistema.

15. Si deve perciò tornare all'opzione di fondo, perché, considerati dall'ordinamento sotto un profilo dinamico, i "diritti della persona" subiscono, come si è detto, una trasformazione della loro configurabilità che, avendo rilievo categoriale, li rende espressivi dello sviluppo della personalità del singolo in tutte le sue manifestazioni di carattere sociale, così superando il diaframma della loro astrattezza.

Nel dare rilievo all'attitudine dell'individuo a determinarsi in modo libero e consapevole, tracciando così, in ambito collettivo, il proprio percorso esistenziale - quello che la varietà delle aspirazioni, la qualità delle scelte di vita, le proiezioni del presente verso il futuro, l'operosità dei comportamenti, caratterizzano in senso assiologico - i "diritti della persona" vengono ad affondare le proprie radici nella naturale vocazione della persona a

13. Sulla configurazione delle "voci di danno" come componenti di un danno non patrimoniale, da intendere e valutare in modo unitario, senza duplicazioni, Cass. SS.UU. 11.11.2008 n. 26973, cit.

realizzarsi nel rapporto con gli altri membri dell'apparato sociale, traducendone le potenzialità in uno *status relazionale*, costituente, a sua volta, il principio unificante di un'auto-noma sfera soggettiva, dalla quale emergono, attraverso un continuo processo di elaborazione, gli interessi concepiti, perseguibili e poi concretamente perseguiti dall'individuo.

E poiché tali interessi, stante il valore da riconoscere alla loro fonte generatrice, risultano *in sé meritevoli di tutela*, senza dover passare attraverso il filtro della valutazione normativa, ne consegue che, come "*diritti della personalità*", essi finiscono per rappresentare, nel rapporto con l'ordinamento, l'*espressione formale di tali interessi*, mutuandone, in modo assorbente, i caratteri di specificità, variabilità e dinamismo che naturalmente li connotano.

È così che i "*diritti della personalità*" divengono gli *elementi che compongono il patrimonio della persona*, che, con riguardo al loro proporsi e riproporsi, tutti li comprende, di conseguenza affrancandosi dalla sua tradizionale staticità.

16. Come il diritto soggettivo ha subito una evoluzione riscontrabile nel passaggio dalla configurazione di un potere "*attribuito*" a quella di un potere "*spettante*" all'individuo per la tutela di un suo interesse - ed è ora suscettibile di tradursi in diritto "*proprio*" di ciascun individuo, come tale e in quanto tale azionabile nel contesto sociale - così il *concetto giuridico di patrimonio dev'essere coerentemente inteso in rapporto agli elementi che sostanzialmente lo compongono*, non essendo più suscettibile di esprimere un insieme di schemi astratti dal piano fenomenico.

Ne deriva che, ove abbia a prodursi, sul piano dei rapporti intersoggettivi, una compressione dello sviluppo della personalità individuale che venga negativamente ad incidere sulla possibilità per l'individuo di coltivare e maturare le proprie scelte, ovvero di realizzare gli interessi perseguiti e *concretamente perseguibili in una determinata fase della propria esperienza di vita*, perciò stesso dovrà essere riscontrata una lesione suscettibile di costituire fonte di danno risarcibile, sia che abbia ad oggetto interessi economici, sia che consista nel pregiudizio di interessi non economici, questi ultimi da intendere come *entità finalizzate alla realizzazione della personalità dell'individuo senza diretto coinvolgimento in operazioni di stampo contrattualistico*.

17. Sembra possibile, a tale stregua, pervenire a un sistema unitario della responsabilità civile che comprenda al suo interno, accanto al "danno patrimoniale", anche quello definito "non patrimoniale" dagli interpreti, ma che *patrimoniale invece è e dev'essere considerato*, quale che sia la natura degli interessi esposti alle altrui attività pregiudizievoli.

Si colmano così le lacune, che, sul piano della disciplina applicabile in tema di lesioni "arrecate ai diritti della persona", gli interpreti si prefigurano, ma l'ordinamento costituzionale non presenta, essendo in grado di rispondere ad ogni istanza, *anche in ricorrenza di casi estremi*.

18. Con riguardo al cd. *danno tanatologico*, la confusione, indotta dal proliferare dei contributi teorici e pratici¹⁴, regna sovrana.

Se, da un lato, non si riesce a comprendere come sia trasmissibile, dal *de cuius* agli eredi, quel diritto al ristoro di un danno che, in caso di immediata uccisione, elimina il soggetto che tale diritto, solo dopo averlo acquisito, sarebbe stato in grado di esercitare¹⁵; dall'altro lato, resta incerta la possibilità di conferire giuridica rilevanza a una lesione di un "*diritto alla vita*" che, sanzionabile con strumenti di natura pubblicistica, non sembra tuttavia suscettibile di costituire il presupposto di una tutela di carattere tipicamente risarcitorio¹⁶.

Nel caso di morte istantanea, non preceduta da un pregiudizio arrecato alla salute che risulti compensabile sotto forma di "danno biologico"¹⁷, si tratterebbe infatti di ovviare alla perdita di un bene personalissimo, che, "come bene giuridico vita", non appare suscettibile di reintegra per equivalente, essendo fruibile solo in natura da parte del titolare, e, come tale, inidoneo a rappresentare, nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, un criterio di discriminazione, sul quale possa fondarsi una disciplina equilibratrice di contrapposti interessi¹⁸.

In questa prospettiva - esclusa altresì la riscontrabilità di sofferenze da parte di un soggetto "lucido e cosciente", che consenta la risarcibilità di un "danno morale" o "esistenziale"¹⁹ - l'attività degli interpreti si è arenata sull'alternativa fra la radicale esclusione di una tutela di carattere soggettivo e il suo assorbimento nella disciplina dettata dall'art. 185 secondo comma c.p., la vita essendo un bene meritevole di tutela nell'interesse della collettività; ciò che dovrebbe escludere l'immediata riferibilità, in capo all'individuo, di un bene che forse sarebbe più appropriato definire "generale" o "pubblico"²⁰.

14. Per un quadro di sintesi, cfr. A. GORGONI, *Il danno da perdita della vita: un nuovo orientamento della Cassazione* (commento a Cass. 23.1.2014 n. 1361), in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 417 e ss.; L. D'ACUNTO, *Le Sezioni unite riaffermano l'inammissibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita* (commento a Cass. SS.UU. 22.7.2015 n. 15350), in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1015 e ss.

15. Questo astratto e inconferente logicismo risale a Corte Cost. 27.10.1994 n. 372, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3129 e ss.

16. Cfr., sul punto, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 212 e ss.

17. In tema di "danno biologico terminale", v. Cass. 7.6.2011 n. 12273, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2707; Cass. 8.4.2010 n. 8360, in *Rep. Giust. civ.*, 2010, voce *Danni*, n. 110; Cass. 27.5.2009 n. 12326, in *Rep. Giust. civ.*, 2009, voce *Danni*, n. 85; Cass. 13.1.2009 n. 458, in *Rep. Giust. civ.*, 2009, voce *Danni*, n. 63.

18. In un quadro configurativo della "*vita*" come bene intrinsecamente connesso con la persona e "*fruibile solo in natura*", si è escluso che l'illecito possa causare una "*perdita*", da compensare imponendo all'autore dell'illecito un'obbligazione di carattere risarcitorio. Cfr. Cass. 24.3.2011 n. 6754, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1188; Cass. 16.5.2003 n. 7632, in *Giur. it.*, 2004, p. 495, con nota di M. BONA, *Danni da morte iure successionis*, p. 504 e ss. In tema, v. le riflessioni di C. M. BIANCA, *Il danno biologico a causa di morte*, in *Vita not.*, 2004, p. 563.

19. Sul "*danno catastrofico*", ritenuto di carattere "*morale*", cfr. Cass. 8.4.2010 n. 8360, in *Rep. Giust. civ.*, 2010, voce *Danni*, n. 110; Cass. 19.10.2007 n. 21976, in *Rep. Giust. civ.*, 2007, voce *Danni*, n. 84; Cass. 31.5.2005 n. 11601, in *Rep. Giust. civ.*, 2005, voce *Danni*, n. 516.

20. Cfr. N. LIPARI, op. cit., per il quale "*la tutela non si collega necessariamente alla posizione del titolare, ma guarda*

19. Che un intervento sanzionatorio possa rappresentare la reazione dell'ordinamento, volta alla tutela di un primario diritto, come quello "alla vita" e sia altresì suscettibile di tradursi in favore dei soggetti direttamente lesi dal reato - titolari, sotto questo profilo, di un'azione esercitabile *iure proprio* - non significa tuttavia che, attraverso tale intervento, venga a ricevere ristoro quella che, in diretto rapporto con il soggetto passivo della lesione, è stata, non a caso, ipotizzata come una privazione della *chance* della propria sopravvivenza, causata dall'altrui illecito comportamento.

Sia pure nell'ottica di un "danno esistenziale" - ritenuto risarcibile in capo al soggetto che abbia subito una alterazione delle abitudini di vita e degli assetti relazionali che gli erano propri - si è posto in evidenza, sotto questo profilo, come la morte determini "la perdita di ciò di cui constava la vita della vittima, che avrebbe continuato a dispiegarsi in tutti i molteplici effetti suoi propri, se l'illecito dell'autore non ne avesse determinato la soppressione"²¹.

Che tale perdita possa assumere rilievo giuridico e conseguentemente dare luogo a una disciplina di carattere compensativo è stato tuttavia escluso, argomentando dall'assenza di un soggetto al quale nel momento dell'uccisione, sia collegabile la perdita stessa e nel cui patrimonio possa ritenersi acquisito il relativo credito.

E con questa statuizione, resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza in data 22.7.2015 n. 15350²², il cerchio tutt'altro che virtuoso si è chiuso con una sorta di *non liquet* che, poco sensibile all'organicità del nostro ordinamento - non correttamente intesa dallo stesso Giudice delle Leggi, sotto il profilo della ritenuta assenza di copertura costituzionale del principio di integralità della refusione del danno²³ - si è ritenuto superabile solo con modifiche normative più o meno auspicabili "secondo le diverse opzioni culturali?".

20. Ciò non può soddisfare l'interprete che, trattando una materia dalla stessa Corte di Cassazione ritenuta - sia pure "in disparte" - di rilievo assiologico, deve riguardare il sistema del diritto positivo, proprio in quanto costituente espressione della "coscienza sociale" - tutt'altro che "indistinta e difficilmente individuabile"²⁴, stante la sua avvenuta recezione nella Carta - e non può prescindere dall'individuazione degli strumenti indispensabili a dar conto, sul piano logico e sistematico, della disciplina da applicare nel caso concreto.

all'intera collettività".

21. Così si esprime Cass. 23.1.2014 n. 1361, cit.

22. V. in *Foro it.*, 2015, I, cc. 2682 e ss., con i commenti di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno da morte: l'arrocco delle Sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*; R. CASU, *Le sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*; R. SAPONE, *La livella e il (mancato) riconoscimento del danno da perdita della vita: le Sezioni unite tra principio di inerzia e buchi neri dei danni non compensatori*.

23. Cfr. Corte Cost. 30.4.1999 n. 148, in *Giur. it.*, 1999, p. 1499; Corte Cost. 2.11.1996 n. 369, in *Giur. it.*, 1997, p. 396; Corte Cost. 6.5.1985 n. 132, in *Giur. cost.*, 1985, p. 934 e ss.

24. Come a torto si ritiene in Cass. 22.7.2015 n. 15350, cit.

In tema di “*danno tanatologico*” - come si è voluto definirlo - la ricognizione di quello che era il patrimonio giuridico della vittima al momento dell’evento e l’individuazione delle sue componenti, caratterizzate dalla presenza di interessi meritevoli di tutela sotto il profilo dello sviluppo della personalità individuale, debbono essere considerati come passaggi obbligati per l’interprete che, collegando il danno da risarcire all’irrealizzabilità di tali interessi da parte del soggetto *che ne era titolare ed era in condizione di farli concretamente valere in una determinata fase della propria esistenza*, è chiamato a superare il disagio puramente concettuale della configurabilità di una vicenda da definire *iure hereditario*, stante l’impossibilità per la vittima di far valere il pregiudizio, *pur avendolo subito*.

21. Può essere così soddisfatta l’esigenza di costruire un sistema armonico della responsabilità civile per danno sia di natura economica sia di natura non economica, attingendo ai principî, così di diritto pubblico come di diritto privato, complementari tra loro²⁵, ma non confondibili, intorno ai quali debbono essere elaborati i relativi schemi concettuali, iniziando da quello che involge la configurabilità, in senso giuridico, di un *patrimonio* - quello dell’individuo - comprensivo anche degli elementi, che la tradizione considera “*non patrimoniale*”.

A questa comprensività è opportuno che si rivolga l’attenzione dell’interprete, non trattandosi di un ossimoro.

25. In modo tale da poter stimare e commisurare quel che attiene a ciascun comparto normativo, senza interferenze né duplicazioni (alle quali fa riferimento Cass. 24.3.2011 n. 6754, cit.), non essendovi una categoria ordinante di “*danno non patrimoniale*”, all’interno della quale sia dato rinvenire voci di carattere meramente descrittivo.

CONTRATTO E GIUSTIZIA DELLO SCAMBIO NELLA PROSPETTIVA ERMENEUTICA*

MAURO PENNASILICO

Prof. ordinario Università di Bari «Aldo Moro»

SOMMARIO: 1. Premessa: etica, ambiente ed economia nella regolazione del mercato. – 2. La vicenda evolutiva del contratto: giustizia contrattuale e correzione degli squilibri della regola negoziale. – 3. L'ipotesi del “terzo contratto” e l'applicabilità generale della legge sull'abuso di dipendenza economica. – 4. L'incidenza sulla categoria contrattuale dell'interesse ambientale: il nuovo paradigma del “contratto ecologico” come fonte di rapporti giuridici patrimoniali *sostenibili*. – 5. Le conseguenze ermeneutiche della revisione della categoria contrattuale: priorità dell'esigenza oggettiva di conservazione del contratto, indisponibilità e inderogabilità del criterio dell'interpretazione a favore del consumatore. – 6. La “decostruzione” del gradualismo dei criteri ermeneutici nei modelli del contratto tra imprese e del contratto ecologico. – 7. Il ruolo “superprimario” della buona fede, «punto di sutura» tra disciplina analitica e principi costituzionali, e l'interpretazione correttiva come interpretazione ragionevole del contratto.

1. Premessa: etica, ambiente ed economia nella regolazione del mercato.

Il mio discorso richiede una necessaria premessa sul rapporto tra etica, ambiente ed economia nella regolazione del mercato, in modo da comprendere perché oggi si assista, con riguardo al consolidamento del modello globale dello sviluppo sostenibile¹, a un autentico “mutamento di paradigma” in materia contrattuale, tanto da mettere in discussione l'adeguatezza della nozione stessa di contratto come ricevuta dal codice civile italiano del 1942².

*. Il saggio riproduce, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione al «IV Congreso Internacional, XXXII Aniversario del Código Civil, *La interpretación contractual en el tercer milenio*», Lima, 25 e 26 novembre 2016.

1. Si veda, anche per ulteriori indicazioni, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, p. 37 ss., e in P. POLLICE (a cura di), *Liber Amicorum per Biagio Grasso*, Napoli, 2015, p. 473 ss. (da cui si citerà); ID., *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1291 ss., e in ID. (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, Atti del convegno, Bari, 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016, p. 287 ss. (da cui si citerà); I. ALOGNA, *La circolazione del modello di sviluppo sostenibile. Prospettive di diritto comparato per un percorso multidirezionale*, in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI e P.L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, I, 1, in *www.cesifn.it*, 2016, p. 145 ss. Nella letteratura di lingua spagnola, v. L. PAREJO ALFONSO (dir.), *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, Valencia, 2015.

2. In tal senso, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 753 ss., spec. p. 767 s.; ID., *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”*, cit., p. 298 ss.

La crescente sensibilità sociale verso i temi dell'alimentazione, della salute e dell'ambiente³ si caratterizza sempre più come ricerca di nuovi modelli di economia sostenibile (*green economy*, economia solidale, economia circolare⁴, ecc.), diretti a contemperare in modo equilibrato ed efficiente una pluralità di valori e interessi: non soltanto la sicurezza alimentare, ma altresì la salvaguardia dell'ambiente e degli ecosistemi, la dignità del lavoro umano e non da ultimo l'equità e la solidarietà nei rapporti commerciali⁵.

3. Si veda, a vario titolo, A. JANNARELLI, *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Torino, 2015; M. MONTEDURO, *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1, 2015, p. 88 ss.; G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, ivi, p. 3 ss.; G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI e P.L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione*, cit.; F. FORNO e P.R. GRAZIANO, *Il consumo critico*, Bologna, 2016; M. IMBRENDA, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Napoli, 2016. Auspicano l'emersione di un nuovo ordine eco-giuridico, basato sull'alfabetizzazione ecologica, l'equa condivisione dei beni comuni, l'impegno civico e la partecipazione, F. CAPRA e U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, trad. di I. Mattei, Sanssepulcro, 2017.

4. Questo tipo di economia comporta l'abbandono graduale del modello economico lineare, basato sul semplice schema "produzione-consumo-smaltimento", nel quale ogni prodotto è destinato a giungere al "fine vita" e il consumatore è colui che, in negativo, «usa, logora, esaurisce e distrugge le cose» [N. IRITI, *Figure del nichilismo (il consumatore)*, in ID., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, p. 70]. Nell'ambizioso programma dell'economia circolare, invece, i prodotti dovrebbero conservare il proprio valore aggiunto il più a lungo possibile, restando all'interno del sistema economico anche alla fine del ciclo di vita primario, in modo da essere riutilizzati più volte ai fini produttivi e creare così nuovo valore. In tal senso, sono le comunicazioni della Commissione UE, COM(2014) 398, «Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti»; COM(2015) 614, «L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare»; e le relazioni COM(2017) 33, «sull'attuazione del piano d'azione per l'economia circolare»; SWD(2017) 47 «Riesame dell'attuazione delle politiche ambientali dell'UE. Relazione per paese - Italia». In linea con la strategia della Commissione europea sull'economia circolare si pone la proposta di direttiva COM(2015) 635, «relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita *online* e di altri tipi di vendita a distanza di beni», in virtù della quale i consumatori potranno beneficiare di prodotti di migliore qualità e più duraturi [per un quadro generale, v. A. ADDANTE (a cura di), *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Milano, 2016]. Nel diritto italiano, assecondano la transizione verso un'economia circolare la l. 221/2015, sulla *green economy*, la l. 166/2016, sulla donazione e distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e di limitazione degli sprechi, mentre l'art. 95 c. app., sui criteri di aggiudicazione dell'appalto, enuncia al comma 6, lett. c, «l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione»; in argomento, cfr. V. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto "Signals 2014" dell'Agenzia europea dell'Ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, p. 821 ss.; R. LOMBARDI, *Il bene "rifiuto" tra concezione "relazionale" e responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 841 ss.; E. BOMPAN e I.N. BRAMBILLA, *Che cosa è l'economia circolare*, Milano, 2016; D. CERINI e F. LAMARQUE, *Cibo e farmaci non consumati diventano doni, quando possibile, non rifiuti. Commento a prima lettura della L. 19 agosto 2016, n. 166*, in *Corr. giur.*, 2016, 1376 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: l'economia circolare*, in *Il Testo unico dell'ambiente a dieci anni dalla sua approvazione*, Atti del Convegno AIDA, Roma, 10-11 giugno 2016, in corso di stampa; L. DE PAULI, *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti*, in *Urh. app.*, 2016, 625 ss.; A. URICCHIO, *La fiscalità ambientale e il modello della fiscalità circolare*, in *Il diritto a tutela dell'ambiente*, Atti del Convegno dell'Unione Nazionale Camere Civili, Roma, 17 marzo 2017, in corso di stampa, ove riferimenti anche alla più recente legislazione regionale.

5. Per un quadro critico, si rinvia ai contributi raccolti in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli, 8-9-10 maggio 2014, Napoli, 2015; v. anche A. ADDANTE, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, in *Riv. dir. prin.*, 2014, p. 461 ss.; EAD., *Pratiche commerciali scorrette e forced labour*, in *Contratti*, 2016, p. 1135 ss.

Nel perseguimento di tali obiettivi «un compito fondamentale è riconosciuto in modo sempre piú consapevole al diritto, man mano che si rivela illusorio il “mito” liberista di un mercato in grado di autoregolarsi secondo un ordine spontaneo, basato esclusivamente sulle leggi naturali dell’economia»⁶. In realtà, anche il mercato piú libero non sfugge a limitazioni e controlli, che sono il necessario corrispettivo della libertà di mercato: «il mercato è uno statuto normativo, su di esso non può non esercitarsi il controllo»⁷. A ben guardare, il controllo svolge una funzione di garanzia del corretto esercizio dell’autonomia negoziale, della quale costituisce non già “limite” o “restrizione”, bensí peculiare *estrinsecazione* o *potenziamento*⁸.

La stessa scienza economica pone in evidenza che, in assenza di adeguati controlli e correttivi, le distorsioni della concorrenza e le imperfezioni del mercato possono determinare il fallimento⁹. La tutela di interessi non patrimoniali non può, dunque, essere rimessa al funzionamento spontaneo di meccanismi commerciali, «ma esige una precisa

6. COSÍ, A. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Annuario del contratto 2015*, diretto da A. D’Angelo e V. Roppo, Torino, 2016, p. 3 ss., spec. p. 4, con riferimento alla nota teoria del mercato come ordine spontaneo e autoregolato avanzata da F.A. VON HAYEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, (1968), in ID., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, (1978), trad. it. di G. Minotti, a cura di E. Coccia, Roma, 1988, p. 83 ss.

7. P. PERLINGIERI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata. Sintesi di un Convegno*, (2002), in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 463 ss., spec. p. 467; v. anche, in una diversa prospettiva, M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell’orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 33 ss., spec. p. 55, secondo il quale la correzione del contenuto contrattuale, nata sotto il segno del primato della politica e in contrapposizione al libero mercato, si ritrova oggi a svolgere «una funzione ausiliaria del mercato, di *enforcement* del suo funzionamento virtuale (e – si assume – virtuoso) rispetto alle deformazioni della pratica negoziale». Si intende, cosí, mostrare che «l’istanza etico-politica può giocare come un “motivo” tra gli altri di una disciplina che ha la sua “causa” innanzitutto nella manutenzione del mercato e nella legittimazione del modello distributivo ad esso legato» (ivi, p. 58).

8. In tal senso, M. PENNASILICO, *Controllo e conservazione degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 119 ss., spec. p. 121 ss.; v., per ulteriori indicazioni, ID., *Metodo e valori nell’interpretazione dei contratti. Per un’ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 398 ss. Non sorprende, dunque, da un lato, che il Giudice italiano delle leggi, nel sollecitare un’adeguata normativa *antitrust* (l. 10 ottobre 1990, n. 287), abbia sottolineato che il programma di eliminazione delle diseguglianze di fatto, prescritto dall’art. 3, comma 2, cost., «va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l’altro controlli sull’autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie» (Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1467 ss., spec. p. 1480, con note di A. PACE, *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 180 l. n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà d’impresa*, e di E. CATERINI, *Obbligo a contrarre e posizioni dominanti*); dall’altro, che, nell’altrettanto famosa sentenza della Corte costituzionale tedesca (BVerfG, 19 ottobre 1993, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 594 ss., con nota di H. HONSELL, *Fideiussione e corresponsabilità di congiunti privi di reddito e di patrimonio*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 197 ss., con nota di A. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell’autonomia privata in diritto tedesco*, da cui si cita), si legga che «tra i principali compiti del vigente diritto civile è il riequilibrio delle alterazioni della parità dei contraenti» (p. 200), sí che, qualora sussista una «inferiorità strutturale» di una parte contrattuale e le conseguenze del contratto siano «insolitamente gravose» per la medesima parte, il giudice civile è costituzionalmente obbligato a correggere l’assetto contrattuale, applicando le clausole generali del diritto civile.

9. Si veda, ad es., M. D’ANTONIO, A. FLORA e M. SCARLATO, *Economia dello sviluppo*, Bologna, 2002.

scelta di politica del diritto, che si traduca in una disciplina dei rapporti giuridici coerente con la rilevanza anche etica del mercato»¹⁰ e con la centralità della persona umana¹¹. Non si può, infatti, ridurre il diritto – ammoniva Luigi Mengoni – «a mera tecnica di organizzazione sociale, misconoscendone la funzione di realizzare storicamente un sistema di valori distinto e sovraordinato ai valori puramente economici»¹².

La rilevanza degli interessi non patrimoniali della persona nella disciplina degli scambi e del mercato trova puntuale riconoscimento non soltanto nell'art. 41, comma 2, della Costituzione italiana, volto a garantire che l'iniziativa economica privata non si svolga «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», ma anche nel Trattato FUE, che all'art. 169, § 1, individua tra i propri obiettivi l'elevata protezione dei consumatori non soltanto sotto il profilo economico, quanto piuttosto con riguardo ad altri valori quali la salute e la sicurezza, promuovendo «il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi»¹³.

Tuttavia, l'intervento pubblico, pur se indispensabile, non può assumere le forme oppressive del dirigismo paternalistico e della pianificazione economica, incompatibili con la concorrenza¹⁴, ma deve attuarsi secondo condizioni che qualificano il mercato come «istituzione di utilità sociale», ossia garantendo non soltanto l'efficienza, ma anche la correttezza e la trasparenza delle operazioni commerciali¹⁵. Il rispetto dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico deve coniugarsi, pertanto, con un sistema economico sostenibile, che favorisca non tanto la produzione e la crescita in sé, quanto piuttosto il progresso sociale, l'uso responsabile delle risorse naturali a favore anche delle generazioni future e, dunque, il pieno sviluppo della personalità umana¹⁶.

10. A. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare*, cit., p. 4.

11. Si veda, per tutti, P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, (1995), ora in ID., *Il diritto dei contratti*, cit., p. 237 ss.

12. L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1963, p. 1075 ss., spec. p. 1085 (poi in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 147 ss., spec. p. 158).

13. Definisce, con una certa enfasi, il processo di costruzione europea «come un necessario passaggio dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti», S. RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 21 ss., spec. p. 25.

14. Avvertono, tra gli altri, tale esigenza, S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 51 ss., spec. p. 59, e A. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare*, cit., p. 5 s.

15. Così, L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss., spec. p. 20 (ora in ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 101 ss., spec. p. 122). Conferma che «un mercato evoluto postula [...] un sistema normativo che abbia la sua “parola-chiave” nella correttezza», F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI e AA.VV. (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis – 1469-sexies*, Padova, 1999, p. 766; v. anche F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, Padova, 2010.

16. Si consideri, ad es., che la Costituzione peruviana del 1993, dopo aver proclamato all'art. 1 la centralità

In tale contesto, la regola contrattuale – che è sempre più frutto di un concorso di fonti: convenzionali, legali, giudiziali, amministrative¹⁷ - assume un ruolo fondamentale al fine del corretto ed efficiente funzionamento dei mercati¹⁸, in quanto strumento funzionale non soltanto ad accrescere la quantità e la qualità dei prodotti e dei servizi, o a ripartire in modo più equo i profitti tra gli operatori interessati¹⁹, ma altresì a realizzare, come vedremo più avanti, un diverso modo di soddisfare i bisogni, ispirato sia all'integrazione virtuosa dell'interesse ambientale nelle dinamiche della concorrenza e del mercato, sia alla c.d. responsabilità (o equità) intergenerazionale²⁰.

2. La vicenda evolutiva del contratto: giustizia contrattuale e correzione degli squilibri della regola negoziale.

Si manifesta così, nel diritto dei contratti, una precisa tendenza dell'esperienza giuridica contemporanea, che antepone al principio di libertà contrattuale un'esigenza di equità e di socialità del contratto, che richiede un riequilibrio dei rapporti di forza tra le parti, anche mediante la correzione giudiziale del regolamento da esse convenuto²¹. Si pensi,

della persona umana, la cui tutela rappresenta il «fine supremo» della società e dello Stato, sancisce all'art. 2, § 22, che ogni persona ha diritto a «godere di un ambiente equilibrato e adeguato allo sviluppo della sua vita». È questo il senso del c.d. sviluppo «umano» sostenibile, che ispira, dal punto di vista metodologico, le pagine di M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014. In argomento si veda, anche per ulteriori riferimenti, ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale*, cit., p. 480 ss.; in particolare, v. P. PERLINGIERI, *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, (2000), in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 71 ss.; ID., *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 321 ss. Sulla riforma costituzionale peruviana del 1993, v. D. GARCÍA BELAUNDE, *La jurisdicción constitucional en Perú*, in D. GARCÍA BELAUNDE e F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, p. 827 ss.; S. MORELLI RICO, *Recenti processi di riforma costituzionale in Sudamerica: costituzioni di stato o costituzioni del regime vigente?*, in S. GAMBINO e G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, 2007, p. 391 ss., spec. p. 401 ss.

17. Nella letteratura più recente, si rinvia agli scritti contenuti nel volume *Correzione e integrazione del contratto*, opera diretta da F. Volpe, Bologna, 2016; si veda, altresì, E. CAPOBIANCO, *El contrato, entre autonomía y heteronomía. La experiencia italo-europea*, in *Rev. der. cin.*, 2016, p. 115 ss.; M. PENNASILICO, *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. dir. cin.*, 2017, p. 163 ss.

18. Sul rapporto tra disciplina del contratto e regolazione del mercato, si veda, su posizioni diverse, V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Rin. dir. comm.*, 2007, I, p. 379 ss.; A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, p. 40 ss.; V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, p. 1611 ss.; ID., *Nuove prospettive del diritto privato dell'economia*, in E. PICOZZA e V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, p. 236 ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 3 ss.

19. Si pensi, ad es., al reg. 1257/1999/CE, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia, il cui art. 26, § 2, stabilisce che gli investimenti devono garantire una «partecipazione adeguata» dei produttori di prodotti agricoli di base ai vantaggi economici che da essi derivano.

20. In tal senso, si veda, sin d'ora, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., spec. p. 314 ss.

21. Argomenta l'immanenza nel sistema ordinamentale di un principio generale di correzione dei contratti sperequati in funzione di garanzia dell'autonomia contrattuale e di attuazione della giustizia sostanziale, M. PENNASILICO, *"Ménage à trois": la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. cin.*, 2016, p. 179 ss. (e in *Correzione e*

nell'esperienza latino-americana, al nuovo codice civile brasiliano del 2002 (l. 10 gennaio 2002, n. 10.406)²², il quale, nell'ispirarsi al principio di socialità (*socialidade*), dichiara all'art. 421 che la libertà di contrarre «è esercitata in ragione e nei limiti della funzione sociale del contratto»²³, con un completo capovolgimento dell'asse interpretativo del contratto dalla realizzazione degli interessi delle parti alla protezione degli interessi della collettività²⁴; e

integrazione del contratto, cit., p. 43 ss.; v. pure, nella dottrina sudamericana, S. ZUSMAN T., *La buena fe contractual*, in *Themis*, 51, 2005, p. 19 ss., spec. p. 28, ove si considera indispensabile la buona fede contrattuale «si lo que se quiere es contar con un sistema de contratación no sólo seguro, sino también justo. La letra del contrato, pues, puede crear inequidades y es bueno que éstas sean “corregidas” por los jueces»; J. MOSSET ITURRASPE, *La teoría de la “corrección del contrato” con base en el desequilibrio contractual*, in *Rev. der. priv. comun.*, 2007, p. 7 ss.; C.I. JARAMILLO J., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, con *Prólogo* di V. RIZZO, Bogotá, 2016, spec. p. 618 e nota 451). Si realizza, così, non soltanto l'interesse delle parti, ma anche il più generale interesse dell'ordinamento, che non può tollerare abusi, squilibri eccessivi e asimmetrie ingiustificate, a garanzia non dirigistica o paternalistica, ma costituzionalmente orientata, dell'autonomia contrattuale. Il contratto non può diventare lo strumento per imporre condizioni inique, ferma restando la piena libertà dei contraenti di perseguire i propri interessi individuali nel rispetto delle norme poste dall'ordinamento. Il potere correttivo è, dunque, da intendere come un temperamento alla libertà contrattuale, che è garantita mediante un controllo non soltanto di liceità e meritevolezza dell'accordo, ma anche della sua ragionevolezza e proporzionalità. In questi termini, M. PENNASILICO, *o.n.c.*, p. 217 s.; si veda, anche per ulteriori svolgimenti, Id., *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, pp. 153 ss., 359 ss., 392 ss., 453 ss.; P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss., secondo il quale il controllo di proporzionalità è intrinsecamente collegato a quello di ragionevolezza, che prescinde da valutazioni meramente quantitative, sì che «non sempre ciò che è proporzionato è ragionevole, come non necessariamente una sproporzione 'quantitativa' è irragionevole. Tutto questo secondo un giudizio non rimesso alla libera discrezionalità dell'interprete, ma da esprimere in coerenza con il principio di legalità costituzionale. Non arbitrio, dunque, ma decisione secondo ragionevolezza» (ivi, p. 219).

22. Sulla nuova disciplina, in una visione storica e comparatistica, v. A. CALDERALE (a cura di), *Il nuovo codice civile brasiliano*, Milano, 2003, e S. LANNI (a cura di), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*, Napoli, 2014.

23. Cfr. G.M.F.N. HIRONAKA, *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*, in *Rev. fac. dir. univ. São Paulo*, 2002, p. 127 ss. (disponibile in www.revistas.usp.br); EAD., *Principiologia contratual e a valorção ética no Código Civil Brasileiro*, in *Civilistica.com*, n. 1, 2014, p. 1 ss., spec. p. 7 ss. (disponibile in <http://civilistica.com>); R. MATEO JR., *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*, (2002), in <http://jus2.uol.com.br>; G.M. TALAVEIRA, *A função social do contrato no novo código civil*, (2002), in www.gjf.jus.br; M. REALE, *Função social do contrato*, (2003), in www.miguelreale.com.br; H. THEODORO JR., *O contrato e sua função social*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2007; A. MEYER DA FONSECA, *Breves Comentários sobre a Função Social dos Contratos*, (2008), in www.buscalegis.ufsc.br; G. TEPEDINO, *Tutela del consumatore e il nuovo Codice civile nella recente esperienza brasiliana*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA e V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 713 ss.; M.C. SOUZA COLLA DE OLIVEIRA, *Breve análise da função social do contrato*, (2009), in www.jurisway.org.br; C. LIMA MARQUES e B. MIRAGEM, *Nuevos principios del derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada: buena fe objetiva y función social de los contratos en el derecho privado brasileño*, in C.A. SOTO COAGUILA (coord.), *Teoría general de los contratos. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*, I, Buenos Aires, 2012, p. 241 ss., spec. p. 263 ss.; P. NALIN e H. SIRENA, *Da estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído*, in R. LOTUFO, G.E. NANNI e F.R. MARTINS (coord.), *Temas relevantes do direito civil contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*, São Paulo, 2012, p. 273 ss.; P. NALIN, *A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos*, in *Rev. bras. dir. civ.*, 1, 2014, p. 111 ss.

24. In tal senso, M.C. DE CICCO, *Il nuovo codice civile brasiliano: un esempio di involuzione nel diritto*, in R. FAVALE

si ricordi in Europa, al volgere degli anni '90, la chiara indicazione comparatistica di Hein Kötz e Axel Flessner, secondo i quali il concetto di “contratto” deve essere ripensato in funzione degli obblighi di cooperazione, solidarietà e correttezza, che esigono una più stringente protezione del contraente debole²⁵.

A tal fine, guardiamo, sia pure in sintesi estrema, alla stessa vicenda evolutiva del contratto²⁶, che una certa dottrina ha proposto di declinare addirittura in funzione di indi-

e B. MARUCCI (a cura di), *Studi in memoria di V.E. Cantelmo*, I, Napoli, 2003, p. 485 ss., spec. p. 501; con puntuale riguardo all'influenza del principio di socialità sulle regole d'interpretazione dei contratti, v. M.Y. BIERWAGEN, *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*, 3ª ed., São Paulo, 2007. Nella cornice sociale del nuovo codice brasiliano, la configurabilità di un potere correttivo del giudice, in seguito al prodursi di sopravvenienze, trova spazio nell'art. 317, che sancisce il principio secondo il quale il giudice può correggere lo squilibrio sopravvenuto di valore tra la prestazione promessa e quella da eseguire, «qualora la parte pregiudicata dalla sopravvenienza ne faccia richiesta adducendo una sopravvenuta evidente sproporzione tra il valore originario della prestazione dovuta e quello raggiunto al momento della sua esecuzione derivante da motivi imprevisi» (così, E. AL MUREDEN, *La sopravvenienza contrattuale nel nuovo codice civile brasiliano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 235 ss., spec. p. 240). Altrettanto rilevante è notare che, nel sistema ordinamentale spagnolo, il principio di giustizia commutativa e la clausola generale di buona fede hanno consentito, recentemente, al Tribunale Supremo di veicolare, pur nel silenzio del legislatore, i rimedi giudiziali della revisione del contratto e della sua riconduzione a equità nell'ipotesi di circostanze sopravvenute che determinino «una significativa rottura del rapporto di equilibrio tra le prestazioni» (Trib. Supr., 30 giugno 2014, n. 2823, in <http://www.poderjudicial.es>; conf., Trib. Supr., 15 ottobre 2014, n. 5090, ivi). A commento dell'innovativo orientamento, v. J. CASTINEIRA JEREZ, *Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014*, in *InDret*, 4, 2014 (consultabile al sito www.indret.com/es/); P. ABAS, *Il Tribunale Supremo spagnolo ammette la revisione del contratto in caso di sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1194 ss. Diversa, invece, è l'impostazione del sistema ordinamentale peruviano: se il codice civile del 1984 prevede all'art. 1355 che la legge, per ragioni di interesse sociale, pubblico o etico, «puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos», la Costituzione del 1993, nonostante proclami che la libera iniziativa privata si esercita in una «economía social de mercado» (art. 58), non esita ad affermare (art. 62, § 1) che i termini contrattuali non possono essere modificati da leggi o altre disposizioni, mentre le controversie contrattuali si risolvono in via arbitrare o giudiziale, ma secondo i meccanismi di protezione previsti dal contratto o dalla legge (su tale conflitto normativo, v. C.A. SOTO COAGUILA, *El pacta sunt servanda y la revisión del contrato*, in AA.VV., *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, IV, *Derecho privado*, 1, Bogotá, 2010, p. 787 ss., poi in *Rev. der. priv.*, n. 1, 2012, p. 197 ss.; più in generale, J. MOSSET ITURRASPE e M.A. PIEDECASAS, *La revisión del contrato*, Buenos Aires-Santa Fe, 2008). Nel sistema colombiano, invece, è il codice civile a stabilire l'intangibilità del contratto, sì che l'interpretazione deve realizzarsi in conformità alla volontà delle parti (in proposito, W. ESTEBAN GRISALES, *La interpretación jurídica en los negocios jurídicos*, in *Ratio Juris*, n. 12, 2011, p. 73 ss.). Il nuovo *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCyC)*, pubblicato l'8 ottobre 2014 ed entrato in vigore il 1º agosto 2015, conferma la forza obbligatoria del contratto tra le parti (art. 959) ed esclude che i giudici possano modificare i termini contrattuali, «excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público» (art. 960). Sul punto, v. G. CARAMELO, *Comentario al art. 960*, in M. HERRERA, G. CARAMELO e S. PICASSO (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, III, 2ª ed., Buenos Aires, 2016, p. 339 s. (disponibile in www.sajj.gob.ar).

25. H. KÖTZ e A. FLESSNER, *European Contract Law*, I, trad. di T. Weir, Oxford, 1997, p. 12 (trad. it. di S. Buchberger, *Diritto europeo dei contratti*, con integrazioni di S. Patti, Milano, 2006; per un più ricco e aggiornato quadro di riferimento si veda, ora, H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 2ª ed., Tübingen, 2015).

26. Descrive il susseguirsi di peculiari “stagioni” del contratto, G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 23 ss.; v. anche, da differenti punti di vista, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 3ª ed., Torino, 2011, e V.

cazioni numeriche²⁷. Così, accanto al primo contratto – quello classico rimesso alla libertà determinativa delle parti in posizione di parità e sottratto, in linea di principio, al sindacato del giudice – è emerso anzitutto il c.d. secondo contratto, quello del consumatore, diretto a neutralizzare lo squilibrio conseguente alla diversità di informazioni tra i due contraenti in posizione di disparità o asimmetria contrattuale²⁸; squilibrio che si apre alla possibilità di un riequilibrio e, dunque, di un intervento correttivo da parte del giudice²⁹. In effetti, la sacralità del contratto è un mito, definitivamente, da sfatare³⁰. La tematica del

SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011; ampia indagine comparatistica in P.G. MONATERI (ed.), *Comparative Contract Law*, Cheltenham-Northampton, 2017.

27. Si allude, naturalmente, a R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, spec. p. XII s., e ID., *Dalla Pangea al terzo contratto?*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, p. 2143 ss.

28. È interessante notare che se, nel nostro ordinamento, la legislazione settoriale in materia di “secondo” contratto (d.lg. 206/2005, c.d. codice del consumo) è intesa non già come la disciplina di un “tipo” contrattuale, bensì come «una disciplina di ordine generale applicabile ai contratti stipulati dai consumatori, quale che ne sia il tipo» (A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 22^a ed., a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2015, p. 701), una tappa più radicale di questo processo di frammentazione della teoria generale del contratto è segnata dal nuovo *Código Civil y Comercial* argentino del 2014. Il libro terzo, che attiene ai diritti personali, è diviso in quattro titoli: il primo, sulle obbligazioni in generale; il secondo, sui contratti in generale; il terzo, sui contratti di consumo; il quarto, sui contratti in particolare. La disciplina dei contratti di consumo è dunque separata dalla disciplina generale del contratto, sì che «non esiste più nel codice civile argentino una parte generale sul contratto unica, ma una parte generale sui contratti che non sono di consumo e, accanto a questa, una parte generale sui contratti di consumo» (C. DE CORES HELGUERA, *Sulla teoria generale del contratto*, in *www.juscivile*, 2016, 4, p. 306 ss., spec. p. 308). In realtà, a ben guardare, il codice contempla, oltre al contratto classico o “paritario”, altre due categorie contrattuali generali: il contratto per adesione a condizioni generali predisposte e il contratto di consumo. Così, D. SERRANO REDONNET, *La interpretación de los contratos en el nuevo Código Civil y Comercial*, 2015, in *www.abogados.com.ar*, il quale precisa che nei contratti per adesione «la interpretación contra el predisponente opera en caso de ambigüedad, mientras en los contratos de consumo es a favor del consumidor (“in dubio pro consumidor”); haya o no cláusulas generales predisuestas»; v. anche R.L. LORENZETTI, *La interpretación de los contratos*, in R.S. STIGLITZ (dir.), *Suplemento Especial. Contratos*, Buenos Aires, 2015, p. 191 ss., spec. p. 201; C.A. HERNÁNDEZ, *El contrato por adhesión en el Código civil y comercial argentino. Puntos de convergencia con el contrato de consumo*, in R. CARDILLI e D.F. ESBORRAZ (a cura di), *Nuevo código civil argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Milano-Padova, 2017, p. 439 ss.

29. In questi termini, M. PENNASILICO, *Contratto del consumatore e interpretazione*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1041 ss., spec. p. 1043 s.

30. In tal senso, tra tanti, D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte!*, trad. di M. Girolami, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 800 ss. La libertà contrattuale, si nota da molto tempo, è «un mito» [P. RESCIGNO, *Contratto*, I, *In generale*, in *Enc. giur.* Treccani, IX, Roma, 1988, p. 13; ID., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, p. XIX], che non può elevarsi «alla dignità di “valore” intangibile ed assoluto» [A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, p. 121; e già L. RAISER, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, (1960), in ID., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di C.M. Mazzoni, trad. it. di M. Graziadei, Milano, 1990, p. 71 ss., spec. p. 96, ammoniva che la «teoria deve guardarsi dal considerare come naturale una libertà illimitata dei consociati nel determinare i propri rapporti e un incondizionato riconoscimento dell'autonomia privata». In realtà, la libertà contrattuale è garantita non in quanto tale, ma «come una delle forme in cui si esplica la libertà d'azione e nella misura in cui essa è al servizio di uno degli scopi perseguiti dalla Legge Fondamentale, cioè il libero sviluppo

“contratto giusto”, che sino a qualche decennio orsono sarebbe stata bollata come ever-siva dell’idea stessa di autonomia negoziale, è oggi entrata prepotentemente nel dibattito dei civilisti³¹ e tende sempre più a trovare risonanza in sede giurisprudenziale³². Le Corti, valendosi della ormai acquisita precettività o applicabilità diretta dei principi costituzionali³³ e della possibilità di valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti o la liceità della

della personalità»: ID., *La libertà contrattuale oggi*, (1958), ivi, p. 49 ss., spec. p. 62 s.). L’autonomia privata – osserva N. IRTI, *Contratto e fonti regolative*, in M. DE FOCATIS e A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell’energia*, II, *Contratti dell’energia e regolazione*, Torino, 2015, p. 1 - «non è un dogma, ma una creatura del tempo», sí che «le fonti regolative non trovano il contratto, ma fanno il contratto, il quale non progredisce né regredisce, non si espande e non si ritrae, ma è, di epoca in epoca, così come è conformato dalle fonti regolative». In tal senso, già P. PERLINGIERI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali*, cit., p. 474, dove si afferma che «l’autonomia negoziale non è un dogma, ma è un concetto che si ricava dalla conformazione che ne dà l’ordinamento»; v. anche ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 319 ss.

31. Considera il problema dell’equità o della giustizia dei regolamenti contrattuali «la principale e più importante prospettiva di studio del diritto dei contratti», V. SCALISI, *Equilibrio e giustizia del regolamento contrattuale*, in F. ALCARO e R. TOMMASINI (a cura di), *Mandato fiducia e trust. Esperienze a confronto*, Milano, 2003, p. 211. La giustizia contrattuale – osserva N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 165 - assume, oggi, «una valenza decisiva perché ribadisce, all’interno della tematica del contratto, la centralità del momento interpretativo». Diametralmente opposta, invece, l’opinione di chi nega qualsiasi nesso tra interpretazione e giustizia del contratto (A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, p. 574 ss.; ma si veda la replica di M. PENNASILICO, *Recensione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1107 ss.). Per limitarsi, nella letteratura ormai sterminata, agli scritti più recenti, si veda, anche per ulteriori indicazioni, R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. 7, Milano-Torino, 2012, p. 534 ss.; V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 447 ss.; G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, spec. p. 149 ss.; N. LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, Napoli, 2016 (ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 235 ss.); E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.; M. PENNASILICO, *“Ménage à trois”*, cit., p. 179 ss.; ID., *Interpretazione e integrazione*, cit., p. 190 ss.; R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017. Nella dottrina latino-americana più autorevole v., per un quadro di sintesi, A.A. ALTERINI, *Paradigma de justicia contractual en el Mercosur*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1º Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 7-9 aprile 2005, Napoli, 2006, p. 585 ss.

32. Per riferimenti si veda M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., spec. p. 95 ss.; ID., *Interpretazione e integrazione*, cit., p. 193 ss.; F. MACARIO, *L’autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Il giudice e la legge*, in *Quest. giust.*, n. 4, 2016, p. 52 ss.

33. I giudici di legittimità riconoscono che, nella struttura gerarchica dell’ordinamento, «una posizione preminente hanno quelle norme che attengono ai valori inviolabili della persona umana ed il cui dettato non si esaurisce in formule meramente programmatiche, ma è dotato d’un valore precettivo che le rende direttamente applicabili anche ai rapporti intersoggettivi» (Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not.*, 2009, p. 1440 ss., spec. p. 1441, da cui si cita, e in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 992 ss., con nota di G. CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell’autonomia contrattuale*; in tal senso, anche Cass., 15 luglio 2005, n. 15022, in *Foro it.*, 2006, c. 1344 ss., spec. c. 1358, con nota di A.M. PERRINO; Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 524 ss., spec. p. 529, con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni unite*). Non è, dunque, più revocabile in dubbio «la diretta efficacia delle norme costituzionali concernenti i diritti fondamentali della persona, oltre che nei confronti dei pubblici poteri, anche nei rapporti tra privati» (Cass., 15 aprile 2009, n. 8941, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 596 ss., spec. p. 598, con nota di N. DI MAURO, *Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio: la Cassazione apre alla Drittwirkung per le successioni mortis causa*). Si vedano, altresì, le note ordinanze della Corte costituzionale,

causa concreta³⁴, argomentano il potere correttivo del giudice di sindacare uno «squilibrio contrattuale inaccettabile» e, come tale, «contrastante con i parametri costituzionali»³⁵.

In realtà, la teoria del contratto, in passato incentrata sulla struttura dell'atto, si articola sempre più in funzione dei modi di svolgimento del rapporto e della valutazione in concreto dell'equilibrio contrattuale³⁶, come dimostra un recente dato normativo, che offre un aggancio molto solido alla tendenza evolutiva del diritto europeo e internazio-

secondo le quali il giudice può rilevare d'ufficio la nullità ex art. 1418 c.c. di una clausola contrattuale non equa e gravemente sbilanciata in danno di una parte (nella specie, caparra confirmatoria ex art. 1385, comma 2, c.c.), «per contrasto con il precetto dell'articolo 2 cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede» (Corte cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 ss., spec. c. 2036, con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*; similmente, Corte cost., ord., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3767 ss., con nota di F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*). In argomento si veda, anche per altre indicazioni, M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. PERLINGIERI e A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 247 ss., spec. p. 280 ss.; segnala, nell'esperienza europea, l'importante riforma della Costituzione greca, che ha stabilito espressamente l'operatività diretta delle norme costituzionali nei rapporti privati, S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, 2ª ed., Milano, 2016, p. 89; nell'esperienza latino-americana, v. G. TEPEDINO, H.H. BARBOZA e M.C. BODIN DE MORAES, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, I-IV, Rio de Janeiro, 2005-2014; J. MOSSET ITURRASPE, *Derecho Civil Constitucional*, Santa Fe, 2011; M. BORETTO, *La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino*, in *Civilistica.com*, n. 2, 2015, p. 1 ss. (disponibile in <http://civilistica.com>); C.N. KONDER, *Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri*, in *Rev. fac. dir.*, 1, 2015, p. 193 ss.; A. SCHREIBER e C.N. KONDER, *Uma agenda para o direito civil-constitucional*, in *Rev. bras. dir. civ.*, 10, 2016, p. 9 ss.

34. L'orientamento ormai consolidato, che definisce il concetto di "causa" non più come funzione "economico-sociale", ma come funzione "economico-individuale" (o "ragione concreta") del contratto, è inaugurato da Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 564 ss., con nota di F. ROSSI, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*. Sul ruolo assunto dal principio della causa concreta per opera della giurisprudenza, si rinvia a 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, p. 957 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, ivi, 2014, p. 251 ss.; A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, in G. PERLINGIERI, O. CLARIZIA, A. LEPORÉ e A. FACHECHI (a cura di), *La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionali ed europei in tema di obbligazioni e contratti*, Napoli, 2015, p. 25 ss.; S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della causa concreta e la c.d. interpretazione abusiva del contratto: notarelle critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)*, in *Contratti*, 2016, p. 604 ss.; A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, nota a Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 141 ss.; D. ACHILLE, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 155 ss., 181 ss.

35. Così, Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, in *Foro pad.*, 2012, I, c. 358 ss., spec. c. 365, con nota di M. QUAGLIERI, *Causa concreta ed equo contemperamento degli interessi*. La sentenza, tradendo l'influenza della migliore dottrina "civil-costituzionale" (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 289 ss., 535 ss.), afferma che i controlli di liceità e di meritevolezza «devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti» (Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, cit., c. 365; conf., Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, consultabile in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; in senso critico, A.M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 573 ss.).

36. In questi termini, M. PENNASILICO, *Contratto del consumatore e interpretazione*, cit., p. 1045.

nale, che sovverte l'impostazione tradizionale secondo la quale il nostro ordinamento si disinteresserebbe della proporzionalità tra le prestazioni dei contraenti³⁷.

Il riferimento è al disposto dell'art. 62, comma 1, d.l. 1/2012 (convertito in l. 27/2012), secondo il quale i contratti che hanno a oggetto la cessione di prodotti agricoli e agroalimentari «devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni»³⁸. Lo straordinario interesse sistematico e assiologico della disposizione, che appare dotata di una valenza generale almeno per i contratti commerciali³⁹, è nel fatto che il legislatore ha consacrato, per la prima volta in

37. Si veda, a testimonianza di tale risalente orientamento, Cass., 27 gennaio 1959, n. 224, in *Foro it.*, 1960, I, c. 456 s., la quale esclude che al giudice sia conferito «un potere generale di revisione del contratto, potere che sarebbe in contrasto con il principio fondamentale dell'immodificabilità e dell'obbligatorietà del contratto stesso» (più di recente, Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Foro it.*, 2016, I, c. 151 ss., con nota di R. PARDOLESI e con nota di E. SCODITTI, *Lo squilibrio contrattuale dalla fattispecie all'autoregolamento*, ivi, c. 2505 ss.; v. anche M. LAMICELA, *Difetto di corrispettività e causa del contratto: le ragioni di una distinzione necessaria*, in *www.juscivile.it*, 2016, 9, p. 335 ss.; R. SENIGAGLIA, *Per un'ermeneutica del concetto di causa: solidarietà "orizzontale" e contratto*, ivi, 6, p. 507 ss.). Tuttavia, occorre chiarire che il potere correttivo del giudice è "generale" con riguardo non già a un generalizzato intervento giudiziale sul contenuto di tutti i contratti (ciò che equivarrebbe alla sostanziale abrogazione della libertà contrattuale), bensì alla funzione correttiva dei contratti (non episodicamente ma socialmente) iniqui, connotati da abusi, squilibri e discriminazioni intollerabili in uno Stato sociale di diritto (in tal senso, M. PENNASILICO, *"Ménage à trois"*, cit., p. 196 s.). In realtà, qualora sussistano i presupposti per una contrattazione corretta e difetti l'asimmetria di potere tra i contraenti, «il gioco di forza per conseguire un regolamento di interessi il più possibile a sé vantaggioso, anche se sfavorevole per la controparte, è esercizio, e non certo abuso, dell'autonomia privata» (così, E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2006, p. 411 ss., spec. p. 416). Viceversa, qualora manchi una sostanziale parità nell'esercizio dell'autonomia negoziale, l'ordinamento «non può limitarsi ad assistere ad un gioco sbilanciato, ma deve entrare nel merito del regolamento di interessi per valutare se la maggiore forza contrattuale sia stata eventualmente utilizzata in maniera scorretta, onde imporre un regolamento di interessi gravemente svantaggioso per la controparte» (ivi, p. 417).

38. A commento della disposizione cfr. R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Riv. dir. alim.*, 4/2012, p. 1 ss., poi in F. ALBISINNI, M. GIUFFRIDA, R. SAJJA e A. TOMMASINI (a cura di), *I contratti del mercato agroalimentare*, Napoli, 2013, p. 119 ss., spec. p. 130 ss.; F. BARTOLINI e A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 641 ss.; A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, in *Riv. dir. alim.*, 1/2013, p. 56 ss.; M. IMBRENDA, *La nuova disciplina dei contratti del mercato agroalimentare*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 125 ss., spec. p. 144 ss.; EAD., *Le relazioni contrattuali*, cit., p. 95 ss.

39. Così, P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, cit., p. 335. In realtà, è contrario al principio di ragionevolezza che regole volte a prevenire e reprimere condizioni contrattuali «ingiustificatamente gravose» (art. 62, comma 2, lett. a, d.l. 1/2012), ossia contegni espressivi dell'abuso di posizione dominante o di dipendenza economica e, più in generale, condotte commerciali sleali, siano suscettibili di applicazione ai soli rapporti tra imprenditori agroalimentari e non anche alle relazioni commerciali di diverso contenuto. In tal senso, M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 91 ss., spec. p. 93, secondo il quale la via dell'interpretazione estensiva o dell'applicazione analogica potrebbe schiudere nuovi orizzonti all'art. 62, «apparendo difficilmente accettabile sotto il profilo della ragionevolezza che condotte commerciali sleali siano vietate a talune imprese, e consentite ad altre» (ivi, p. 103); v. anche M. LAMICELA, *Correttezza e leale cooperazione tra contraenti in alcune norme di recente adozione. Spunti per una chiave di lettura dell'attuale evoluzione del diritto dei contratti*, in *www.juscivile.it*, 2016, 4, p. 233 ss., spec. p. 264 ss.

modo espresso e congiunto, i principi di proporzionalità e di reciproca corrispettività, così discostandosi definitivamente dalla tradizione codicistica, pervasa dal dogma dell'intangibilità dell'autonomia contrattuale e dalla conseguente indifferenza verso l'equilibrio tra le prestazioni negoziali⁴⁰.

È appena il caso di notare che questo processo evolutivo è stato promosso non soltanto da fonti normative nazionali, europee e internazionali⁴¹, ma anche da interventi giurisprudenziali, sempre più numerosi e pregnanti, tra i quali il rivoluzionario orientamento della Corte di Cassazione italiana, ormai consolidato, che giustifica la riduzione giudiziale d'ufficio della penale eccessiva, come intervento correttivo nella "cittadella" dell'autonomia contrattuale, in applicazione del combinato disposto della clausola generale di buona fede e del principio di proporzionalità⁴².

Lo stesso codice del consumo, nel riconoscere ai consumatori e agli utenti come fondamentali i diritti «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali» (art. 2, comma 2, lett. e, d.lg. 206/2005), sembra legittimare l'ampliamento delle prerogative del giudice, giungendo ad attribuirgli il potere di adottare misure idonee a correggere il contenuto di un contratto concluso in violazione di tali principi⁴³.

40. In questi termini, M. PENNASILICO, *Contratto del consumatore e interpretazione*, cit., p. 1045; ID., "Ménage à trois", cit., p. 207; v. anche G. RISPOLI, *Equità integrativa e potere correttivo del giudice*, nota a Trib. Prato, 9 ottobre 2012, in *Corr. merito*, 2013, p. 29 ss., spec. p. 33. Riconosce, con riguardo ai contratti di assicurazione, che tra le prestazioni reciproche «debba esistere e permanere un costante equilibrio sinallagmatico, onde l'interpretazione delle singole clausole contrattuali non meno che la valutazione - anche presuntiva - del complessivo tessuto negoziale deve rispondere a tale criterio, integrato da quello, di carattere generale, della buona fede», Cass., 30 aprile 2010, n. 10596, in *Danno resp.*, 2011, p. 515, con nota di S. LANDINI, *Equilibrio economico del contratto e interpretazione*. In realtà, l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali, come avvertiva già Emilio Betti, «costituisce l'ideale di una sana circolazione dei beni, di una feconda cooperazione delle autonomie e delle attività individuali» (E. BETTI, *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale. Fasi di elaborazione e mete da raggiungere*, in *RIL*, 74, 1940-1941, p. 301 ss., spec. p. 337; v. anche la Relazione al codice civile, § 656). Ideale, questo, condiviso dalla dottrina latino-americana, là dove si osserva che nel contratto «aparecen las exigencias de la justicia conmutativa que reclama la equivalencia de las controprestaciones»: R.L. VIGO, *Interpretación jurídica de los contratos civiles*, (1985), in ID., *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires-Santa Fe, 2006, p. 145 ss., spec. p. 158. Se così è, l'art. 62, comma 1, d.l. 1/2012 è norma destinata a garantire - nel settore di riferimento e, più in generale, nelle relazioni commerciali tra imprenditori - il corretto esercizio dell'autonomia contrattuale, e non certo a fissare «principi ostativi come mai prima d'ora all'esercizio dell'autonomia privata», come paventa R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI, *I contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 113 ss., spec. p. 120.

41. Sui fondamenti normativi del potere correttivo del giudice, si veda M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., spec. p. 56 ss., nota 70, e p. 353 ss.; ID., "Ménage à trois", cit., p. 179 ss., spec. p. 200 ss.

42. Si allude a Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Contratti*, 2000, p. 118 ss., con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, che considera l'art. 1384 c.c. norma imperativa ed espressione di un principio di proporzionalità di rilevanza costituzionale; tra le altre, Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Danno resp.*, 2006, p. 411 ss., con note di C. MEDICI, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali*, e di A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*.

43. In tal senso, G. VETTORI, *Art. 2*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato*

3. L'ipotesi del "terzo contratto" e l'applicabilità generale della legge sull'abuso di dipendenza economica.

Le considerazioni appena svolte, anche con riguardo al contratto dei consumatori, e che già incidono pesantemente sul tradizionale modo di intendere la categoria del contratto⁴⁴, tendono a estendersi, com'è noto, a una figura "nuova", il c.d. terzo contratto⁴⁵, non connotato all'origine da una differenza qualitativa tra i contraenti, entrambi imprenditori, uno dei quali dotato tuttavia di maggiore potere rispetto all'altro e, quindi, anche della forza di abusarne⁴⁶.

Non è questa la sede per un'analisi degli indici normativi riferibili a tale figura, tra cui mi limito a ricordare il notissimo art. 9 l. 192/1998, che sanziona l'abuso di dipendenza economica nei confronti di un'impresa cliente o fornitrice⁴⁷, ormai pacificamente considerato dalla giurisprudenza di applicazione generale nei rapporti tra imprenditori⁴⁸. Il

con la dottrina e la giurisprudenza, Napoli, 2009, p. 14, nonché ID., *Art. 39*, ivi, p. 223 s., con riferimento all'art. 140, comma 1, c. cons.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 160 s.; cfr. anche C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 174 ss.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 392 ss.

44. Si veda, anche per ulteriori indicazioni, M. PENNASILICO, *Art. 1321*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3^a ed., IV, 1, Napoli, 2010, p. 353 ss.

45. La problematica del «terzo contratto», a ben riflettere, appare «tutt'altro che nuova: essa rappresenta l'epifania in un particolare ambito del più generale problema posto dall'individuazione del rimedio da utilizzare per fronteggiare l'ingiustizia contrattuale». Così, A. GIANOLA, *Autonomia privata privata e terzo contratto*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, p. 131 ss., spec. p. 138.

46. Per il dibattito sulla figura, si rinvia a G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008; A. GIANOLA, *Terzo contratto*, in *Dig. disc. prin., sez. civ.*, Agg., IV, Torino-Milano, 2009, p. 582 ss.; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016, p. 116 ss.; in senso critico, rilevando la valenza meramente descrittiva della pretesa categoria del «terzo contratto», P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2007, p. 329 ss.; P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *o.c.*, p. 265 ss.; V. ROPPO, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il "terzo contratto")?*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, p. 207 ss.; E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *Contr.*, 2009, p. 493 ss.; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 125 ss.; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 370 ss., spec. p. 387 s.; A. GENTILI, *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, Atti del Convegno di Verona, 16 e 17 settembre 2011, Roma, 2012, p. 83 ss.; M.M. PARINI, *«Forza contrattuale» e rapporti tra imprese*, Roma, 2013, p. 191 ss.

47. Più in generale, è interessante notare che la lotta all'abuso di posizioni dominanti, in nome della libertà di concorrenza, è l'obiettivo dichiarato dell'art. 61, § 1, della Costituzione peruviana.

48. All'origine di tale orientamento, Trib. Roma, ord., 27 ottobre 2003, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 856 ss., con nota di C. CREA, *Concessione di vendita e dinamiche concorrenziali*; Trib. Taranto, ord., 22 dicembre 2003, ivi, 2005, p. 259 ss., con nota di L. TRIGLIONE, *L'abuso di dipendenza economica nella recente giurisprudenza di merito*. Anche la dottrina prevalente considera l'art. 9 come «regola aperta»: cfr., tra gli altri, F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 665 ss., spec. pp. 684 e 702; E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Convegno di Studio Siena, 22-24 settembre

criterio valutativo dell'abuso è, ancora una volta, l'«eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi», dunque un *minus* intollerabile al principio cardine della proporzionalità, dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali, sí che l'art. 9 finisce per diventare una regola generale, destinata a sanzionare qualsiasi condotta costituente un abuso di dipendenza economica, prescindendo dall'operare di meccanismi concorrenziali⁴⁹.

È facile intendere come una prospettiva del genere «apra sconfinati spazi ad un intervento giurisprudenziale che non si senta condizionato dai vecchi paradigmi concettuali»⁵⁰. Tant'è, che la Suprema Corte, decidendo su un rapporto contrattuale tra imprenditori, che prevedeva, a vantaggio di uno solo di essi, il recesso *ad nutum*, ha ammesso il controllo giudiziale sull'esercizio abusivo del recesso, fondando la propria decisione sulla clausola generale di buona fede, che, nelle parole dei giudici di legittimità, «serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione»⁵¹.

Non appena si riconosca, come oggi appare ineluttabile, che la tensione verso la giustizia dello scambio è ormai indice di un generale orientamento dell'esperienza giuridica contemporanea⁵², «finiscono per saltare molti dei nostri tradizionali schemi classificatori»⁵³. Il contratto, infatti, «non può piú ridursi né ad un puro atto di volontà né a risultato di una tecnica di composizione di interessi realizzata secondo logiche di segno mercan-

2004, Milano, 2006, p. 520 ss.

49. In questi termini, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 162; v. anche A. SPANGARO, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014, p. 10 ss., la quale, in virtù della forza espansiva assunta dalle norme che sanzionano squilibri e abusi negoziali, ipotizza l'operatività di un vero e proprio principio *riequilibrativo*.

50. Così, ancora, N. LIPARI, o.l.u.c.

51. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss., spec. c. 87, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*. La sentenza s'inscrive, a pieno titolo, «nella tendenza della Suprema Corte a valorizzare il controllo giudiziale sugli atti di autonomia privata attraverso la norma generale sulla buona fede nell'esecuzione del contratto, che la Cassazione ritiene di collocare e razionalizzare nel sistema alla luce della teoria dell'abuso». Così, F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss., spec. p. 1581; v. anche, a commento favorevole, E. GIORGINI, *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 585 ss.; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 311 ss.; su posizioni critiche: G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (Verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss. L'esplicito riconoscimento, da parte della giurisprudenza, del divieto di abuso come generale criterio di condotta e l'ampia applicazione che di tale principio viene fatta costituiscono «la piú tangibile dimostrazione del rilievo sistematico ed operativo assunto dalla funzione correttiva» del contenuto contrattuale, assolta dalla clausola di buona fede: così, G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 245; similmente, F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 154.

52. V., *supra*, § 2.

53. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 166.

tile»⁵⁴. Il diritto privato, in realtà, «riposa su una formula che ha rilevanza pubblicistica: è l'ordinamento che seleziona gli interessi meritevoli di tutela, non il titolare. La *lex mercatoria* e l'ansia di lucrosi affari non hanno riconoscimento giuridico se non corrispondono a interessi ed esigenze meritevoli di tutela»⁵⁵.

4. L'incidenza sulla categoria contrattuale dell'interesse ambientale: il nuovo paradigma del "contratto ecologico" come fonte di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili.

L'indissolubilità del diritto privato e del diritto pubblico⁵⁶ induce a chiedersi quale sia l'incidenza sulla categoria contrattuale dell'interesse pubblico⁵⁷ e, in particolare, dell'interesse ambientale, ossia dell'uso razionale e responsabile delle risorse naturali, in attuazione del principio dello sviluppo sostenibile, che implica un giudizio di valore sull'attività economica, considerata apprezzabile soltanto se rispetti l'ambiente e le esigenze anche delle generazioni future⁵⁸.

54. Così, ancora, N. LIPARI, *o.n.c.*, p. 164.

55. M. COSTANTINO, *Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee – I Parte*, in *Trusts*, 2003, p. 15 ss., spec. p. 22.

56. Il diritto privato – osserva nitidamente G. FURGUELE, *Notazioni sull'insopprimibile nesso fra diritto e interpretazione (a proposito di Ángel M. López y López, Las ensoñaciones del jurista solitario, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2005)*, in *Quad. fiorentini*, 39, 2010, p. 781 ss., spec. p. 786 s. - «è inammissibile senza diritto pubblico e, al tempo stesso, il diritto pubblico è inammissibile senza un concetto o, in senso lato, un'idea del soggetto privato. Alcuni sfuggono alla considerazione della profonda unità del sistema e proclamano la priorità, o indifferenza, del diritto privato rispetto al diritto pubblico. Il che equivale ad un'inconfessata sacralizzazione di ciò che appartiene al singolo o, altresì, all'omissione del rilievo del profilo sociale il quale, viceversa, è decisivo per il contenuto di ciascun diritto riconoscibile a vantaggio dell'individuo».

57. Cfr. P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, (1986), in *Id.*, *Il diritto dei contratti*, cit., p. 55 ss.; per la concezione del diritto civile come diritto comune, nei limiti della compatibilità, a operatori pubblici e privati, si veda V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. cin. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 18 ss. e *passim*; M. PENNASILICO, *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *Contratti*, 2014, p. 187 ss.; *Id.*, *Sull'interpretazione dei contratti pubblici*, in N. CORBO, M. NUZZO e F. RICCI (a cura di), *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti in onore del prof. L.V. Moscarini*, II, Roma, 2016, p. 799 ss., ove ulteriore bibliografia.

58. Sul principio italo-europeo dello sviluppo sostenibile (artt. 11 Tratt. FUE, 37 Carta dir. UE e 3 *quater* d.lg. 152/2006, c.d. codice dell'ambiente, d'ora in poi c.a.) e sull'integrazione dell'interesse ambientale nelle dinamiche contrattuali, v. M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 753 ss.; *Id.*, *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., p. 249 ss.; *Id.*, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale*, cit., p. 473 ss.; *Id.*, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 287 ss.; A. JANNARELLI, *Principi ambientali e conformazione dell'autonomia negoziale: considerazioni generali*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 19 ss.; S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, *ivi*, p. 343 ss. (e già in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 611 ss.). Più in generale, per l'incidenza dell'interesse ambientale sugli istituti e le categorie tradizionali del diritto civile, al punto da imporne una profonda revisione concettuale, M. PENNASILICO, *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, in *Id.* (a cura di), *Manuale*, cit., p. 34 ss.; nega, invece, ogni esigenza di "riconcettualizzazione" della categoria contrattuale, S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. cin. comm.*, 2016, II, p. 337 ss. (da cui si cita), e in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 367 ss.

È un tema, questo, che ha assunto una progressiva centralità nell'evoluzione europea e nord-americana dello statuto della contrattazione pubblica, in particolare con riguardo ai così detti "appalti verdi", volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali nella materia contrattuale⁵⁹, a maggior ragione se l'inserimento di clausole ambientali nel contratto sia non già facoltativo ma obbligatorio, come prevede la legislazione italiana più recente⁶⁰, e se la forza espansiva del principio dello sviluppo sostenibile consenta di estendere l'applicabilità dei criteri ambientali anche agli appalti privati⁶¹.

59. Tali appalti, nel coniugare le esigenze della produzione con la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, favoriscono una gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti e delle opere pubbliche e rappresentano un modo di attuazione degli obiettivi dello sviluppo sostenibile. Il soggetto pubblico, nell'osservanza del principio di proporzionalità, combina l'esercizio del proprio potere discrezionale e le scelte di mercato, inserendo tra i criteri di aggiudicazione "clausole verdi", volte a privilegiare concorrenti in grado di offrire prodotti e servizi eco-efficienti. Tuttavia, la prassi degli appalti verdi potrebbe porre delicati problemi di bilanciamento tra l'esigenza di protezione ambientale e gli obiettivi di tutela della concorrenza, con particolare riguardo ai corollari della parità di trattamento e del divieto di discriminazione. Nella letteratura più recente si veda, anche per ulteriori riferimenti, B. FENNI, *Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, (2014), in *www.ambientediritto.it*; G. FIDONE, *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. amb. Dell'Anno e Picozza*, III, *Tutele parallele. Norme processuali*, Padova, 2015, p. 1069 ss.; ID., *Il Green Public Procurement nel diritto comunitario con particolare riferimento alle nuove direttive appalti e concessioni*, in G.F. CARTEI e M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, p. 223 ss.; M. PENNASILICO, *Contratto e promozione*, cit., p. 253 ss.; ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 296 ss.; S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 355 ss.; F. DI GIOVANNI, *"Appalti verdi" e responsabilità sociale dell'impresa*, in M. PENNASILICO (a cura di), *o.n.c.*, p. 61 ss.; C. VIVANI, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. app.*, 2016, p. 993 ss.

60. In effetti, il passo decisivo, a voler prendere sul serio l'uso responsabile delle risorse naturali in materia contrattuale, è proprio quello dell'integrazione degli interessi ambientali nella contrattazione pubblica mediante "clausole verdi" obbligatorie: *dalla facoltatività all'obbligatorietà* potrebbe dirsi per cogliere in sintesi un percorso che, dopo aver segnato alcune tappe rilevanti nella disciplina europea (v. l'art. 5, § 3, della direttiva 2009/33/CE, sulla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto stradale) e nella legislazione interna speciale, regionale e locale, trova finalmente compimento in sede di legislazione generale (su tale evoluzione, v. M. PENNASILICO, *Contratto e promozione*, cit., p. 261 ss., e ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 296 ss.). Il d. lg. 102/2014 riconosce espressamente tale obbligatorietà (art. 6), al fine di sviluppare l'efficienza energetica, mentre la l. 221/2015, sulla *green economy* e il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali (c.d. collegato ambientale alla legge di stabilità 2014), ha reso obbligatoria, tramite l'introduzione degli artt. 64, comma 4 *bis*, e 68 *bis* nel vecchio codice dei contratti pubblici (d. lg. 163/2006), l'applicazione di «criteri ambientali minimi». Obbligatorietà poi definitivamente confermata dal nuovo codice appalti (artt. 34 e 71 d.lg. 50/2016). Tuttavia, in conflitto con tale indicazione si colloca il d.lg. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), là dove prescrive che, nell'ipotesi di costituzione di società a partecipazione mista pubblico-privata, i criteri di aggiudicazione «possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione» (art. 17, comma 2; corsivo aggiunto).

61. In tal senso, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 766, ove si propone di superare la definizione comune di «appalto pubblico verde» (*Green Public Procurement*), che potrebbe essere ampliata e sostituita da quella di «appalto sostenibile» (*Sustainable Procurement*); più ampiamente, ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 304 ss.; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Il diritto a tutela dell'ambiente*, Atti del Convegno dell'Unione Nazionale Camere Civili, Roma, 17 marzo 2017, in corso di stampa.

Occorre, dunque, chiedersi se non siano maturi i tempi per accreditare un nuovo paradigma contrattuale, il *contratto ecologico*⁶², che sembra avere in comune con i contratti dei consumatori e con i contratti tra imprenditori l'asimmetria informativa e la conseguente necessità di riequilibrare posizioni negoziali dispari.

In effetti, se è vero che un rilevante ostacolo alla gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti pubblici è nel *deficit* informativo, che non consente alle stazioni appaltanti di orientare opportunamente le proprie preferenze⁶³, non può sfuggire che tale *deficit* fa parte di una più generale e *fisiologica* asimmetria informativa della pubblica amministrazione nei confronti del contraente privato⁶⁴, che aumenta in proporzione alla complessità dell'appalto e suggerisce l'uso di procedure di aggiudicazione flessibili, come il dialogo competitivo (art. 64 c. app.), volte ad accrescere l'informazione dell'ente pubblico⁶⁵.

Si tratterebbe, dunque, indulgendo ancora alla discutibile tendenza ad aggettivare le stagioni del contratto secondo indicazioni numeriche, di un "quarto contratto" o, forse, di un "quinto contratto"⁶⁶, qualora si ipotizzi, come "quarto contratto", lo schema di un contratto asimmetrico «al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica»⁶⁷.

Del resto, la comunicazione della Commissione CE, COM(2008), 400, «Appalti pubblici per un ambiente migliore», riconosce alla *GPP* la funzione di «stimolare l'applicazione di norme verdi negli appalti privati» (p. 3). I criteri adoperati per individuare e promuovere merci «più verdi» presuppongono, nelle parole della Commissione, «un approccio basato sul ciclo di vita e comprendono elementi che riguardano tutta la catena di approvvigionamento, dall'utilizzo di materie prime e metodi di produzione ai tipi di imballaggio utilizzati e al rispetto di talune condizioni di ritiro. Tali criteri possono applicarsi anche agli appalti privati. Gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono incoraggiati a rafforzare il collegamento fra settore pubblico e privato in materia di acquisti verdi» (p. 12). Per un rilevante esempio di tale collegamento, si veda il *Mayor of London's Green Procurement Code* (Codice del sindaco di Londra sugli appalti verdi) all'indirizzo www.greenprocurementcode.co.uk/.

62. È la proposta già avanzata in M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 767 s.; ID., *Contratto e promozione*, cit., p. 268 ss.

63. Cfr. Commissione CE, COM(2001) 274, «Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici», p. 8.

64. Sottolinea la persistente asimmetria e autoreferenzialità dell'attività amministrativa c.d. partecipata, L. FRANZESE, *Autoregolamentazione e sussidiarietà: oltre le aporie del nuovo procedimento amministrativo e della visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 272 ss.; registra, più in generale, «la perdita di centralità della figura del consumatore a favore di una disciplina dai confini più ampi rivolta ad un soggetto di mercato impegnato in una relazione asimmetrica, dipendente da fattori fisiologici e non dalla patologia dell'accordo», G. VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, in *Pers. merc.*, 2010, p. 215 ss., spec. p. 216; ID., *Oltre il consumatore*, ivi, p. 318 ss.; v. anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in www.juscivile.it, 2016, 5, p. 347 ss., spec. pp. 349 s., 353.

65. In tal senso, G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 819 ss., spec. p. 821; ID., *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile*, cit., pp. 1072 e 1124 s.; M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 766; ID., *Contratto e promozione*, cit., p. 267.

66. Così, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 767 s.

67. E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 317, la quale, peraltro, reputa preferibile «affidarsi non tanto ad una moltiplicazione di categorie isolate, quanto ad un approccio capace di declinare al plurale l'istituto del contratto, senza trascurare la dimensione generale del sistema e l'attitudine delle clausole generali ad aggregare e a conferire uno spirito coerente ed unitario alla molteplicità dei singoli sottosistemi» (ivi, p. 329). In argomento, v. anche M. PENNASILICO, *Contratto*

Comunque sia, il contratto ecologico si differenzia dai consueti paradigmi dei contratti dei consumatori e dei contratti tra imprese, perché l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto, enfatizzando tanto la convergenza degli interessi dei contraenti all'utilità ambientale, nonostante l'iniziale asimmetria informativa, quanto la doverosità dell'uso razionale delle risorse naturali a vantaggio anche delle generazioni future⁶⁸, al punto che il paradigma del contratto ecologico potrebbe atteggiarsi come contratto a protezione di terzi indeterminati⁶⁹. Qualificazione, questa, fondata sul principio di solidarietà costituzionale, che ha permesso di superare i confini della relatività del contratto e di giustificare la tutela dei terzi sui quali il contratto incide soltanto in via riflessa⁷⁰.

del consumatore e interpretazione, cit., p. 1046 s.

68. Similmente anche in M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia* (A proposito del libro di Nicola Lipari), in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1246 ss., spec. p. 1255.

69. Così, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 316. La protezione di terzi indeterminati solleva l'arduo problema di rivisitare la categoria della soggettività giuridica con riguardo ai diritti delle generazioni future. Sul punto, v. G. CORSO, *Categorie giuridiche e diritto delle generazioni future*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, (Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009), Soveria Mannelli, 2010, p. 9 ss.; per ulteriori indicazioni, v. M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale*, cit., p. 482 ss.

70. Si veda, in tal senso, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 124 ss.; ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 176 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Milano, 2006, pp. 443 ss., 583 ss.; L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, (1988), in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 25 ss., spec. p. 62 s.; scettici, invece, sulla solidità concettuale della categoria del contratto con effetti protettivi dei terzi, A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. prin.*, 2000, p. 1 ss., e M. MAGGIOLIO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 39 ss. Tuttavia, per la ragionevolezza dell'estensione degli obblighi protettivi ai terzi legati alla parte contrattuale "debole" dal medesimo rischio, v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 122 s., secondo il quale il principio di relatività degli effetti - «che non è portatore di un valore in sé, ma è, come l'autonomia negoziale, un principio tecnico al servizio di valori superiori» (p. 123) - soccombe rispetto all'esigenza di solidarietà sociale e alla clausola di buona fede contrattuale; sul piano comparatistico e per ulteriori indicazioni, v. anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 1 ss. In particolare, la dottrina brasiliana segnala l'emersione di un «novo conceito de contrato, não mais definido pela simples manifestação de vontade, mas por seu caráter de relação complexa solidária», sí che «contrato é a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros». Così, G.M.F.N. HIRONAKA, *Principiologia contrattual*, cit., p. 6, la quale enfatizza la proposta di formulazione di P. NALIN, *Do contrato. Conceito pós-moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*, 2^a ed., Curitiba, 2006. Del resto, è proprio il rapporto tra contratto e ambiente che consente di superare definitivamente il principio secondo il quale il contratto produce effetti soltanto tra le parti (art. 1372 c.c.). Se l'ambiente è «il necessario contesto entro il quale è possibile leggere il modo d'essere del soggetto anche nella sua dinamica negoziale, nessun rapporto contrattuale è pensabile entro l'ottica riduttiva di una pattuizione anelastica, perché questa va necessariamente letta (e, in ipotesi, ridimensionata) in funzione delle sue ricadute non solo sui soggetti contraenti, ma anche su tutti coloro che dai riflessi di quel contratto vengono incisi o anche soltanto sfiorati»: così, N. LIPARI, *Introduzione*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 15 ss., spec. p. 17. In realtà, se l'atto negoziale incide sull'ambiente inteso come "bene comune", «deve escludersi che gli effetti di quell'atto possano essere limitati alle parti contraenti e che solo ad esse possa essere riservata la tutela riferita ai suoi effetti» (ivi, p. 18).

L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale, seppure appena abbozzata in questa sede⁷¹, consente di cogliere, da un lato, che la funzione del contratto si evolve dalla tradizionale funzione di scambio o circolazione di beni individuali a quella di godimento e gestione condivisa di beni comuni⁷², sí che il contratto ecologico è uno strumento preordinato non tanto a scambiare utilità tra soggetti portatori di interessi antagonisti, quanto piuttosto a regolare il concorso di una pluralità di interessi necessariamente convergenti alla protezione dell'ambiente e delle generazioni future⁷³; dall'altro, che la nozione stessa di contratto (art. 1321 c.c. italiano e art. 1351 c.c. peruviano)⁷⁴ è insufficiente, se non integrata dai principi di solidarietà e di sostenibilità nell'uso responsabile delle risorse naturali, sí che il contratto oggi è fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali *sostenibili*⁷⁵.

Il nesso tra patrimonialità e sostenibilità testimonia la coesistenza, nella regola contrattuale, di interessi patrimoniali e interessi non patrimoniali (esistenziali, sociali e ambientali); coesistenza che, nel contratto ecologico, non è meramente eventuale (come

71. Per piú ampi e fondati svolgimenti, si rinvia a M. PENNASILICO, *Contratto e promozione*, cit., p. 249 ss.; ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale*, cit., p. 473 ss.; ID. (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit.; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit.

72. Cfr. A. NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 180 ss.; ID., *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, ivi, 2016, p. 418 ss., e in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 35 ss.

73. Così, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 302.

74. Quest'ultima disposizione, a somiglianza dell'art. 1321 c.c., così recita: «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial». Sottolinea «da enorme y determinante influencia que ha tenido el Código Civil italiano de 1942 respecto del Libro VII del Código Civil peruano de 1984, referente a Fuentes de las Obligaciones, y en forma especial, respecto de la Sección Primera que versa sobre los contratos en general», M. CASTILLO FREYRE, *Concepto y formación del contrato*, in MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Código Civil*, 16ª ed., Lima, 2015, p. 443 (consultabile in <http://spij.minjus.gob.pe>).

75. Così, ancora, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 768; ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale*, cit., p. 493; ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 302. Diversamente, ma in una logica di segno mercantile, che patrimonializza "a cascata" l'ambiente, sovrapponendo il mezzo (la valutazione di convenienza economica) al fine (la tutela ambientale), S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, cit., p. 337 ss. Le argomentazioni dell'A., volte a dimostrare che il "contratto ecologico", «se da un lato è percorso da un valore non patrimoniale che talora ne indirizza la funzione, dall'altro, col fatto di operarne una sussunzione incipiente, nella sostanza lo patrimonializza» (ivi, p. 343), sembrano contraddette dal confronto con il laboratorio del diritto europeo dei contratti, nel quale «il requisito della patrimonialità è ignorato del tutto» (U. BRECCIA, *Contratto e comune quadro europeo. Note introduttive*, in *Annuario del contratto 2009*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2010, p. 38, con riferimento all'art. II-1:101 del DCFR, a norma del quale il contratto è un accordo diretto a produrre un rapporto giuridico o qualche altro effetto). L'A. intravede, altresì, nel "contratto ecologico", inteso come fattispecie costitutiva di rapporti patrimoniali eco-sostenibili, «una (lodevole) provocazione argomentativa piú che l'avvio di una riconcettualizzazione categoriale» (ivi, p. 340), «un'espressione raffinata ma predicata di un valore soltanto descrittivo», che si presta, al piú, «ad un esercizio di *dépossistérage* delle categorie tradizionali» (ivi, p. 344). Condivide, invece, l'esigenza della «riconcettualizzazione delle categorie civilistiche», N. LIPARI, *Intorno ai «principi generali del diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 28 ss., spec. p. 31, nota 17 (ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 83 ss.; v. anche ID., *Introduzione*, cit., p. 17).

si desume dall'art. 1174 c.c.), ma è *necessaria e indissolubile*⁷⁶. Del resto, il codice italiano dell'ambiente (d. lg. 152/2006) stabilisce che la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali è un principio di azione, che deve conformare l'attività dei soggetti pubblici e privati (art. 3 *ter* c.a.), e che ogni attività umana, giuridicamente rilevante ai sensi del medesimo codice, «deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile» (art. 3-*quater*, comma 1, c.a.). L'interesse ambientale può, dunque, considerarsi oggi un *vincolo (o limite) interno* alle procedure tanto di affidamento dei contratti pubblici quanto di formazione di qualsiasi “contratto ecologico”, anche di diritto privato, purché fonte di rapporti patrimoniali ecosostenibili⁷⁷. Con una conseguenza fondamentale: la categoria del contratto, tradizionalmente ancorata al ruolo di accordo patrimoniale, «è ormai da concepire come un modello aperto, elastico, fisiologicamente funzionale alla realizzazione di interessi anche di natura non patrimoniale», compatibili con il pieno sviluppo della persona⁷⁸.

76. Cosí, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”*, cit., p. 303.

77. Cfr. M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 763; ID., *Contratto e promozione*, cit., p. 263; ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale*, cit., p. 477. L'incidenza dell'interesse ambientale sui rapporti civili trova eloquenti riscontri nel *Código de Proteção e Defesa do Consumidor* brasiliano del 1990 e nel nuovo *Código Civil y Comercial* argentino del 2014. Il primo dichiara abusiva, tra l'altro, la pubblicità che non rispetta i valori ambientali (art. 37, § 2) e nulle le clausole abusive che violano o favoriscono la violazione di norme ambientali (art. 51, n. XIV). Quanto al secondo, in conformità alla Costituzione del 1994, che regola principalmente agli artt. 41 e 43 i *derechos de incidencia colectiva*, l'art. 14 CCyC vieta l'esercizio abusivo dei diritti individuali quando possa danneggiare l'ambiente e, in generale, i diritti di incidenza collettiva; l'art. 240 CCyC, a sua volta, pone espressamente limiti di sostenibilità ambientale all'esercizio dei diritti individuali sui beni [sul punto, v. G. PEREZ PEJICIC, *Comentario al art. 240*, in M. HERRERA, G. CARAMELO e S. PICASSO (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, I, cit., p. 397 ss.]; l'art. 1094 CCyC, infine, stabilisce: «Le norme che regolano i rapporti di consumo devono essere applicate e interpretate in conformità con il principio di protezione del consumatore e di accesso al consumo sostenibile», inteso, quest'ultimo, come parte essenziale dello sviluppo sostenibile [chiarisce, al riguardo, R.S. STIGLITZ, *Comentario al art. 1094*, in M. HERRERA, G. CARAMELO e S. PICASSO (dir.), *o.c.*, III, p. 490: «La protección de los más altos intereses de la comunidad determina que sea hoy insoslayable exigir que toda actividad productiva o de comercialización de bienes y servicios respete las exigencias propias de la preservación de un medio ambiente sustentable, lo que exige que en la comercialización de productos de consumo se prevean los mecanismos necesarios para el reciclado o la disposición adecuada de los residuos que puedan generarse»]. In tal modo, il codice argentino si adegua al c.d. “paradigma ambientale”, che orienta l'armonizzazione del sistema giuridico con quello ambientale, come insegna R.L. LORENZETTI, *Teoría del derecho ambiental*, México, 2008, pp. IX ss., 1 ss. Il paradigma ambientale, che già incide sul codice del consumo italiano (v. artt. 6, lett. d, 30, comma 1, e 136, comma 3, d. lg. 206/2005), trova finalmente spazio anche nel nostro codice civile. L'ultimo comma dell'art. 1135, aggiunto dalla l. 220/2012, recante modifiche alla disciplina del condominio negli edifici, prevede che l'assemblea dei condòmini può autorizzare l'amministratore «a partecipare e collaborare a progetti, programmi e iniziative territoriali promossi dalle istituzioni locali o da soggetti privati qualificati, [...] al fine di favorire il recupero del patrimonio edilizio esistente, la vivibilità urbana, la sicurezza e la sostenibilità ambientale della zona in cui il condominio è ubicato». La norma è di particolare importanza perché introduce per la prima volta nel codice civile italiano un riferimento diretto alla sostenibilità ambientale e dunque indiretto all'ambiente, termine tuttora ignoto al codice del 1942.

78. Cosí, M. PENNASILICO, *Art. 1321*, cit., p. 359 s.

5. Le conseguenze ermeneutiche della revisione della categoria contrattuale: priorità dell'esigenza oggettiva di conservazione del contratto, indisponibilità e inderogabilità del criterio dell'interpretazione a favore del consumatore.

Occorre ora provare a cogliere le ricadute, sul piano dell'interpretazione contrattuale, del discorso sin qui svolto, osservando anzitutto che la profonda revisione in atto della tradizionale categoria contrattuale non sembra, a prima vista, trovare riscontro proprio nella disciplina ermeneutica più interessata all'asimmetria contrattuale, ossia quella attinente ai contratti del consumatore (art. 35, comma 2, c. cons.)⁷⁹; disciplina legata anzi da un nesso di continuità con l'antico criterio dell'*interpretatio contra proferentem*, già accolto nell'art. 1370 c.c.⁸⁰ (e più di recente nell'art. 1401 c.c. peruviano del 1984 e negli artt. 987 e 1095 CCyC argentino del 2014)⁸¹.

Ciò nonostante, anche se nessuna norma di derivazione sovranazionale ha formalmente modificato la disciplina organica contenuta negli artt. 1362 ss. c.c., basata su una (presunta) gerarchia di regole soggettive/primarie e oggettive/sussidiarie, coerente con la tradizionale concezione del contratto come accordo tra soggetti dotati di uguale forza negoziale, l'impianto codicistico dei criteri d'interpretazione contrattuale appare radicalmente intaccato dalla normativa europea a tutela del consumatore, che, presupponendo appunto la disparità negoziale, fornisce del contratto una chiave di lettura dissacratoria e molto più realistica⁸².

L'interpretazione dei contratti "non negoziati" e standardizzati valorizza non già il criterio soggettivo della «comune intenzione delle parti» (art. 1362 c.c.)⁸³, bensì parametri

79. Sull'*interpretatio contra stipulatorem* si veda, nella letteratura più recente e avveduta, S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone della Corte di Giustizia (aspettando le clause floor)*, in *Pers. merc.*, 2016, p. 41 ss., ed E. BATELLI, *Interpretatio contra proferentem e trasparenza contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 194 ss.

80. Suggestisce l'immagine della continuità tra la disposizione in parola e il diritto comune dei contratti, C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 947; sul punto, v. anche M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Rende-Napoli, 2004, p. 145 ss., spec. p. 150 ss.; ID., *Contratto del consumatore e interpretazione*, cit., p. 1048; C.I. JARAMILLO J., *Principios rectores y reglas*, cit., p. 592 ss.

81. In argomento, v. R. GUEVARA BRINGAS, *Comentario*, in *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, VII, Miraflores-Lima, 2003, p. 374 ss. (consultabile in <https://andrescusi.files.wordpress.com/>); J. LEYVA SAAVEDRA, *La regla de interpretación contra stipulatorem*, in *Rev. der. cien. pol.*, 2007, p. 198 ss.; C.A. SOTO COAGUILA, *Las reglas de interpretación de los contratos en el derecho peruano*, in ID. (coord.), *Teoría general de los contratos*, cit., p. 1151 ss., spec. p. 1183 ss.; R.S. STIGLITZ, *Comentario al art. 987*, in M. HERRERA, G. CARAMELO e S. PICASSO (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, III, cit., p. 380 ss.; ID., *Comentario al art. 1095*, ivi, p. 490 s. Segnala che «la regla de interpretación contra stipulatorem es aplicable como una derivación del principio de buena fe», F. OSTERLING PARODI, *Interpretación de la Ley y de los Contratos*, 2007, in www.osterlingfirm.com, p. 1 ss., spec. p. 6; similmente, G.A. CHANG HERNÁNDEZ, *La interpretación del contrato en el Derecho peruano*, in *Der. cambio soc.*, n. 13, 2008 (disponibile in www.derechocambiosocial.com); J. LEYVA SAAVEDRA, *Interpretación de los contratos*, in *Rev. der. cien. pol.*, 2008, p. 157 ss., spec. p. 187; R.S. STIGLITZ, *Comentario al art. 987*, cit., p. 381.

82. In tal senso, G. CHINÉ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2000, p. 652; M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., p. 151.

83. L'intenzione «comune» - avverte N. IRITI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, p. 25 s. - «è, non già accordo, ma scopo condiviso, che appartiene a tutti i contraenti [...]». L'intenzione comune non

oggettivi⁸⁴: basti pensare alla centralità della conservazione (degli effetti) del contratto a prescindere dalla ricostruzione dell'accordo, che emerge dalla regola dell'art. 36, comma 1, c. cons.⁸⁵; sí che non è possibile limitare a un uso eventuale e sussidiario il criterio d'interpretazione che piú risponde agli interessi del consumatore⁸⁶, ossia la norma contenuta, in funzione anch'essa conservativa, nell'art. 35, comma 2, c. cons.⁸⁷. Conclusione, questa, che trova conferma nella versione consolidata della Proposta di Regolamento UE relativo a un diritto comune europeo della vendita, del 26 febbraio 2014, il cui art. 61 *ter*, § 2, Tit. II, sancisce la indisponibilità e inderogabilità della regola dell'interpretazione a favore del consumatore.

6. La “decostruzione” del gradualismo dei criteri ermeneutici nei modelli del contratto tra imprese e del contratto ecologico.

Il c.d. “principio” del gradualismo (o della gerarchia) delle regole interpretative si rivela, in definitiva, uno pseudoprincipio destituito oggi di fondamento, nella sua schematica

designa identità di risultati, perseguiti dalle parti, ma ciò, che il risultato, atteso dall'una e necessariamente diverso dal risultato atteso dall'altra, è tuttavia condiviso da quest'ultima, e perciò comune ad ambedue». Per un catalogo della pluralità di significati ascritti al sintagma «comune intenzione delle parti» (fine comune, concorde intento pratico, scopo condiviso, comune intento reale, ecc.), pluralità che non pregiudica la sostanziale univocità del concetto, v. B. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 729, nota 28; incisive notazioni anche in G. FURGUELE, *L'interpretazione del contratto fra norma e argomento*, in *Il diritto civile oggi*, cit., p. 835 ss., spec. p. 840 s.

84. In questi termini, ancora, M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., p. 165 ss., l'opinione del quale è condivisa e sviluppata da A. GENOVESE, *Contratto standard e comune intenzione delle parti*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 1025 ss.; propende per il ricorso generalizzato, in materia, all'interpretazione oggettiva, anche L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 368 s.; nella letteratura latino-americana, L. MOISSET DE ESPANÉS e B. MOISÁ, *La interpretación de los contratos en la República Argentina*, in *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, diretto da C.A. Soto Coaguila, I, Lima, 2007, p. 325 ss.; diversamente, J. RODRÍGUEZ RUSSO, *La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo*, in *InDret*, 2013, p. 1 ss., spec. p. 11 ss. (disponibile in <https://ssrn.com/abstract=2352815>).

85. Cfr. L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002, pp. 269 e 287; similmente, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 232 s.; A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999, p. 222; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 190 ss., spec. p. 195 s.; ID., *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 58 s.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 302 ss.

86. Così, L. RUGGERI, *Fideiussione bancaria e tutela del consumatore: il problema dell'applicazione dell'art. 25 della l. 21 dicembre 1999, n. 526 ai rapporti in corso*, nota a Cass., 11 gennaio 2001, n. 314, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 656 ss., spec. p. 672; conf., P. MORLUPO, *Interpretazione «piú favorevole» al consumatore*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA e V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, Napoli, 2008, pp. 202 e 209.

87. La regola dell'art. 35, comma 2, c. cons. va temperata con il principio di conservazione, del quale finisce con l'essere, sul piano ermeneutico nonché sostanziale, nient'altro che una peculiare applicazione: in caso di “dubbio”, l'interpretazione piú favorevole al consumatore sarà comunque quella conservativa, o della singola clausola o del restante contratto. In tal senso, M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., spec. p. 165 ss.; ID., *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 725 ss., spec. p. 745 s. [poi in C.A. GRAZIANI (a cura di), *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 857 ss.]; ID., *Metodo e valori*, cit., pp. 318 ss., 322; ID., *Contratto del consumatore e interpretazione*, cit., pp. 1056 ss., 1060.

assolutezza e rigidità, dal nuovo diritto dei contratti⁸⁸. Conclusione, questa, confermata dagli altri modelli contrattuali ricordati, connotati da peculiari asimmetrie informative, quali il contratto tra imprese e il contratto ecologico⁸⁹, che richiedono un approccio ermeneutico oggettivo, diretto a ricostruire la corretta portata della regola contrattuale e a rimediare ai suoi eventuali squilibri.

Nel primo caso, si valorizzano la clausola generale di buona fede (art. 1366 c.c.) e la regola di conservazione (art. 1367 c.c.). La rilevanza della prima è d'immediata evidenza, se riferita alla responsabilità che grava sull'impresa dominante qualora abusi del proprio potere di mercato a danno di concorrenti e consumatori⁹⁰. La regola oggettiva di conservazione, a sua volta, svolge un ruolo chiave nell'interpretazione dei contratti d'impresa secondo concorrenza⁹¹: ogni qual volta siano possibili (almeno) due interpretazioni delle clausole contrattuali, una conforme ai principi che tutelano la concorrenza, l'altra contraria, occorrerà privilegiare la prima, poiché soltanto così sarà possibile assicurare la salvezza del contratto e dei suoi effetti⁹².

Nel secondo caso, le peculiarità del diritto degli appalti pubblici, pervaso dal dato oggettivo dell'interesse pubblico, al punto che l'intento soggettivo non sembra nemmeno configurabile con riguardo alla pubblica amministrazione⁹³, consentono di valorizzare,

88. Per una critica radicale al mistificante (pseudo)principio del gradualismo delle regole interpretative, v. M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, cit., p. 725 ss.; ID., *Metodo e valori*, cit., spec. pp. 229 ss., 302 ss., 359 ss.; ID., *Interpretazione e integrazione*, cit., p. 176 ss.; si veda anche V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, p. 65 ss.; M. D'AURIA, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milano, 2012, p. 171 ss.; B. MANFREDONIA, *Il principio del gradualismo nell'interpretazione dei contratti: finalmente oltre?*, in *Studi in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, in corso di stampa; S. PERSIA, *Interpretazione del contratto: dal superamento del «gradualismo» alla valorizzazione del profilo funzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, in corso di stampa.

89. Almeno nelle peculiari declinazioni della categoria costituite dagli appalti verdi e dai contratti di rendimento energetico (sui quali, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., pp. 296 ss., 312 ss.). Occorre, infatti, non disconoscere che il paradigma del contratto ecologico può svolgersi, in concreto, secondo una contrattazione autenticamente paritaria (nelle forme, ad es., del commercio c.d. "equo e solidale": v. ID., *o.u.c.*, pp. 310 s., 318 s.), senza cadere nell'errore di rappresentare il contratto ecologico esclusivamente come contratto dei consumatori, attenti a selezionare prodotti ecosostenibili e, dunque, bisognosi di protezione dalla pratica scorretta, sempre più diffusa tra i produttori, di usare dichiarazioni ambientali mistificatorie (c.d. *greenwashing*, cui pongono rimedio gli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lett. b, e 23 c. cons.: si veda, anche per ulteriori riferimenti, ID., *o.u.c.*, p. 307, e ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit.).

90. In tal senso, G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 71 ss., spec. p. 82. L'A. pone in evidenza l'incidenza del canone interpretativo dettato dall'art. 1366 c.c. anche con riguardo a intese (da interpretare, nel dubbio, nel senso meno gravoso per la concorrenza e per i consumatori) e concentrazioni (nelle quali la buona fede è determinante per valutare «la rispondenza degli impegni assunti dalle parti alle condizioni imposte dall'Autorità antitrust»: ivi, p. 83).

91. G. OLIVIERI, *o.c.*, p. 84.

92. G. OLIVIERI, *o.l.u.c.*; v. anche M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 234.

93. Cfr. M. PENNASILICO, *L'ermeneutica contrattuale*, cit., p. 193, e già ID., *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1052 ss., spec. p. 1070 s.

come criteri primari d'interpretazione ecologicamente conformata degli appalti "verdi", la buona fede oggettiva (art. 1366 c.c.), la conservazione degli effetti (art. 1367 c.c.) e l'interpretazione funzionale del contratto (art. 1369 c.c.): la buona fede impedisce all'impresa appaltatrice di abusare del proprio potere dominante a danno della stazione appaltante, dei concorrenti, dei consumatori e degli utenti; la conservazione, qualora si dubiti di due interpretazioni del testo contrattuale, una conforme ai principi che tutelano l'ambiente, l'altra contraria, induce a preferire la soluzione che preservi il contratto e i suoi effetti ecologici; l'interpretazione funzionale permette di risolvere la plurivocità del testo contrattuale nel senso più conveniente alla protezione dell'interesse ambientale o al miglioramento dell'efficienza energetica⁹⁴.

7. Il ruolo "superprimario" della buona fede, «punto di sutura» tra disciplina analitica e principi costituzionali, e l'interpretazione correttiva come interpretazione ragionevole del contratto.

L'approccio ermeneutico oggettivo, così delineato, sembra trovare una decisiva conferma proprio nel codice civile peruviano del 1984. La regola basilare contenuta nell'art. 168, intitolato appunto all'interpretazione oggettiva, dispone che l'atto giuridico «deve essere interpretato in conformità a quanto espresso in esso e secondo il principio di buona fede»⁹⁵. Non si può, dunque, prescindere dal quesito sulla portata attuale del canone di buona fede, che in verità lo stesso legislatore italiano del 1942 considerava non già un semplice «punto di sutura» tra i due momenti dell'interpretazione soggettiva e oggettiva, ma un criterio sovraordinato e inderogabile, «che li domina entrambi»⁹⁶.

94. In tal senso, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 300 s., ove ulteriori indicazioni.

95. Su tale regola d'interpretazione oggettiva, si veda, anche per ulteriori riferimenti, W. GUTIERREZ CAMACHO, *Comentario, in Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, I, cit., p. 716 ss.

96. Relazione al codice civile, § 622 [in argomento, v. A. CATAUDELLA, *L'art. 1366 ed il commento del Guardasigilli*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 373 ss., poi in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano, 1994, p. 135 ss.]. È questa la chiave di lettura per smentire, ancora una volta, il rigido (pseudo)principio di gerarchia o gradualismo delle regole ermeneutiche: la buona fede non è tanto norma d'interpretazione soggettiva o norma d'interpretazione oggettiva, quanto piuttosto è norma inderogabile che domina entrambi i gruppi di criteri ermeneutici. Così, M. PENNASILICO, *Buona fede e ragionevolezza nell'interpretazione dei contratti*, in *Fonti, metodo e interpretazione*, Atti del 1° Incontro di Studi ADP, Napoli, 10-11 novembre 2016, Napoli, 2017, in corso di stampa. Si osserva, nella letteratura di lingua spagnola, che «el principio general de buena fe domina todas las formas de la interpretación contractual, tornándolas imperativas, inclusive las de interpretación objetiva» (A. ARIZA, *Interpretación de los contratos*, Buenos Aires, 2005, p. 138, con riferimento all'opinione di J.B. JORDANO BAREA, *La interpretación de los contratos*, in *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, p. 309 ss., spec. p. 329). Conclusione, questa, che appare confermata dalla sistemazione del nuovo codice argentino, nonostante l'art. 1061 CCyC prescriba che il contratto «debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe». Il legislatore, infatti, non manca di estrapolare il solo criterio della buona fede dalla disciplina specifica dell'interpretazione contrattuale (artt. 1061-1068), per collocarlo in posizione sovraordinata tra le disposizioni generali del Titolo II del Libro III, dedicato ai contratti in generale. Considera la buona fede, come prevista dall'art. 961 CCyC, «el criterio rector que guía

Se si ha ben presente la gerarchia delle fonti dell'ordinamento italo-europeo, fondata sulla priorità dei valori personalistici e solidaristici⁹⁷, si potrà apprezzare come la buona fede interpretativa renda possibile procedere a una valutazione della regola contrattuale condotta proprio alla stregua di quei principi, correggendo se necessario il contenuto difforme⁹⁸. È questa la strada per dare un senso compiuto al ruolo superprimario della clausola: la disposizione dell'art. 1366 c.c. non è una mera cerniera tra i due gruppi di regole ermeneutiche, ma diventa una «norma-ponte» di raccordo della disciplina analitica «con i principi esprimenti i valori fondanti del sistema, e in particolare con i principi costituzionali»⁹⁹, che sono vincolanti per l'interprete¹⁰⁰ e consentono «la

la interpretación de las disposiciones contractuales», G. CAMELO, *Comentario al art. 961*, in M. HERRERA, G. CAMELO e S. PICASSO (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, III, cit., p. 341.

97. Ampia dimostrazione della primazia dei valori personalistici e solidaristici in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. p. 433 ss. e *passim*; v. anche C.M. BIANCA, *Il diritto privato e la sfida sociale*, in *Iustitia*, 1980, p. 216 ss.; C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 655 ss., spec. p. 683 ss.; N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, spec. p. 26 ss. Nella letteratura di lingua spagnola considera la solidarietà uno «strumento de justicia para evitar consecuencias funestas tanto para los contratantes como para la colectividad», J. BENÍTEZ CAORCI, *Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato*, Madrid, 2013, p. 139.

98. In tal senso, M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 353 ss.; ID., «*Ménage à trois*», cit., p. 179 ss.; v. anche, *supra*, §§ 1 e 2.

99. F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537 ss., spec. pp. 548 e 556; e già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, (1969), rist. integrata, Milano, 2004, p. 150 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1991, spec. pp. 14 s., 213 s. La buona fede diviene, così, «il punto di sutura tra disciplina civilistica analitica e valori costituzionali»: G. MERUZZI, *L'Exceptio doli*, cit., p. 219; v. anche G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in F. TESCIONE e R. SICLARI (a cura di), *Conoscenza e diritto. L'informazione tra responsabilità e autoreponsabilità*, Atti del Convegno del 4-5 ottobre 2002, S. Trada (Reggio Calabria), Napoli, 2008, spec. p. 116; O. CLARIZIA, *Clausola generale di buona fede e principi costituzionali*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA, *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, p. 291 ss., spec. p. 297 s.; M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale*, cit., p. 262 s.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi*, cit., p. 130. In tal senso, se la Costituzione, «in quanto elemento costitutivo dell'ordinamento [...], non può non incidere sul contratto», può convenirsi che «è inconcepibile una ermeneutica contrattuale che prescindere dalla buona fede» (M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, pp. 230 e 246).

100. Cfr. V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 293 ss.; in questa direzione, già S. RODOTÀ, *o.n.c.*, p. 150 ss.; P. PERLINGIERI, *Appunti di "Teoria dell'interpretazione"*, Camerino, 1970, pp. 53 e 80. Se è vero che il connubio tra buona fede interpretativa e principi costituzionali ha favorito l'affermarsi dell'applicazione diretta delle norme costituzionali nei rapporti intersoggettivi di diritto privato, non sembra altrettanto plausibile che il riconoscimento della *Drittwirkung* renda superflua la concezione della clausola generale di buona fede come porta d'ingresso dei principi costituzionali nella regolazione dei rapporti civili (così, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 151 ss., spec. p. 162 ss.). Si disconosce, in tal modo, che l'applicazione diretta dei principi in materia contrattuale è pur sempre frutto dell'interpretazione secondo buona fede, che individua la disciplina da applicare al caso concreto, combinando e collegando disposizioni, le più varie quanto a rango e provenienza, per selezionare la soluzione più congrua e ragionevole, nel rispetto e nel bilanciamento degli interessi e dei valori normativi coinvolti. La norma costituzionale diviene, mediante la tecnica del «combinato disposto», parte integrante della stessa disciplina destinata a regolare il concreto rapporto (cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 543 s.), come pone in evidenza la Corte costituzionale nelle due ordinanze già citate

formazione di una norma contrattuale adeguata alle finalità d'ordine sociale perseguite dall'ordinamento»¹⁰¹.

Può, dunque, convenirsi¹⁰² che tanto la disciplina dei contratti del consumatore quanto la legge n. 192 del 1998, che vieta l'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese, confermino l'idoneità della clausola di buona fede a consentire un controllo sostanziale sul contratto e un giudizio sulla meritevolezza in concreto del c.d. potere normativo dell'imprenditore forte, sì da conferire a tale potere un significato rispondente ai principi costituzionali di solidarietà e uguaglianza¹⁰³. Un'accezione "forte" della buona fede, che conforma la regola negoziale ai valori costituzionali e segna un «mutamento di paradigma» nel diritto dei contratti basato sulla giustizia sostanziale¹⁰⁴.

in nota 33. L'orientamento della Consulta segna un evidente potenziamento del ruolo dei principi costituzionali nella disciplina del contratto e costituisce «un monito preciso per il giudice al diretto utilizzo dei principi e all'uso di un'interpretazione adeguatrice» (G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 101; ID., *Il contratto europeo*, cit., p. 20; v. anche E. SCODITTI, *L'interpretazione adeguatrice presa sul serio: due ordinanze della Corte costituzionale sulla caparra confirmatoria*, editoriale del 26 settembre 2014, in *giustiziacivile.com*, 7/2014, p. 1 ss.); sì che sarà proprio la norma costituzionale ad essere attuata e applicata nel caso concreto unitamente alla norma di settore della quale la prima è parametro di giustificazione. La sinergia delle norme in combinazione fa in modo che, «per un verso la disposizione ordinaria si completi e si definisca, in senso evolutivo attraverso l'introduzione di valori costituzionali nel suo nucleo precettivo e, per altro verso e reciprocamente, quei "valori", attraverso il presidio della sanzione offerta dalla norma codicistica, passino dallo stadio del valore enunciato a quello del valore attuato» (M.R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 3 ss., spec. p. 5; nel medesimo senso, N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 865 ss., spec. p. 872; ID., *Diritto e valori sociali*, cit., p. 54; diversamente, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 37 ss., 47 ss.).

101. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 152. Tuttavia, un'autorevole dottrina sottopone l'accezione "forte" di buona fede, intesa come adeguamento o conformazione della regola negoziale ai valori costituzionali, a un limite stringente, ossia che l'interpretazione rimanga all'interno dei possibili significati del testo (A. GENTILI, *Senso e consenso*, II, cit., p. 581 ss.; v. già M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 34 s.; «prudente circospezione» verso la conformazione giudiziale esprime A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007, spec. pp. 31 ss., 79 ss., 203 ss.); sì che, si osserva, «per difendere i contraenti deboli, combattere gli scambi iniqui, assicurare la giustizia, non c'è bisogno di far mentire i contratti: basta invalidarli» (A. GENTILI, *o.u.c.*, p. 583). Da qui l'ammonimento a non confondere interpretazione, integrazione e invalidazione: «le correzioni additive si fanno solo con l'integrazione, le ablativo solo con l'invalidazione» (ivi, p. 582; ma, in senso critico, si veda, *infra*, nel testo).

102. In sintonia con F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639 ss.; per ulteriori sviluppi, ID., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; ID., *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, in R. FAVALE e B. MARUCCI (a cura di), *Studi in memoria di V.E. Cantelmo*, II, Napoli, 2003, p. 569 ss.; ID., *A proposito di un recente contributo in tema di obbligazioni*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, in corso di stampa.

103. In questa direzione, A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, cit., pp. 174 ss., 195 s., 225 s.; F. SCAGLIONE, *La tutela civile del mercato concorrenziale*, in A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 170; M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 328 s.; in giurisprudenza, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit., c. 91.

104. È l'ipotesi formulata, sia pure con scetticismo, da A. GENTILI, *Un nuovo paradigma nel diritto dei contratti?*

Non si tema, peraltro, che il richiamo a dimensioni assiologiche (o, in senso dete-
riore, a «stampelle costituzionali») ¹⁰⁵ possa stravolgere l'essenza del contratto, fintanto
che la buona fede rimarrà circoscritta all'interno dei corretti confini segnati dalla pro-
porzionalità, che limita opportunamente la discrezionalità dell'intervento giudiziale ¹⁰⁶,

L'uso alternativo della buona fede e dell'abuso del diritto, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 73 ss. Di autentica «rivoluzione dogmatica» parla J. MARTINS-COSTA, *A Boa Fé no Direito Privado. Sistema e típica no processo obrigacional*, São Paulo, 1999, spec. p. 27 (v. anche EAD., *A Boa Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*, São Paulo, 2015, spec. p. 567 ss.); di «nuovo paradigma» o «nuovo ordine» contrattuale discorre C.I. JARAMILLO J., *Principios rectores y reglas*, cit., spec. pp. 85, 89 s., 439 s. e *passim*, con riguardo alle «moderne regole di interpretazione contrattuale», scaturite dal diritto dei contratti del consumo, «sin soslayar el papel preponderante que se le ha asignado a la buena fe negociab» (ivi, p. 702). Propone come chiave di lettura dell'attuale sistema dei contratti un duplice piano di rilevanza della buona fede - «criterio di identificazione di squilibri non fisiologici nell'esercizio dell'autonomia privata e, al tempo stesso, canone di interpretazione che accerta l'abuso nella determinazione del contenuto del contratto» -, E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa*, cit., p. 515. In questa prospettiva, è possibile apprezzare che, accanto a una funzione «costruttiva» della buona fede oggettiva, tradizionalmente intesa a orientare, sviluppare e finanche ricostruire l'accordo, è emersa, in tempi più recenti, quanto meno a partire dalla celebre direttiva 93/13/CEE, una funzione «distruttiva», in virtù della quale la buona fede oggettiva si pone come criterio ermeneutico mediante il quale valutare la giustizia sostanziale dell'accordo e colpire con la nullità le clausole inique (di funzione *construens* e funzione *destruens* della buona fede discorre E. NAVARRETTA, *o.n.c.*, spec. p. 512, la quale sviluppa uno spunto di C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, ed. it. a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, p. XXXVI).

105. Considera il contenuto assiologico della clausola di buona fede sempre in grado «di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampelle costituzionali», L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 10; in linea, A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IV, 2, Torino, 2004, p. 241; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 204 ss.; A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 180; A. PLATA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 705 ss., spec. p. 711; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, 2^a ed., Torino, 2015, p. 1 ss., spec. p. 19 s., nota 49; ID., *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in ID. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, p. 49 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 156 ss.; in tal senso, già C. CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., p. 237 s.; diversamente, M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale*, cit., p. 284 ss.; V. RIZZO, *Contratto e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 349 ss. Sostiene una rinnovata rilevanza assiologica della buona fede, in particolare con riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo contemplati dall'art. 2 cost., E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 643 ss., spec. pp. 648 s., 656 ss. [poi in V. ROPPO e P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Atti del Convegno di Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, p. 235 ss.], che pure aderisce alla tesi di Mengoni (EAD., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. prin.*, 2012, p. 953 ss., spec. p. 964).

106. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 391; similmente, F. CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziaria*, nota a Coll. arb. Milano, 29 marzo 2006, in *Riv. arb.*, 2006, p. 391. La proporzionalità, in questa prospettiva, costituisce un criterio di azione e un metro di sindacato particolarmente appropriato qualora il potere giudiziale sia orientato alla garanzia dell'equilibrio tra gli interessi contrapposti dei privati. Il principio, infatti, opera in funzione non soltanto della limitazione del potere correttivo, a protezione del soggetto la cui autonomia è «incisa», ma anche dell'adeguatezza del potere stesso al fine di conseguire il riequilibrio contrattuale. Sul nesso tra buona fede e proporzionalità si veda, anche per ulteriori riferimenti, M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 363 ss., nota 670.

e dalla ragionevolezza¹⁰⁷, che assicura la coerenza del contratto con la dimensione economica, sociale e ambientale di riferimento¹⁰⁸.

Né si pensi che l'interpretazione correttiva della regola contrattuale sia una contraddizione in termini, in quanto confonderebbe interpretazione, integrazione e invalidazione del contratto¹⁰⁹. In tal modo, si ragiona ancora per rigide divisioni logico-cronologiche tra fasi distinte, mentre il procedimento ermeneutico è ampio e unitario. La tesi che separa il momento dell'interpretazione da quello dell'integrazione (o della correzione) presuppone che il contratto possa essere integrato (o corretto) soltanto dopo essere stato interpretato, là dove, al contrario, l'integrazione o la correzione costituiscono l'esito stesso del procedimento ermeneutico: ciò che s'interpreta è il contratto integrato o corretto¹¹⁰. Coglie, dunque, nel segno la penetrante dottrina che, rimeditando l'uso delle categorie civilistiche, osserva come la giustizia contrattuale assuma, oggi, «una valenza decisiva perché ribadisce, all'interno della tematica del contratto, la centralità del momento interpretativo»¹¹¹.

Per concludere, il timore che il giudice possa riscrivere il contratto «secondo un suo ideale di equità e di giustizia»¹¹², timore che presuppone il dogma dell'intangibilità del

107. Il giudizio di ragionevolezza, fondato su parametri oggettivi, garantisce un controllo sull'impiego della buona fede, assicurando che la portata innovativa, connaturale a tale clausola generale, «rimanga confinata entro i limiti di una necessaria coerenza con il sistema». Così, L. BANDINELLI, *L'integrazione del contratto*, in F. ALCARO, L. BANDINELLI e M. PALAZZO, *Effetti del contratto*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2011, p. 286, la quale osserva che nell'esercizio del potere correttivo il riferimento tanto alle circostanze del caso concreto quanto alle condizioni praticate sul mercato concorre «ad assicurare la formazione di una regola correttiva conforme al canone della ragionevolezza» (ivi, p. 381); sulla ragionevolezza come criterio a presidio dell'equilibrio contrattuale, v. anche S. TROIANO, *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 763 ss., spec. p. 779 ss.; M. PENNASILICO, *Buona fede e ragionevolezza*, cit.

108. La ragionevolezza, nel rapporto tra contratto e ambiente, riconduce al profilo della responsabilità transgenerazionale, che investe l'uso irragionevole e abusivo delle risorse naturali mediante strumenti contrattuali. Si veda, al riguardo, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 753 ss. Per l'incidenza dell'interesse ambientale sul diritto dei contratti (pubblici e privati) e, dunque, per la conformazione "ecologica" dell'autonomia contrattuale, si rinvia ai contributi raccolti in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit. (e v. anche, *supra*, nota 58).

109. È l'autorevole opinione rappresentata, *supra*, in nota 101.

110. Così, M. PENNASILICO, *"Ménage à trois"*, cit., p. 197 ss.; ID., *Recensione*, cit., p. 1111 s.; ID., *Interpretazione e integrazione*, cit., p. 185 s. Nella dottrina latino-americana è opinione condivisa che «si del contrato se sostiene un concepto amplio y realista conforme al cual la regla contractual está constituida por auto y heterodeterminaciones los procesos de interpretación e integración aparecen necesariamente fundidos en una actividad unitaria» (A. ARIZA, *Interpretación de los contratos*, cit., p. 80). In realtà, «aun cuando puedan teóricamente distinguirse la integración y la rectificación de la interpretación, esta en un sentido amplio las comprende»: così già R.L. VIGO, *Interpretación jurídica de los contratos civiles*, cit., p. 157; professa un approccio tridimensionale al generale "processo interpretativo", concernente il trinomio integrato da "interpretazione *stricto sensu*", "qualificazione" e "integrazione" del contratto, C.I. JARAMILLO J., *Interpretación, calificación e integración del contrato. Aproximación tridimensional al 'proceso interpretativo' en el derecho privado contemporáneo*, con *Prólogo* di W. NAMÉN VARGAS, Bogotá, 2014.

111. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 165.

112. Come paventava già C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico giuridico con particolare riguardo ai contratti*, (1938), rist. con appendici, Padova, 1983, p. 199.

contratto e la concezione dell'autonomia privata come valore in sé, è destituito di fondamento in una prospettiva che guardi, più realisticamente, tanto al contratto come sintesi di autonomia ed eteronomia¹¹³, quanto all'immanenza nel sistema ordinamentale di un principio generale di correzione dei contratti iniqui in funzione di garanzia dell'autonomia negoziale e di attuazione della giustizia contrattuale¹¹⁴. L'autonomia negoziale non è un valore assoluto, ma è una libertà che trova il proprio limite «in altri valori, quali la ragionevolezza, la buona fede e la correttezza nel commercio internazionale, alla cui violazione la *lex mercatoria* reagisce con la sostituzione autoritativa del contratto ragionevole ed equo al contratto voluto dalle parti»¹¹⁵. L'interpretazione correttiva, dunque, sarà sempre legittima sin quando sarà *interpretazione ragionevole* del contratto¹¹⁶, ossia informata non soltanto alle regole che segnano il procedimento ermeneutico, ma anche e soprattutto ai principi normativi che di quelle regole costituiscono il parametro di giustificazione¹¹⁷.

113. In tal senso, M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, 2^a ed., Torino, 2015, p. 34 (v. anche, *supra*, § 1 e nota 17).

114. È la tesi di M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 353 ss.; ID., "Ménage à trois", cit., p. 202 ss. (v. anche, *supra*, § 2 e nota 21).

115. Così, F. GALGANO, *Il dogma della statualità del diritto di fronte alla globalizzazione dell'economia*, in ID., *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, p. 71 ss., spec. p. 102; v. anche ID., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 509 ss.; per ulteriori svolgimenti, M. PENNASILICO, *o.u.c.*, p. 179 ss.; P. MORENO CRUZ, *Freedom of contract and constitutional values: some exceptional cases from the Colombian Constitutional Court*, in P.G. MONATERI (ed.), *Comparative Contract Law*, cit., p. 216 ss.

116. Così, M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 362. D'altra parte, con riferimento all'esperienza di *common law*, dove la buona fede cede il passo alla ragionevolezza, si nota che quest'ultima «non solo esercita il suo dominio sui due momenti, soggettivo ed oggettivo, dell'interpretazione, ma lo estende in un terzo campo – quello dell'interpretazione critica o correttiva – che gli inglesi ritengono essere pur sempre proprio dell'ermeneutica e che noi, invece, facciamo oggetto di considerazione autonoma in termini di controllo della validità dell'atto» (G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 709 ss., spec. p. 734; ma, per la riconduzione della correzione ad un procedimento ermeneutico in senso ampio v., *supra*, nel testo e nota 110).

117. Cfr. M. PENNASILICO, *Interpretazione e integrazione*, cit., p. 195 ss.; ID., *Buona fede e ragionevolezza*, cit.; diversamente, A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, *Storia e teoria*, Torino, 2015, p. 325 ss. e *passim*, che identifica l'interpretazione secondo ragione con la "giustizia", ossia l'applicazione di *criteri razionali* per scegliere il senso più corretto o *ermeneuticamente* giusto di una regola.

**L'ATTUALITÀ DEL «DISCORSO PRELIMINARE» DI PORTALIS.
A PROPOSITO DEI «MITI» DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO
E DELLA C.D. «CRISI» DELLA FATTISPECIE***

GIOVANNI PERLINGIERI
Prof. ordinario Università della Campania

SOMMARIO: 1. Prime riflessioni sull'attualità del «Discorso preliminare» di *Portalis*. L'impossibilità di distinguere interesse pubblico e interesse privato. – 2. *Status personae* e *status civitatis*. La condizione di reciprocità. – 3. L'esigenza di «semplificare» la legislazione. Il ruolo dell'interprete e l'importanza di «penetrare lo spirito generale delle leggi dirigendone l'applicazione». – 3.1. Segue. Corollari applicativi. Superamento dell'interpretazione meramente letterale e bilanciamento secondo ragionevolezza. – 3.2. La supposta «crisi» sopravvenuta della fattispecie. Critica. – 3.3. La distinzione tra 'legge' e 'diritto' e il controllo di legalità. Casi e questioni. – 4. Profili di politica europea. – 5. Conclusioni.

1. Nel *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile* si rinvencono osservazioni attuali e particolarmente utili per una adeguata evoluzione della scienza giuridica. Osservazioni che sollecitano la riflessione su tematiche da sempre all'attenzione degli interpreti: dalla complessità funzionale delle situazioni giuridiche, all'autonomia negoziale, al diritto delle successioni e della famiglia¹, fino, più in generale, alla tecnica di redazione normativa e al ruolo dell'interprete.

Portalis rilevava che «[n]on esistono questioni private nelle quali non entri qualche spiraglio di pubblica amministrazione; così come non vi è alcuna materia pubblica che non si riverberi con variabile intensità sui principi di giustizia distributiva regolanti gl'interessi privati»². Questo insegnamento appare tutt'oggi talora trascurato. Spesso si eccede nelle distinzioni tra diritto pubblico e privato dimenticando che la realtà e i problemi sono unitari. Si pensi alla trascrizione e alla pubblicità in genere che tutela interessi pubblici e privati al tempo stesso³; all'autonomia negoziale che, anche mediante

*. Lo scritto, con l'aggiunta delle note bibliografiche, riproduce la relazione tenuta il 16 gennaio 2015 in occasione del Convegno su «Il «Discorso preliminare» di *Portalis*. Tra storia, diritto vigente e prospettive europee», organizzato dal Dipartimento di Scienze Politiche della Seconda Università di Napoli (ora Università della Campania Luigi Vanvitelli) in occasione della pubblicazione della trad. it. del «*Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*» di Jean Étienne Marie Portalis. Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Giovanni Furguele*.

1. Non ci si soffermerà, nelle pagine che seguono, sui profili del diritto di famiglia e delle successioni, rinviandosi, sul punto, alle considerazioni già svolte in altra sede: G. PERLINGIERI, Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia, in *Dir. suc. fam.*, 2015, p. 671 ss., al quale si rimanda anche per i necessari riferimenti bibliografici.

2. J.É.M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, trad. it. a cura di R. Calvo, Napoli, 2013, p. 44.

3. Ciò con conseguenze rilevanti, in tema, ad esempio, di trascrivibilità del comodato ultranovenale, negata

il principio di sussidiarietà (art. 118 cost.)⁴, è in grado di attuare sempre più interessi pubblici⁵; alla «funzione sociale»⁶ della proprietà e all'idea della proprietà non soltanto quale strumento di sfruttamento produttivo, ma quale mezzo per lo sviluppo della persona umana e per la realizzazione di esigenze sociali ed esistenziali⁷. Con il diritto di proprietà si tutelano non soltanto interessi privati ma pubblici e interni sono da considerare i limiti a tale situazione soggettiva.

Ciò conduce anche alla migliore comprensione del concetto di *abuso del diritto* perché nessun potere, nel momento applicativo, esiste da solo ma *coesiste* sempre con le situazioni soggettive dei terzi e con il diritto oggettivo, ossia con l'ordinamento. Quindi l'idea del limite e dell'abuso di una situazione soggettiva non è da considerare *assurda* o *irragionevole* perché, ad esempio, il diritto di proprietà può ledere, nel momento dell'esercizio, altri interessi o diritti altrui e il diritto di credito può ledere non soltanto il diritto del debitore ma i diritti dei terzi⁸.

dalla dottrina più tradizionale. Per una rilettura moderna del sistema della pubblicità e il superamento del principio di tassatività della trascrizione cfr., di recente, P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, Atti dell'8° Convegno SISDiC, Napoli, 2014, p. 500. Sul punto, anche per una puntuale ricognizione del dibattito dottrinario e giurisprudenziale, v. G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, *passim*; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2012, p. 43 ss.

4. Sul punto v., chiaramente, D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 257 ss., nonché, di recente, M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, p. XV ss.; F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016; P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.; V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, *ivi*, p. 345 ss.

5. L'interazione tra autonomia negoziale e interessi superindividuali è ben compendiata nell'art. 1 della l. delega per la riforma del c.d. «terzo settore» (l. 6 giugno 2016, n. 106) la quale mira a «sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il *bene comune*, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il *pieno sviluppo della persona*, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione». Inoltre per «Terzo settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, *solidaristiche* e di *utilità sociale* e che, in attuazione del principio di *sussidiarietà* e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano *attività di interesse generale* mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi».

6. Sull'attualità della funzione sociale della proprietà con riferimento, entro certi limiti, a tutti i beni, anche non produttivi, cfr., P. PERLINGIERI, «*Funzione sociale*» della proprietà e sua attualità, in S. CICCARELLO, A. GORASSINI e R. TOMMASINI, *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 187 ss.; ID., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Cernusco-Napoli, 1971, p. 21 ss. In epoca pre-costituzionale riflette sulla funzionalizzazione del diritto di proprietà e sull'impossibilità di leggere tale diritto in chiave esclusivamente privata, per tutti, S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *Atti del primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario Italiano*, Firenze, 1935, ora in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 1 ss.

7. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, cit., *passim*. Di recente anche G. ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato. Parte seconda. Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*, Modena, 2017, *passim*, propone il superamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, non essendo più possibile (ma nella prospettiva che qui si condivide non lo è mai stato) fissare una linea di demarcazione.

8. Pertanto non è possibile affermare che il concetto di abuso del diritto sarebbe assurdo e contrario al *principio*

Spesso, inoltre, si eccede nel distinguere tra interesse generale e individuale. Ad esempio, normalmente si afferma che la nullità tutela interessi generali mentre l'annullabilità tutela interessi individuali. Oppure che la nullità assoluta tutela interessi generali *prioritari* mentre l'annullabilità e le nullità relative tutelano interessi individuali e *secondari*⁹. La «generalità dell'interesse non va confusa con la gerarchia dei valori»¹⁰. Più generale non significa più importante: l'interesse di molti, l'interesse pubblico, non sempre, nella scala dei valori, deve prevalere rispetto all'interesse di pochi, del singolo, o all'interesse privato¹¹.

di non contraddizione sostenendo, ad esempio, che «o del diritto si è titolari, e allora non vi può essere abuso, oppure del diritto non si è titolari, e allora vi sarebbe in realtà non un abuso ma un agire senza diritto, senza alcun titolo» (*tertium non datur*) (in questa prospettiva M. PLANIOL e G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 11^a ed., Paris, 1932, p. 298). Questo modo di ragionare dimentica che la realtà è più complessa, che l'esistenza di un diritto non può prescindere dalla *coesistenza* con altri diritti o situazioni soggettive e che *quid facti* e *quid iuris* non sono dissociabili. Sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, p. 20 ss., ove si affronta anche il tema del controllo di ragionevolezza e proporzionalità dei rimedi rispetto al caso concreto. Sul problema della scelta del «giusto» rimedio nel diritto civile si rinvia a Id., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*; Id., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 86 ss. Nella medesima prospettiva, di recente, cfr. M. NUZZO, *Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 968, 972, ove si afferma che «spetta al Legislatore di individuare gli interessi giuridicamente rilevanti e al giudice operare la valutazione comparativa e il bilanciamento di questi interessi al fine di stabilire se uno di essi sia stato "ingiustamente" sacrificato e, in tal caso, verificare quale, tra i diversi rimedi in astratto previsti dall'ordinamento, sia il più idoneo ad assicurare l'effettiva tutela dell'interesse prevalente». Sì che «una volta che il legislatore ha ritenuto meritevole di tutela un bene della vita, spetta al giudice valutare l'idoneità del rimedio legislativamente previsto a garantire un'efficiente tutela di quel bene, con la conseguenza che, ove il rimedio risulti inefficiente, rientra nel potere del giudice trovare nel sistema il rimedio», per quel caso, più efficiente, ragionevole e proporzionato. In questa prospettiva si ammette anche che una c.d. regola di comportamento possa dar luogo in alcuni casi a nullità del contratto, là dove «si accerti che non vi siano altri rimedi in grado di realizzare un'efficiente tutela dell'interesse lesso» (p. 974). Diversamente G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 508, il quale replica alle osservazioni di Mario Nuzzo in modo non convincente perché la prospettiva indicata (almeno per come la si vuole personalmente intendere e condividere) non vuole affermare che *d'enunciato (linguistico) legislativo* è «vuoto», ma soltanto che qualsiasi interpretazione deve essere sistematica e assiologica in modo da tenere conto senz'altro del «criterio» stabilito dalla singola legge ma anche necessariamente dei criteri stabiliti dalle norme di grado superiore. Si è già osservato, infatti, che «l'interpretazione sistematica e assiologica non si esaurisce nell'interpretazione funzionale, perché la lettera di una disposizione deve sempre essere modellata non soltanto alla luce della sua *ratio* ma anche alla luce della *ratio* del sistema giuridico di cui è parte, in modo da far rivivere l'idea di sistema nel momento applicativo e annullare così la distanza tra il metodo casistico e quello sistematico, nonché tra quest'ultimo e il metodo esegetico»; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 143.

9. Per una revisione critica della distinzione tra nullità e annullabilità fondata sul diverso rango di interessi tutelati, si veda S. POLIDORI, *Invaldità negoziale e diritto comunitario: riconcettualizzazione o superamento degli steccati concettuali?*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4^o Convegno nazionale S.I.S.Di.C., 16-19 aprile 2009, Napoli, 2010, p. 351 ss.; e, più di recente, Id., *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 9 ss.

10. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2^a ed., Napoli, 2004, p. 70; P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1, p. 194 ss.

11. G. PERLINGIERI, *Negozi illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003,

Inoltre, le nullità di protezione tutelano interessi sia individuali (il contraente debole) sia generali, come il mercato e la concorrenza. Di ciò ne ha preso atto anche la giurisprudenza della Corte di giustizia¹² la quale ha chiarito che le norme in materia di clausole vessatorie (come quelle in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; di abuso di dipendenza economica, *etc.*) «sono poste anche a tutela dell'ordine pubblico economico e di interessi generali come il corretto funzionamento del mercato [...], quale garanzia di un libero e leale competere fra imprese e la solidarietà costituzionale e comunitaria»¹³. In altri termini, il bene della vita protetto dalle nullità di protezione «non si presta ad essere classificato secondo la dicotomia pubblico-privato, poiché è pubblico e privato al tempo stesso: pubblico, in quanto la repressione di forme di squilibrio abusivo crea le condizioni per promuovere un modello di mercato pienamente concorrenziale, ispirato alla lealtà delle contrattazioni e al principio di proporzionalità; privato, in quanto il ripristino di un equilibrato assetto negoziale genera, nella prospettiva del singolo scambio, un vantaggio per il contraente considerato meritevole di tutela»¹⁴.

spec. pp. 12 ss. e 16 ss.

12. G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913*, in *Rass. dir. cin.*, 2006, p. 830 ss.; Corte di giustizia CE, 26 ottobre 2006, n. 168/05, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Unione Europea Consiglio d'Europa*, n. 1638.

13. G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie*, cit., p. 830 ss.; sulla stretta relazione tra tutela del consumatore e tutela del mercato v. P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel trattato di Amsterdam*, in *AA.VV., Il diritto dei consumi*, I, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, Rende-Napoli, 2004, p. 9 ss.

14. Sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2ª ed., Napoli, 2011, p. 53; ID., *Funzione notarile e clausole vessatorie*, cit., p. 830 s., ove si rileva che la «tutela della concorrenza e del mercato [...] non può che dipendere sia dal divieto di abuso di posizione dominante, sia dal divieto di abuso di dominio contrattuale» poiché il «diritto della concorrenza si riflette sul contratto e il diritto del contratto si riflette sul mercato e la concorrenza, sì che la tutela del bene comune passa necessariamente anche attraverso la tutela incrociata dei protagonisti del mercato e del generale divieto di abuso del diritto (tali norme speciali sono direttamente attuative degli artt. 41 cost.; 54 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 17 della CEDU e 81, 82 e 153 Tratt.)». In questa prospettiva, le nullità di protezione sono espressione dell'idea secondo la quale il mercato è statuto normativo (come dimostrato, tra l'altro, dall'attuale crisi finanziaria), ha bisogno di regole che lo controllino e garantiscano la lealtà, la correttezza dei comportamenti e la giustizia degli scambi. Mercato libero ma, al contempo, non in contrasto con l'utilità sociale (art. 41 cost.). Ne deriva che un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento gravemente iniquo in danno del creditore (nullo *ex art. 7 d.lg. 231/2002*, in materia di ritardi di pagamento) è lesivo del buon funzionamento del mercato e della concorrenza tra le imprese dei singoli Stati membri dell'UE (palese è l'intento di scoraggiare i ritardi di pagamento quali strumenti abusivi di ricorso al credito). L'acquisizione di vantaggi ingiustificati a danno dei consumatori (anche attraverso clausole vessatorie) può anche comportare una diminuzione di costi illegittima e lesiva degli interessi dei concorrenti leali. Allo stesso modo di come l'abuso di dipendenza economica da parte di una impresa può incidere sulla tutela della concorrenza e del mercato (ovvero sulla sua struttura). Di ciò ne è prova l'art. 9, comma 3-*bis*, l. 18 giugno 1998, n. 192. Per queste ragioni la dottrina non ha esitato a sostenere che l'utilizzo di clausole abusive, anche nei contratti tra imprese e consumatori, può configurare una pratica commerciale (*ex art. 18, comma 1, c.cons.*) scorretta e, come tale, vietata (*ex art. 20, comma 1, c.cons.*) e suscettibile di inibizione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 27, comma 2, c.cons.). Una clausola vessatoria (ma anche semplicemente non chiara e trasparente:

In altre parole, la protezione del contraente debole tutela anche l'ordine pubblico economico e la tutela del mercato e della concorrenza leale tra imprese garantisce la protezione del contraente debole. Del resto anche l'*abuso di dipendenza economica*, come confermato dall'art. 9, comma 3 *bis*, della l.18 giugno 1998, n. 192, in tema di subfornitura, può richiedere l'intervento dell'*Antitrust* qualora incida sulla concorrenza e sul mercato. Di conseguenza, la prospettiva che tende a considerare il contratto non più una *res inter alios acta*, irrilevante nei confronti dei terzi, non è nuova, è soltanto confermata nella Costituzione (*ex* art. 41 cost.) e fatta propria anche dal «diritto europeo dei contratti», la cui principale caratteristica è proprio quella di aver incorporato «la regolazione del mercato nella disciplina del contratto, intendendo così quest'ultimo non più soltanto come un affare individuale delle parti contraenti, ma anche come un fatto che interessa la società nel suo complesso»¹⁵ e che non può risolversi in uno strumento lesivo della persona.

L'impossibilità di separare pubblico e privato conduce anche alla presa d'atto che l'autonomia negoziale non soltanto non è 'impermeabile' alle evoluzioni del sistema ma non è mai un affare meramente privato¹⁶ dove i limiti e i controlli di liceità e meritevolezza siano da considerare esterni ed eccezionali¹⁷. Della possibile funzionalizzazione

pratica commerciale ingannevole *ex* art. 22, comma 2 e 4, c.cons.) è da considerare una pratica commerciale scorretta perché contraria alla buona fede (artt. 1337, 1366, 1375, 1338 c.c.), alla diligenza professionale, alla concorrenza leale, nonché idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio (art. 20, comma 2, c.cons.). Così se, per un verso, le norme a tutela del consumatore garantiscono anche la concorrenza e il mercato (da qui la nullità e la possibilità di intervento dell'*Antitrust* con poteri inibitori e sanzioni amministrative – artt. 20-27 *ter* c.cons. –), per altro verso, la stessa legge *antitrust* (l. 10 ottobre 1990, n. 287), come dimostrato anche dalla Cassazione a sezioni unite, nel dettare norme a tutela della concorrenza ha come destinatari anche i consumatori i quali avrebbero, almeno potenzialmente, l'azione di nullità nei confronti dell'intesa lesiva della concorrenza e il diritto al risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) *ex* art 33, comma 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (in questi termini G. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 834 s. Il riferimento, in giurisprudenza, è a Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. comm.*, 2005, p. 721). Del resto, l'intreccio di interessi privati e pubblici (nelle nullità di protezione) si riflette sul loro regime giuridico e sulla loro disciplina che combina i caratteri propri della nullità e dell'annullabilità. Il riferimento è alla rilevanza d'ufficio, all'imprescrittibilità dell'azione e – al contempo – alla relatività della legittimazione all'azione, là dove, quest'ultima, più che dimostrazione della natura individuale e disponibile dell'interesse, è prova della esigenza di evitare che il contraente c.d. forte, dopo aver dato causa alla nullità, possa poi avvalersene per sottrarsi ad un vincolo divenuto sgradito. Sì che la legittimazione relativa più che espressione della natura individuale e disponibile dell'interesse è strumento di tutela, è tecnica di politica del diritto; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., p. 39 s.

15. P. SIRENA, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Oss. dir. comm.*, 2014, p. 4. È questa «l'essenza della c.d. "neoregolazione" che – con un'inversione di metodo e di strategia rispetto al passato – si propone di ordinare le strutture mercantili (*id est*, di dettare regole di funzionamento del mercato) tramite la disciplina del contratto»; così M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 100 s.

16. Tra gli autori che negano la possibile funzionalizzazione dell'autonomia A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2014, p. 756.

17. L'autonomia negoziale – si osserva – non è oggi un valore sovraordinato e incomparabile con altri, poiché, come statuisce anche (ma non solo) l'art. 41 cost., è riconosciuta e deve essere tutelata nei limiti in cui

dell'autonomia appare consapevole anche Portalis, là dove, da una parte, dichiara che la libertà negoziale deve essere piena e che «i contratti si moltiplicano in funzione dei [...] bisogni»¹⁸ degli uomini, dall'altra, non esita a porsi, in una prospettiva moderna, contro l'usura giustificando il necessario controllo di conformità del contratto, e della «libertà contrattuale», al «buon costume» e alla «pubblica utilità»¹⁹. In particolare «[s]e si vuol dare al danaro un prezzo, occorre [...] che esso sia poco elevato. L'interesse moderato del danaro incoraggia le imprese utili; offre ai proprietari terrieri che vogliono dedicarsi a nuove colture, l'incentivo di aiuti a prezzo ragionevole; permette a commercianti e industriali di poter lottare efficacemente contro l'industria straniera»²⁰. Pertanto quando si afferma che l'autonomia negoziale (come ogni altra situazione patrimoniale) nel sistema vigente è 'funzionalizzata' non si vuole negare il suo riconoscimento o pretendere che ogni atto negoziale abbia quale fine ultimo il perseguimento di un interesse pubblico. Si vuole, piuttosto, far comprendere che l'interprete deve sempre «valutare se la regola del caso sia positivamente valutabile nel sistema nel quale essa è riconosciuta»²¹.

In definitiva, non può accogliersi l'idea di una libertà negoziale senza limiti, trattandosi di una libertà indirizzata al perseguimento di interessi meritevoli di tutela. Un controllo di liceità e meritevolezza da estendere, senza distinzioni, a tutti i contratti *tipici* o *atipici*, *nominati* o *innominati*, *diffusi* o *alieni*²². Una prospettiva che si apre a molteplici sviluppi applicativi, tra i

sia conforme e funzionale ad altri principi e valori del sistema ordinamentale: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 322 ss.; ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 423 ss., nota 28 (dal quale si cita); nonché, da ultimo, ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 204 ss., 209; in questa direzione, di recente, anche S. PAGLIANTINI, *Itinerari della causa: il Gorla nordamericano ed una critica recente*, in G. GORLA, *I problemi fondamentali del contratto*, Napoli, 2017, p. 38 ss. In giurisprudenza la prospettiva è accolta, tra le altre, da Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 992 ss., con nota di G. CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell'autonomia privata*. Occorre, dunque, rifuggire da quelle prospettive che inquadrano l'autonomia in una dimensione meramente privata, insensibile (salvo eccezioni) a un controllo secondo Costituzione. Si è già rilevata l'impossibilità di distinguere interesse generale e individuale, nonché la prevalenza *a priori* dell'uno sull'altro. Piuttosto, nel controllo sugli atti di autonomia, occorre bilanciare gli eterogenei interessi che nella vicenda negoziale trovano composizione, guardando non alla natura quantitativa dell'interesse (privato o pubblico), ma a quella qualitativa dell'interesse tutelato e alla sua eventuale comparazione con gli altri interessi in gioco (G. PERLINGIERI, *Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter*, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.).

18. «Da qui la moltitudine di contratti *innominati*»: J.É.M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, cit., p. 68.

19. J.É.M. PORTALIS, *o.l.u.c.*

20. J.É.M. PORTALIS, *o. c.*, p. 69.

21. P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 214.

22. Sul punto sia consentito rinviare a G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 ss.; ID., *La disposizione testamentaria di arbitrate. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 459 ss.; A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 165 ss.

quali, a titolo esemplificativo, l'applicabilità del divieto di abuso di dipendenza economica a tutti i contratti d'impresa²³, con buona pace della teoria del c.d. «terzo contratto»²⁴.

2. Attuali anche i rilievi di Portalis sul rapporto tra *status civitatis* e *status personae*. Tra-
spare la consapevolezza che prima di essere cittadini si è uomini, sì che la legge non può
porre disparità di trattamento sulla base della qualifica di un soggetto come cittadino di
un determinato Paese. Lo «sviluppo del commercio ci ha guariti da pregiudizi barbari
e nefasti», perché «esso ha unito e mescolato uomini di provenienze e origini diverse».
La bussola ha aperto l'universo; il commercio lo ha reso socievole. Quindi, gli stranieri
sono stati trattati con giustizia e umanità. I rapporti tra i popoli si sono moltiplicati e si
è riusciti ad afferrare chese, come cittadino, non si può che appartenere ad una società
particolare, si appartiene, come uomo, ad una società generale del genere umano». Quin-
di è vero che lo sviluppo del commercio «ha unito e mescolato uomini di provenienze
e origini diverse»²⁵, ma vero è pure che «non può esistere alcunadifferenza tra cittadini e
stranieri»²⁶, perché le leggi «obbligano», e direi tutelano, «indistintamente tutti coloro che
si trovano nel territorio»²⁷. Prospettiva questa che appare di stretta attualità²⁸ a fronte della
più recente giurisprudenza di legittimità che giustamente ha rilevato che la condizione di
reciprocità (art. 16 disp. prel. c.c.) è inapplicabile in presenza di diritti fondamentali della
persona²⁹, perché questi diritti sono inerenti all'uomo in quanto tale, a prescindere dalla
sua qualifica di *cittadino* o da una eventuale *reciprocità di trattamento* in Paesi stranieri³⁰.

23. Sull'applicabilità dell'art. 9, l. n. 192 del 1998, oltre i confini del contratto di subfornitura ed ogni qual
volta sia configurabile un rapporto di dipendenza tra le imprese contraenti: Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in
Danno resp., 2004, p. 424; Trib. Trieste, 21 settembre 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 10, p. 2109; Trib. Isernia, 12
aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, 10, p. 2149. Per una breve ricognizione dei termini della questione F. LONGO-
BUCCO, *Autonomia negoziale e abuso del diritto nei contratti tra imprese*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura
di), *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza*, II, Napoli, 2012, p. 391 ss.

24. Sul punto v. i saggi raccolti in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, *passim*; cfr.
anche B. AGOSTINELLI, *Il patto abusivo. Fenomenologia e rimedi*, Torino, 2012, p. 69 ss.; R. NAVARRA, *Il terzo contratto:
evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali. Analisi comparata con l'ordinamento tedesco*, Napoli, 2014, p. 1 ss. Per una
critica a tali impostazioni, orientate a creare categorie e sottocategorie non comunicanti, v., tra gli altri, P. PER-
LINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, p. 323 ss.

25. J.É.M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, cit., p. 66.

26. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 87.

27. J.É.M. PORTALIS, o. l. n. c.

28. E non soltanto in chiave strettamente giuridica. Cfr., a tal proposito, le riflessioni di Z. BAUMAN, *Stranieri
alle porte*, trad. it a cura di M. Cupellaro, Bari-Roma, 2016, p. 62 s., che ricorda il «diritto all'ospitalità» a suo
tempo teorizzato da Kant e da intendersi quale diritto dello straniero a non essere trattato con ostilità e in modo
discriminatorio quando arriva sul territorio di uno Stato sovrano.

29. Il tema del campo applicativo dell'art. 16 disp. prel. c.c. è, inoltre, strettamente correlato al risalente dibatti-
to in merito alla tipicità/atipicità dei diritti della personalità. Per una sintetica ricognizione dei termini della questio-
ne cfr., di recente, A. BIZZARRO, *Atipicità delle situazioni esistenziali. Tutela della riservatezza e dell'identità personale*, in G.
PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza*, cit., p. 125 ss.

30. Tra le altre Cass., 11 gennaio 2011, n. 450, in *Dir. fam.*, 2011, 4, p. 1630, che, tramite il ricorso agli artt.

3. Il *Discorso preliminare* di Portalis, tuttavia, non è soltanto un testo «attuale», è un progetto³¹ che muove da due considerazioni che il positivismo «legislativo» spesso trascura.

2 e 3 cost., ha riconosciuto alla madre di un cittadino albanese, vittima di un incidente stradale, il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale a prescindere dalla prova della condizione di reciprocità, nonché la legittimazione ad agire non soltanto nei confronti del danneggiante ma anche nei confronti dell'assicuratore. Ciò alla luce degli artt. 2 e 3 cost., dai quali emerge che i diritti inviolabili della persona operano *a prescindere dalla condizione di reciprocità e dalla qualifica di cittadino* e non sono, come spesso rilevato, un *numero chiuso*. Sul punto v. I. PRISCO, *Protezione dei diritti fondamentali e inapplicabilità della condizione di reciprocità*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Napoli, 2012, p. 87 ss.; P. PERLINGIERI, *Interpretazione assiologica e diritto civile*, in *Le Corti salernitane*, 2013, p. 492 s., ove si chiarisce che la sentenza indicata «esclude che la reciprocità – contenuta nell'art. 16 disp. prel. del cod. civile – valga per i diritti dell'uomo, affermando che in riferimento alla lesione dell'indennità psico-fisica della persona, sebbene straniero, o extracomunitario, il danno va risarcito non soltanto per intero ma anche alle stesse condizioni – finanche con azione diretta nei confronti dell'assicuratore – quale persona che vive nel territorio italiano. La lesione fatta alla macchina come proprietà privata, invece, ha bisogno della reciprocità in quanto diritto patrimoniale. Chiara è la distinzione: reciprocità per le situazioni che non sono diritti dell'uomo e negazione della reciprocità per quelli che sono diritti dell'uomo. Tutto ciò conferma l'ineluttabilità dell'interpretazione assiologica e sistematica». Il discorso tuttavia va ponderato tenendo presente in particolare la qualità dell'interesse tutelato oltre che la sua natura patrimoniale o non patrimoniale. Sì che, ad esempio, Cass. 21 marzo 2013, n. 7210, in *Guida dir.*, 2013, 23, p. 58, al fine di evitare discriminazioni in base alla nazionalità, ha affermato che uno straniero può rendersi acquirente di un immobile da adibire ad abitazione o a sede della propria attività lavorativa. Infatti, pur in deroga al principio di reciprocità di cui all'art. 16 disp. prel., occorre favorire l'accesso a tutti alla proprietà (art. 42 cost.) in modo anche da garantire l'integrazione di ciascuno nella comunità nazionale attraverso la stabilità e la sicurezza economica che, in particolare, la proprietà personale è in grado di assicurare. Diversamente, si afferma l'operatività del criterio di reciprocità in relazione all'applicazione delle norme sulla c.d. successione necessaria. In particolare, sul cittadino cubano che non può esercitare nei confronti del cittadino italiano i diritti del legittimario, giacché il codice civile di Cuba non contempla questa figura di erede, ma quella, radicalmente diversa, dell'erede «particolarmente protetto», in ragione della precarietà delle condizioni economiche del soggetto, cfr. Cass. 30 giugno 2014, n. 14811, con nota critica di E. CALÒ, *La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 567 ss. A prescindere dai problemi di diritto internazionale privato, senz'altro trascurati dalla sentenza indicata, giova precisare che la quota dei legittimari non possiede copertura costituzionale (l'art. 42, comma 4, cost. discorre soltanto di «successione legittima e testamentaria» e non di successione necessaria), né costituisce di per sé un diritto della personalità, sia pure «atipico» (come tale rientrante nella clausola generale prevista dall'art. 2 cost.), posto che la solidarietà, per un verso, dovrebbe operare soltanto in caso di necessità o di bisogno e, per altro verso, non è né può essere intesa soltanto in senso unidirezionale (dal testatore ai familiari), sì che può anche configurarsi da parte del familiare leso dalla disposizione testamentaria a favore dello stesso *de cuius* o di un terzo non legittimario, al fine semmai di tutelare interessi prioritari come l'impresa e il risparmio. Diverso è il problema in caso di stato di bisogno del familiare; sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 672 ss., note 4 e 13.

31. Per dirla, come Italo Calvino, è uno scritto che «non ha mai finito di dire quel che ha da dire». In ordine al tema del c.d. *drafting* legislativo Portalis, similmente a K.S. Zacharie [*La scienza della legislazione* (1806), trad. it. a cura di R. Calvo, Napoli, 2010] e G. Filangieri [*La scienza della legislazione* (1780), I, Napoli, 1998, rist., p. 81], individua con precisione i requisiti per una *buona legislazione* (tra questi la chiarezza, la sintesi, la coerenza tra le parole del testo e i principi generali, l'attuabilità, l'efficienza nel senso della congruità e della proporzione tra mezzo e risultato, tra interesse e rimedio) e pone attenzione sulla necessità che «i cittadini conoscano le leggi sotto le quali vivono e alle quali debbono obbedire» (J.É.M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, cit., p. 80). In questa prospettiva sono senz'altro preoccupanti i fenomeni dilaganti: della *frantumazione* delle leggi e dell'imprecisione del legislatore

La prima è che l'eccessivo uso, oggi imperante, della normativa di dettaglio è una «folle idea» che trasforma «da legislazione in un dedalo immenso ove la memoria e la ragione si smarriranno nella stessa misura»³². Quindi ciò che l'interprete e il legislatore devono rifiutare non è il *principio di legalità* (e il positivismo «giuridico») ma il *leggismo* perché è «impossibile fissare con regole precise tutti gli aspetti meritevoli di attenzione da parte del legislatore»³³.

moderno; della *ridondanza* e della inutile *ripetizione* in ogni legge speciale di alcuni principi generali ormai acquisiti dall'ordinamento giuridico (si pensi all'obbligo di lealtà e correttezza); dell'eccesso della tecnica del *rinvio tra leggi*, con costanti incertezze nel caso di conseguente abrogazione dell'articolo al quale si è rinviato; degli *errori di traduzione*, sempre più frequenti a causa dell'aumento della normativa di derivazione europea; per il disinteresse che ormai c'è da parte del legislatore per le opinioni della dottrina. Le leggi oggi, a differenza del passato, sono di regola emanate senza il supporto della dottrina (e ciò è dovuto sia all'insensibilità del legislatore, sia alla responsabilità della dottrina, la quale a torto pensa che l'attività del giurista si risolva soltanto nell'interpretazione delle leggi dimenticando, ad esempio, che anche alla vigilia dell'emanazione del codice del '42 fu espressamente chiesto a tutte le Università un parere sul dettato normativo del codice civile e vi fu una vera partecipazione alla realizzazione del codice: cfr., sul coinvolgimento dei giuristi durante la codificazione, N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, spec. p. 757); dell'abuso della legislazione di urgenza (decreti legge) e delle c.d. leggi *omnibus*, le quali non solo spesso contengono articoli prolissi e aventi ad oggetto materie diverse, ma creano difficoltà di pubblicità e di conoscibilità sia per i cittadini, sia per i giuristi più attenti. Con il risultato aberrante, come rilevato di recente anche da Paolo Grossi, «di celare e zavorrare tra le pieghe di una legge annuale di bilancio ("legge finanziaria")», i provvedimenti più disparati ed estranei alla stessa *ratio* della legge finanziaria. Ciò per il triste (immondo) motivo che, separatamente, il Parlamento non sarebbe stato in grado di affrontare e approvare i provvedimenti in esame» (P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2006, p. 95). Si pensi alla recente disciplina sulla certificazione energetica che è mutata nell'arco di 5 anni più di 4 volte o alla disciplina sul deposito del prezzo presso il notaio che è contenuta nei commi 63-67 dell'art. 1 legge di stabilità per il 2014 e che sta creando molte difficoltà di interpretazione e applicazione. Si tratta, infatti, di una disciplina che, da un lato, contiene un eccesso della tecnica, sempre da evitare, del «rinvio tra leggi», dall'altro incide, con poca consapevolezza da parte del legislatore, sulla stessa natura del contratto di compravendita, poiché se è vero: che, in presenza di «contratti di trasferimento della proprietà o di costituzione ed estinzione di altro diritto reale su immobili o aziende», prevede l'obbligo di depositare presso «un conto corrente dedicato» e intestato al notaio (ma costituente «patrimonio separato e segregato» rispetto a quello delle parti e del notaio), oltre alle somme relative agli onorari, alle spese e alle imposte, anche l'intero prezzo o corrispettivo; e che gli importi sono custoditi dal notaio, con funzione di garanzia, e svincolati e accreditati al venditore (o al concedente di altro diritto reale) dopo l'adempimento pubblicitario e dopo aver accertato l'assenza di formalità pregiudizievoli per l'acquirente; vero è pure che sull'interprete ricade il compito di decidere: se la vendita è immediatamente efficace mentre il deposito è legalmente condizionato a favore di terzo; se la vendita è sottoposta a condizione legale sospensiva (negativa), costituita dall'inesistenza di ulteriori formalità pregiudizievoli; se la vendita è sottoposta a condizione legale risolutiva (o clausola risolutiva espressa), costituita dall'esistenza di ulteriori formalità pregiudizievoli. Al contrario Portalis, con fermezza, invitava il legislatore ad essere sintetico ed efficace, ad evitare sia il rinvio tra leggi sia la tecnica oggi abusata (è il caso della disciplina del deposito del prezzo appena richiamata) delle leggi di dettaglio, le quali lasciano l'interprete in una situazione di limbo e di difficile coordinazione tra dettati normativi diversi e spesso poco coordinati. Come si dirà nel prosieguo, la ridondanza di alcune leggi è figlia della convizione, propria del «leggismo», dell'onnipotenza della legge e della necessità che il legislatore debba *prevedere tutto*.

32. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 90.

33. J.É.M. PORTALIS, o. l. c. Senza considerare che spesso il legislatore attuale è troppo concentrato su provvedimenti demagogici e poco lungimiranti, dimenticando che non basta conquistare «la libertà con le armi», occorre saperla conservare e consolidare «tramite le leggi» (Id., o. c., p. 78).

La seconda considerazione è che «regolare» e «prevedere tuttoè una meta impossibile da raggiungere» è una «pericolosa ambizione»³⁴, perché i «bisogni della società sono talmente vari, i rapporti fra persone così attivi, i loro interessi così molteplici, e i loro rapporti così estesi, cheè impossibile per il legislatore provvedere a tutto»³⁵ e non si può non demandare la soluzione anche «alla discussione dei dotti» e al prudente «apprezzamento dei giudici»³⁶. Del resto «[n]on vi è nulla di più puerile del voler prendere precauzioni sufficienti affinché il giudice abbia sempre un testo esaustivo da applicare»³⁷. Questi insegnamenti dovrebbero: per un verso, indurre il legislatore europeo, a prescindere dalla necessità di una codificazione³⁸, ad approvare, anziché una miriade di confuse Direttive che hanno l'ambizione di regolare tutto e invece risultano spesso ripetitive e attuate in modo assai diverso nei singoli Paesi membri dell'UE, un unico e non facoltativo od opzionale Regolamento, contenente alcuni limitati principi generali in tema, ad esempio, di obbligazioni e contratti che, tra l'altro, aiuterebbe a «semplificare tutto»³⁹; per altro verso, allontanare l'interprete dalla prospettiva, ancora oggi auspicata da parte della dottrina, favorevole, non senza contraddizione, alla non applicazione diretta dei principi fondamentali, anche se contenuti in una espressa disposizione di legge⁴⁰, con la conseguenza semmai di considerare rilevanti i principi impliciti e irrilevanti quelli espliciti. Lo stesso Portalis avversa, a differenza di quanto spesso si afferma, l'idea del giudice «bocca della legge»⁴¹ (mero esecutore senza ragione della disposizione normativa) e non disdegna af-

34. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 36.

35. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 37, il quale specifica, altresì, che «è impossibile disciplinare tutti gli oggetti civili mediante leggi» (p. 41).

36. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 38.

37. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 90.

38. Sul tema v. P. PERLINGIERI, *Quella di Hugh Collins sul "codice civile europeo" non è la via da seguire*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1205 ss.

39. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 36.

40. Il dibattito sull'applicazione diretta dei principi costituzionali coinvolge da sempre la dottrina, là dove ora si nega, in via categorica, la possibilità di applicare detti principi nei rapporti intersoggettivi, ora si ravvisa nell'applicazione mediata (per il tramite delle clausole generali) l'unico modo attraverso il quale concretizzare le norme costituzionali, ora, infine, si prospetta la possibilità di 'trattare' principi costituzionali e regole ordinarie «quali componenti dell'unitario sistema ordinamentale al quale l'interprete deve sentirsi vincolato» (P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 203 ss.; sulla valenza precettiva, e non meramente programmatica, delle norme costituzionali, v. già ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.). Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale: M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 875 ss.

41. Appare infatti una contraddizione auspicare il ritorno al «giudice bocca della legge» (nell'accezione propria della Rivoluzione francese) e, al contempo, proporre la non applicazione dei principi fondamentali, anche se contenuti in una espressa disposizione di legge. Tra l'altro, il significato della locuzione «giudice bocca della legge» è mutato radicalmente di senso nel tempo: mentre nell'Antico Regime la formula significava che la legge parlava soltanto attraverso l'attività dei magistrati e che quindi essa era destinata a restare muta senza la mediazione patriarcale dei giuristi, con la Rivoluzione Francese «non s'intese più quel che avevano inteso i giuristi di Antico Regime, ma esattamente l'opposto: il giudice avrebbe dovuto essere solo la bocca, non lo spirito della legge. La sua funzione sarebbe stata puramente dichiarativa, limitata cioè a tradurre in provvedimenti giudiziari

fatto la c.d. *giurisprudenza creativa* là dove rileva che «[p]re quanto si faccia, le leggi positive non possono giammai rimpiazzare interamente l'uso della ragione naturale negli affari della vita»⁴². Inoltre è consapevole che ogni decisione del giudice non deve «sottostare puramente al suo capriccio o volontà»⁴³, ma non si può «dimenticare» che «ci sono delle cose che sono soggette all'arbitrio della sua ragione», sí che il «[c]ompito della legge è di tutelarci contro le frodi altrui,

(e non giurisdizionali) la volontà di un testo normativo. Da principio-manifesto del potere giurisdizionale trionfante, l'espressione “giudice bocca della legge” divenne allora il manifesto funebre del potere togato». Così F. DI DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Lunga durata*, in *Quad. cost.*, 2011, p. 909 s., il quale chiarisce che «[n]ell'Antico Regime, insomma, il giurista-interprete, autoqualificandosi come “bocca della legge”, si accreditava come l'unico depositario dei significati normativi e acquisiva di fatto nelle sue esclusive mani la funzione nomotetica. Se la monarchia non esisteva senza la magistratura, ciò significava che neppure la legge, formalmente emanata dal re, poteva esistere senza l'intermediazione del giurista-magistrato che la faceva vivere nell'applicazione creatrice. Questa idea, di chiara derivazione medievale italiana, costituì l'essenza dell'ideologia e dell'azione strategica del corpo magistratuale francese nel quadro della monarchia “assoluta”». In tal modo fu evitata qualsiasi forma di “intermediazione” o contaminazione tra la legge e il giudice. Quest'ultimo avrebbe dovuto applicare la lettera senza interpretarla, fermarsi al dettato letterale evitando ogni forma di elaborazione e sistemazione teorico-applicativa. Sul mutamento di significato della locuzione giudice “bocca della legge” cfr. anche C. AMODIO, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012, p. 24, la quale rileva che «nel lungo periodo, del linguaggio di Montesquieu la Francia avrebbe trattenuto soprattutto l'immagine del giudice “bocca della legge”, adagiandosi sulla finzione per cui il giudice, colmando le lacune lasciate dalla legge, altro non fa che sviluppare l'intenzione del legislatore; tuttavia, vale la pena sottolineare che a differenza delle dogmatizzazioni e delle astrazioni che se ne sono fatte nel corso degli anni, anche quella celebre formula dava in un certo senso per presupposta, o quantomeno non escludeva, la capacità del giudiziario di esprimere un livello della giuridicità diverso e ulteriore a quello incarnato dal legislativo».

42. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 37. Sulla «creatività» dell'attività interpretativa v., però, anche B. GRASSO, *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Napoli-Camerino, 1974, pp. 6 ss., 28, 44, 46, il quale, tuttavia, appare legato al meccanismo logico della sussunzione (pp. 10, 19 s.) e distante dalla costruzione che qualifica «*de regole*» del caso concreto come il risultato dell'interpretazione e, dunque, come un *posterius* invece che come un *prius* già pienamente definito rispetto alla situazione da disciplinare (del resto anche in scritti più recenti non si esita a rilevare, sempre nella logica del sillogismo e della sussunzione, che il fatto non può non essere «incapsulato» entro «gli schemi nei quali si articola il formalismo giuridico, perché questi schemi rappresentano i momenti logicamente necessari per la stessa pensabilità di ogni esperienza giuridica» e «da norma, pur derivando dal mondo della storia, si astraе dallo stesso, e dunque è indifferente ai suoi valori»: ID., *Formalismo giuridico e sapere del civilista*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 355 ss.). Diversamente giova chiarire che senz'altro le disposizioni legislative sono un *prius* (sí che l'interpretazione, come rilevato dall'a., ha natura “dichiarativa” perché si fonda su «“dati” preesistenti» non creati *ex novo*: pp. 10, 22 s.), ma, da un lato, il fatto e il decorso del tempo destabilizzano sempre non soltanto il sistema giuridico (che continuamente si evolve) ma anche l'apparente quiete della singola legge già data (la quale deve essere sempre «attualizzata» – p. 40 s. – all'ordinamento vigente), dall'altro, la normativa del caso concreto è sempre il risultato – per certi e limitati versi “creativo” – di una interpretazione sistematica (pp. 23 s., 44, 55) e assiologica che non si risolve mai nella mera analisi di disposizioni puntuali. Da qui la non coincidenza tra legge e diritto. Tra l'altro, come ammette stesso P.a. citato, è «sempre l'interprete a decidere valutativamente se certi collegamenti di una norma ad un'altra debbano essere fatti o no» (p. 30). In tema v. già G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 151 ss. *Contra*, tra gli altri, G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, cit., p. 484, il quale ritiene che il bilanciamento dei principi e l'interpretazione sistematica creino una indebita concorrenza tra potere giudiziale e potere legislativo.

43. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 40.

ma non di dispensarci dall'uso della ragione. Se così non fosse, l'esistenza umana, sotto la sorveglianza delle leggi, assumerebbe i tratti della soggezione; alla fine detta sorveglianza degenererebbe essa stessa in inquisizione»⁴⁴. Queste parole mi sembrano molto significative perché ho sempre trovato intellettualmente poco onesto chi si scandalizza di fronte al concetto di «giurisprudenza creativa», poiché ogni interpretazione è attività creativa⁴⁵. Il problema, piuttosto, è valutare se nel caso concreto l'interpretazione proposta sia frutto di arbitrio (e allora è da rifiutare) o sia attività conforme alle regole e ai valori normativi (positivi) caratterizzanti il sistema giuridico di riferimento e senza i quali un determinato ordinamento perderebbe la sua identità e si trasformerebbe (con una vicenda «novativa») in altro.

Queste parole dovrebbero far riflettere coloro che ancora oggi sostengono, richiamando l'esperienza francese, che il diritto si risolve nella legge, che i codificatori d'oltralpe sono stati i fautori del positivismo legislativo e che l'interpretazione è una mera deduzione del significato letterale di un testo. Chi afferma ciò non rende un buon servizio perché semplifica la realtà e altera la storia. Anche per i codificatori francesi, o almeno per il suo massimo esponente, *il diritto non si risolve nella legge* e l'interpretazione non è, come vorrebbe la scuola dell'esegesi, una *mera deduzione del significato letterale di un testo* né si risolve nella sussunzione e nel sillogismo.

In altre parole si tratta non di «diritto libero»⁴⁶, ma, come rileva Portalis, della «necessità in cui si trova il giudice, d'istruirsi, di fare delle ricerche, di approfondire le questioni»⁴⁷, perché la legge (ogni legge, in ogni tempo e in ogni luogo) non ha in se ogni possibile risposta, quindi è inevitabile che «molte cose sono [...] lasciate all'imperio degli usi, alla discussione dei dotti, all'apprezzamento dei giudici»⁴⁸.

Non è una questione di valutazione positiva o negativa, di ammissibilità o non della *giurisprudenza creativa*, ma è, come sempre, un problema di *controllo di ragionevolezza* e di *congruità* della soluzione prescelta⁴⁹.

44. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 72.

45. T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in Id., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 158, ha osservato che la «creazione è continua e l'uomo ne è collaboratore. Il diritto non è mai un dato, ma una continua creazione della quale è continuo collaboratore l'interprete e così ogni consociato ed appunto perciò vive nella storia ed anzi con la storia. Il rapporto tra la legge e la sua interpretazione non è quello che corre tra una realtà e il suo specchio, ma quello che corre tra il seme e la pianta e perciò la legge vive solo con la sua interpretazione e applicazione che d'altra parte non è affatto mera sua dichiarazione, ma creazione di diritto, tuttavia caratterizzata dalla sua continuità col dato dal quale prende le mosse».

46. L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritto libero*, in *Dig. disc. prin., Sez. civ.*, IV, Torino 1990, p. 279 ss.

47. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 40.

48. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 38. Questo non significa che manca un regolamento di confini tra la decisione giuridica e quella politica, piuttosto è la presa d'atto che la decisione giuridica non è il risultato della sola valutazione linguistica, ma di una argomentazione e una motivazione che non può trascurare anche aspetti sociali, economici, statistici, medici, *etc.* Del resto anche il più formalista non può negare quanto possa essere importante per la decisione giuridica il ruolo dei consulenti tecnici.

49. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*.

Non a caso Portalis richiede un interprete *sensibile*, necessariamente dotato di una «certa esperienza per applicare con saggezza le leggi»⁵⁰, conoscitore delle scienze sociali, capace di enucleare gli aspetti *economici, sociali, storici, morali* che concorrono alla formazione della normativa del caso concreto⁵¹. Soltanto una interpretazione fine a se stessa (e non a fini applicativi) può far credere che l'attività ermeneutica si risolva in una questione linguistica o in una esegesi insensibile alla totalità dell'esperienza⁵². La mera lettura di una disposizione legislativa senza il confronto (con altri riferimenti normativi del sistema ordinamentale e) con il fatto non è interpretazione bensì precomprensione⁵³.

Inoltre l'esegesi di un testo di legge non basta perché ogni legge va sempre inserita nel sistema del quale è parte, secondo la tecnica dell'interpretazione sistematica e perché non è possibile, o se è possibile non è corretto, distinguere nettamente il diritto privato italiano dal diritto privato europeo e internazionale, e più in generale il diritto, dall'economia, dalla sociologia, dalla storia, dalla morale. Questa consapevolezza non conduce né ad essere fautori della legislazione per principi, né a voler ricorrere, come afferma Portalis, al diritto naturale in caso di silenzio, oscurità, carenza o semplice irragionevolezza delle leggi positive. Significa soltanto che con l'avvento del costituzionalismo moderno, il quale

50. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 39. «Se è vero che solo lo spirito parla allo spirito, è vero anche che solo uno spirito di pari livello e congenialmente disposto trova la via per comunicare con lo spirito che gli parla ed è in condizione di comprenderlo in modo adeguato», E. BETTI, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito* (1962), trad. it. di O. Nobile Ventura, G. Crifò e G. Mura, Roma, 1987, p. 99.

51. J.É.M. PORTALIS, o.l.u.c.

52. «Se il diritto è essenzialmente storia, il giurista deve essere capace di operare innanzitutto come storico, lettore non solo dei codici» e delle leggi «ma dell'esperienza», N. LIPARI, *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 883. Si pensi anche alla rilevanza dei codici deontologici per la concretizzazione del concetto di diligenza professionale per l'adempimento dell'obbligazione (art. 1176 c.c.). La stessa Costituzione a proposito dei diritti e dei doveri dei cittadini discorre di rapporti etico-sociali.

53. La «norma [...] non si identifica con la disposizione legislativa, ma è qualcosa di più: in essa è insito il confronto dialettico con il fatto, in una inseparabile storica unità», P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 322 ss.; sulla scissione del binomio norma-disposizione legislativa e sulla necessità di una dialettica tra fatto e norma cfr. anche V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 196 ss. Il fatto, come rilevato da autorevole dottrina, è «un aspetto necessario del ragionamento del giurista» e la norma «vive solo nel momento nel quale viene applicata», tant'è che il «problema costante dell'interpretazione» è «da sottile determinazione dell'esatta portata della norma di fronte al caso concreto»; così T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, cit., p. 74; ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, ora in *Problemi giuridici*, cit., p. 140 ss.; ID., *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, ivi, pp. 153 ss., spec. 154; ID., *Antigone e Porzia*, cit., p. 158; similmente B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 23. Pone l'attenzione sulla necessaria fattualità del diritto anche P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, *passim*. *Contra*, tra gli altri, R. GUASTINI, *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Modena, 2012, p. 60, il quale sembra identificare il diritto nella sola «analisi del linguaggio». Diversamente è nel momento dell'applicazione che si coglie l'unità e l'idea di sistema; sul punto v. P. FEMIA, *Nota di lettura. Voltare le spalle al destino: sistema aperto o aperture sistematiche*, in C.-W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ed. it. a cura di G. Varanese, Napoli, 2009, p. 192 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*.

supera la «dicotomia» diritto naturale e diritto positivo e trasforma alcuni valori naturali in «atti di volontà»⁵⁴, in norme giuridiche precettive e vincolanti (come stabiliscono gli artt. 54, 117 cost., e 18 disp. trans. fin. cost.), non c'è coincidenza tra ciò che la legge reputa *lecito* o *illecito* e ciò che il *diritto positivo*, nel suo incessante divenire, reputa ora *illecito*, ora *non meritevole*, ora *illegittimo* o semmai suscettibile di una *interpretazione conforme*.

È vero che per Portalis «è permesso tutto ciò che non è proibito» e che «[l]a libertà civile consiste nel diritto di fare ciò che la legge non proibisce»⁵⁵, ma ciò che è vietato, proibito o permesso si desume non soltanto dalla legge ordinaria ma, anche a prescindere dal «silenzio, dall'oscurità o dall'incompletezza della legge», dall'insieme delle fonti del diritto e dal bilanciamento tra valori normativi in concorso, senza dimenticare che il diritto è cultura e le regole morali e i codici deontologici concorrono alla formazione della regola a prescindere dall'esplicito richiamo di una norma di legge. Può accadere che la legge ordinaria non reputa di per sé illecito un *fenomeno* eppure quel *fenomeno* è da ritenersi illecito o non meritevole in virtù di fonti di grado superiore alla legge ordinaria o del diritto positivo unitariamente inteso⁵⁶. Sì che continuare a considerare il diritto scienza dei *mezzi* (necessariamente *esaustivi* e *refrattari* ad ogni eterointegrazione)⁵⁷ e non scienza dei *fini* e discorrere dei valori *posti* (come la dignità umana, la solidarietà, l'uguaglianza, la salute) quali espressione del diritto naturale è un falso storico⁵⁸.

Si tratta non di ricorrere al diritto naturale, né di lasciare la scelta alla libera valutazione del giudice, ma di applicare il sistema giuridico vigente nella convinzione che le regole e i principi che compongono l'ordinamento *non contengono mai la decisione*, ma, come rilevato, «conducono ad essa»⁵⁹.

La scelta non è tra formalismo o non formalismo, né tra professione o non professione di una fede, ma è mera consapevolezza che in qualsiasi epoca storica scegliere un

54. Il diritto è un edificio, una costruzione della volontà umana, un affare degli uomini, espressione della fisica e non della metafisica, ma i valori *normativi* non sono un'entità misteriosa, trascendenti e non appartenenti alla volontà dell'uomo, poiché, diversamente da quanto spesso tratteggiato si afferma (N. IRPI, *Gli eredi della positività*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, p. 11 ss.), anche i principi *identificativi* di un sistema giuridico sono un prodotto della storia, sono un affare degli uomini e sono *posti* da norme storicamente vigenti, sì che qualunque interprete non può trascurarli, salvo che non intenda violare il principio di legalità (art. 101, 54, 117, 18 disp. trans. fin. cost.). La storia ci ha insegnato che anche i valori *normativi* sono espressioni della volontà umana, forme di potenza terrena, scopi perseguiti dal mondo e nel mondo, sì che anche i diritti e i doveri «fondamentali», «dell'uomo», «umani» non sono sovrapposti ma sono anch'essi *posti* dalla volontà ed esistono perché il nostro Costituente li ha positivizzati, l'Europa col tempo li ha recepiti e, come altra vicenda terrena, vivranno finché l'uomo vorrà.

55. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 90.

56. *Contra* anche di recente P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, p.106.

57. Per un abbandono dell'autoreferenzialità del diritto v., P. PERLINGIERI, *Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 773.

58. P. PERLINGIERI, *La 'grande dicotomia' diritto positivo-diritto naturale*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 553 ss.

59. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 43.

sistema giuridico significa scegliere un intero mondo di regole e valori normativi⁶⁰ che il giurista non può trascurare, pena la lesione dello stesso principio di legalità.

Neppure è sufficiente, come spesso si afferma, il mero *rigore del linguaggio e la coerenza del discorso* perché l'oggetto della scienza giuridica sono i fatti non solo le parole⁶¹. La cura del linguaggio, utile e necessaria, può talvolta isolare il giurista dalla realtà, perché un discorso *coerente, proporzionato, logicamente ineccepibile* potrebbe essere *illegittimo, irragionevole, ingiusto*, lesivo di valori normativi e di interessi meritevoli di tutela. Un omicidio come rappresaglia ad un omicidio è *coerente*, e se vogliamo *proporzionato*, ma irragionevole secondo il sistema giuridico italiano vigente⁶².

Ad esempio, la scelta, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitense fino alla metà del '900⁶³, di separare *in equal misura* all'interno di un *autobus* le zone riservate ai

60. Così parte della dottrina prima della deriva nichilistica: N. IRTI, *Le ragioni delle leggi e la legge della ragione*, cit., p. 75.

61. Sul punto v. P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica*, cit., p. 13, il quale in nota 14 specifica che «la rigorosità del linguaggio non esaurisce l'indagine giuridica né da sola giustifica la scientificità; la cura per la perfezione del linguaggio può isolare il giurista, allontanarlo dalla realtà dei fatti: l'uniformità della nomenclatura non può essere il mezzo, né il risultato della scienza giuridica». Pertanto occorre assumere «consapevolezza della povertà e dell'unilateralità della idolatria della legge e dell'analisi meramente linguistica e filologica delle proposizioni normative», ID., *Presentazione*, in V. RIZZO (a cura di), *Emilio Betti e l'interpretazione*, Napoli, 1991, p. 5.

62. Del resto, anche in ambito penale la migliore dottrina e la giurisprudenza non esitano ad affermare che ogni pena deve essere *proporzionata* nonché diretta ad assicurare che la libertà del singolo non sia «*esposta o sacrificata oltre i limiti della ragionevolezza*»; sul punto si rinvia a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistemica teleologica*, Napoli, 1992, p. 188 ss.; A. NAPPI, *Razionalità complessiva del sistema: il c.d. omicidio stradale al banco di prova dei canoni di proporzionalità ed offensività*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE e F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2016, p. 693 ss. In questa direzione v. anche Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, con nota di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, comma 2, c.p., nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni (anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni), per contrasto con l'art. 3 cost. (principio di proporzionalità della pena) e con l'art. 27 cost. (principio della finalità rieducativa della pena).

63. Sul finire del XIX Secolo, la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva dichiarato la legittimità – in quanto non in contrasto con il XIV emendamento della Costituzione statunitense nel quale non poteva dunque rintracciarsi un esplicito divieto all'*apartheid* – della legge dello Stato della Louisiana che sanciva la segregazione razziale sui mezzi di trasporto (Corte Suprema degli Stati Uniti, 18 maggio 1896, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)). Riguardo a tale decisione occorre tuttavia segnalare la «*dissenting opinion*» del giudice John Marshall Harlan che, nella sua relazione di minoranza, ebbe modo di evidenziare che «*Our Constitution is color-blind and neither knows nor tolerates classes among its citizens*». Per un primo superamento, nell'ambito del trasporto pubblico, di tale impostazione discriminatoria fondata esclusivamente sull'uguaglianza formale e sulla proporzionalità, cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti, 3 giugno 1946, *Morgan v. Virginia*, 328 U.S. 373 (1946); Commissione per il commercio interstatale, 7 novembre 1955, *Keys v. Carolina Coach Company*, 64 M.C.C. 769 (1955); nonché Corte distrettuale degli Stati Uniti (Alabama), 4 giugno 1956, *Browder v. Gayle*, 142 F. Supp. 707 (1956). Il definitivo *overruling* della «*separate but equal doctrine*», si deve invece a Corte Suprema degli Stati Uniti, 17 maggio 1954, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). In argomento, cfr. U. MATTEI, *Il modello di Common law*, 2ª ed. a cura di L. Antonioli Deflorian, Torino, 2004, p. 109; A. GAMBARO, *L'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America*, in ID. e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 217.

bianchi da quelle riservate ai neri (secondo la nota dottrina del «*separati ma uguali*» e l'idea che il servizio offerto fosse formalmente identico per entrambe le razze) è *proporzionata* ma irragionevole nel sistema ordinamentale vigente.

L'*analisi dei fatti*, il *bilanciamento dei principi*, la *valutazione comparativa degli interessi*, l'*individuazione dei valori normativi che un dato sistema giuridico pone come prioritari rispetto ad altri* sono elementi indefettibili dell'attività ermeneutica che aiutano a *controllare* e *giustificare* la soluzione evitando *mere valutazioni linguistiche* insensibili e distanti non soltanto dalla complessità della realtà e dalla varietà dei fatti ma dallo stesso ordinamento giuridico vigente. Pertanto, quando si afferma che la scienza giuridica (la ricerca scientifica nell'ambito giuridico) è «un discorso fondato sul rigore e sulla coerenza dell'analisi» non ci si deve dimenticare di individuare prioritariamente il criterio da utilizzare per «sottoporre a controllo» le teorie e le soluzioni giuridiche al fine di valutare la loro «persuasività» e il loro grado di scientificità. Se questo non si fa, se non si individuano i criteri generali idonei a *giustificare il controllo*, il giurista non è rigoroso né fedele al sistema giuridico che ha il dovere di applicare. Diversamente il discorso giuridico diventa non solo *incontrollabile*, perché rimesso all'arbitrio del legislatore meno avveduto, ma si risolve in un'attività per la quale basterebbe un interprete dotato di capacità retorica⁶⁴ o, addirittura, un bravo linguista, con buona pace delle «Facoltà» di giurisprudenza.

Non è sufficiente che la soluzione risulti «convincente», «persuasiva», «coerente», occorre che sia conforme ai fondamenti del diritto positivo e alla volontà del sistema ordinamentale vigente. Ma come si fa a stabilire la priorità dei valori normativi e degli interessi in concorso. Basta, tra l'altro, leggere l'art. 41 cost. (norma imperativa, ex art. 18 disp. att. cost., molto attuale che senz'altro contempla anche la libertà di concorrenza⁶⁵), per com-

64. Questa strada, invece, sembra percorsa in particolare da G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 1103 ss.; similmente G. FILANTI, *Interpretazione, nuova retorica e fattispecie*, in C. CICERO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, I, Napoli, 2017, p. 513 ss. Sull'insufficienza della sola retorica nell'interpretazione giuridica la quale può condurre a più soluzioni tutte «coerenti», «persuasive» o «convincenti» si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*; ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Annali SISDir*, 1/2017, p. 25 ss.

65. A tal proposito, cfr. G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 91; in giurisprudenza, *ex multis*, Corte cost., 22 maggio 2013, n. 94, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1663 ss., con nota di M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l'esclusività dell'oggetto sociale delle Società Organismi di attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese* («Le clausole generali contenute nell'art. 41 Cost. concernono molteplici interessi qualificati, anche collegati alla sfera economica, quali quelli correlati all'esigenza di salvaguardare l'equilibrio di mercato in un determinato settore, oppure strumentali a garantire i valori della concorrenzialità e competitività delle imprese e, quindi, l'assetto concorrenziale del mercato, che costituisce ragione in grado di giustificare l'introduzione di limiti alla libertà di iniziativa economica»). Tuttavia, è stato sostenuto non soltanto che la garanzia costituzionale dell'iniziativa privata non implichi il principio di concorrenza [N. IRTI, *Iniziativa economica e concorrenza*, in G. DELLA CANANEA e G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 24], ma addirittura che con l'avvento dell'Unione europea la norma in esame – che costituisce il perno della «Costituzione economica» Repubblicana – sarebbe «cadut[a] in disapplicazione» (e, segnatamente, il suo comma 3), entrando in conflitto

prendere che il nostro sistema giuridico è fondato su scelte qualitative che vanno bilanciate. Infatti, «accorda maggiore tutela agli interessi che attengono alla persona rispetto a quelli concernenti il patrimonio e, all'interno di questi, prevalente tutela agli interessi che si riferiscono al lavoro o all'impresa rispetto a quelli che riguardano la proprietà statica»⁶⁶. Il giurista che intenda individuare il significato di qualunque disposizione normativa non può trascurare questi aspetti. Diversamente violerebbe il principio di legalità e le chiare indicazioni provenienti dalle fonti normative di grado superiore. Ciò non significa che ogni situazione patrimoniale debba *a priori* soccombere rispetto a una situazione non patrimoniale perché la realtà è complessa e le soluzioni non possono essere standardizzate in modelli ma valutate sempre caso per caso con ragionevolezza, ma pur sempre nel rispetto dei principi posti. Pertanto, è vero che bisogna rifuggire dall'idea di un «diritto libero», sì che il giurista a rigore non inventa nulla, poiché i dati sui quali si muove sono già presenti nel sistema giuridico, ma vero è pure che nel momento dell'applicazione «il giurista crea qualcosa che prima non esisteva, crea una rappresentazione chiara, evidente, perspicua, completa o comunque molto più ricca di prima di questo qualcosa che era presente in modo confuso, non pienamente consapevole, non sufficientemente organizzato, frammentario, forse addirittura in modo incoerente»⁶⁷. Così il giurista deve sempre indicare quali sono le norme che egli assume come vigenti (quale sia la fonte e il modo di ricostruire tali norme) e spiegare e *motivare* nel modo più convincente e completo possibile perché, in base a quelle norme (regole e principi) ed ai materiali di cui dispone (precedenti di dottrina e giurisprudenza, circolari amministrative, pronunce di Autorità indipendenti *etc.*), la domanda è pensabile e la risposta è inevitabile. «Le premesse dei suoi ragionamenti non sono arbitrarie, inventate, fantasiose, create liberamente da lui. Se ritiene che una determinata disposizione della costituzione, oppure una o più disposizioni contenuta in una specifica legge o in più leggi collegate siano pertinenti alla domanda che intende risolvere, egli deve citare tali disposizioni e spiegare perché sulla loro base è legittima sia

con il diritto comunitario e con le scelte operate in ambito sovranazionale [così N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato* (1998), Roma-Bari, 2003, pp. 25 ss. e 93 ss.]. Al contrario, sembra che i Trattati e la disciplina europea siano sempre più inclini alle istanze «etico-sociali» espresse dalla Costituzione e che delimitano, oltre all'iniziativa economica [V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in Id. (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza*, Napoli, 2006, spec. p. 36 ss.], anche l'istituto strettamente connesso della/e proprietà (*ex art. 42 cost.*). Su tale ultimo aspetto, cfr. P. PERLINGIERI, «*Funzione sociale*» della proprietà e sua attualità, in S. CICCARELLO, A. GORASSINI e R. TOMMASINI (a cura di), *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 218 ss.; P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, in G. D'AMICO (a cura di), *Proprietà e diritto europeo*, Napoli, 2013, pp. 326 ss. e 329 s.; Id., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 124 s.; *contra*, C. SALVI, *Proprietà, libertà e funzione sociale. Principi e regole*, *ivi*, pp. 45 ss. e 61 ss., il quale riconosce la contrapposizione tra la logica proprietaria della Costituzione italiana e quella del vigente diritto europeo, sebbene non ritenga che ciò determini la «vanificazione» della funzione sociale.

66. G. PERLINGIERI, *Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter, cit.*, p. 75. Sul punto vedi anche P. PERLINGIERI, *Il diritto come discorso?*, *cit.*, p. 779 s.

67. G.U. RESCIGNO, *o. c.*, p. 50.

la specifica domanda sia la specifica risposta alla specifica domanda»⁶⁸. Inoltre «è raro che il giurista, formulata la domanda, trovi già scritta nelle leggi la risposta che alla lettera risponde proprio a quella domanda. Il caso più probabile, e più interessante, è che, data la domanda, il giurista debba costruire la risposta avvalendosi di molti materiali che egli trova presenti nella esperienza giuridica». Si che «il giurista, data la domanda, costruisce la risposta avvalendosi di tutto ciò che egli trova nella esperienza giuridica e che si presta a costruire la risposta appropriata»⁶⁹.

Di ciò Portalis è conscio allorché afferma «che la vera dottrina, sostanziantesi nella conoscenza dello spirito delle leggi» è «superiore alla conoscenza delle leggi medesime»⁷⁰ e che «[i]l compito della legge è di stabilire, a grandi linee, i capisaldi generali del diritto: di fissare quindi i principi fecondi senza mai scendere nel particolare delle questioni che possono nascere su ogni materia. Spetta al magistrato e al giureconsulto penetrare lo spirito generale delle leggi dirigendone l'applicazione»⁷¹ e direi comprendere

68. G.U. RESCIGNO, o. c., p. 35.

69. G.U. RESCIGNO, o. c., p. 35 ss., il quale chiarisce che spesso la legge non risponde espressamente alla domanda, sì che occorre ricorrere ad altre norme presenti nel sistema che consentono di costruire per ragionamento la risposta appropriata. Si pensi al quesito «quanti anni dura in carica il Presidente della Repubblica». Secondo l'art. 85, comma 1, cost., sette anni. Tuttavia nessuna norma indica da quale momento decorrono i sette anni, sì che ci si è chiesti se questi decorrono dalla proclamazione del risultato della elezione o dal giuramento davanti alle camere riunite, momento nel quale entra in carica. Ma se questo quesito appare di facile soluzione più complesso diventa stabilire da quando il Presidente eletto deve oppure può prestare giuramento. Oppure si pensi al quesito di quanti senatori a vita può nominare il Presidente della Repubblica. La domanda appare di non facile risposta posto che sono state date due soluzioni incompatibili con la stessa domanda. V'è infatti chi afferma, più correttamente, che i senatori a vita sono al massimo cinque e mai più di cinque e v'è invece chi sostiene che ciascun Presidente della Repubblica possa nominare al massimo cinque senatori a vita. In tal modo il numero totale dei possibili senatori a vita diventerebbe indeterminato. Del resto nella prassi è anche accaduto che sia stata seguita la seconda opinione. Sul punto vedi anche J.É.M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, cit., p. 43, il quale già rilevava che «non si può più fare a meno né della giurisprudenza, né delle leggi», poiché «la decisione, nella maggior parte dei casi, dipende non tanto dall'applicazione di un testo preciso bensì dalla combinazione di molteplici testi i quali, anziché contenere la decisione, conducono ad essa».

70. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 91.

71. Testualmente, con una modernità struggente, J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 38, il quale, tra l'altro, prende atto che il «[c]ompito della legge è di tutelarci contro le frodi altrui, ma non di dispensarci dall'uso della ragione. Se così non fosse, l'esistenza umana, sotto la sorveglianza delle leggi, assumerebbe i tratti della soggezione; alla fine detta sorveglianza degenererebbe essa stessa in inquisizione» (p. 72). Inoltre rileva che «[p]er quanto si faccia, le leggi positive non possono giammai rimpiazzare interamente l'uso della ragione naturale negli affari della vita. I bisogni della società sono talmente vari, i rapporti fra persone così attivi, i loro interessi così molteplici, e i loro rapporti così intensi, che è impossibile per il legislatore di provvedere a tutto» (p. 42), anche perché «non tutto» è «prevedibile» e la necessità di un «testo esaustivo» che preveda «tutti i casi» sarebbe una «folle idea» che trasformerebbe «la legislazione in un dedalo immenso ove la memoria e la ragione si smarriranno nella stessa misura» (p. 90). È scartata e criticata, inoltre, l'ipotesi di *référé législatif* (o *référé au législateur*), per effetto del quale in caso di dubbio o di lacuna il giudice avrebbe dovuto chiedere l'intervento chiarificatore del corpo legislativo (p. 41 ss.). Tra l'altro la consequenziale sospensione del processo civile era avvertita come un fattore d'inefficienza della macchina giudiziaria. Interessante poi è la significativa differenza proposta da Portalis tra la «materia civile» e quella «criminale», anche in tema di lacune (p. 40). Così J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 42, il quale invita ad un

la *filosofia della vita* presente nell'ordinamento giuridico vigente del quale la singola legge è parte integrante e attuativa.

Quindi è vero, compete al legislatore stabilire quali sono gli interessi prevalenti o prioritari individuandone una *gradazione* o una *gerarchia*; ma spetta soltanto all'interprete applicare fedelmente questa gradazione nel momento della decisione anche mediante la tecnica del bilanciamento e senza limitarsi all'analisi della singola disposizione e della sua lettera (cosicché non si può parlare di «diritto libero»).

3.1. Numerosi sono i corollari dell'insegnamento richiamato.

È necessario ridimensionare il problema della scelta del metodo, poiché metodologia e sistema giuridico vigente sono interdipendenti (il metodo non si sceglie è imposto dal sistema), e occorre comprendere che la «riflessione sul metodo non è tanto riflessione sulla scelta, quanto sulla consapevolezza della scelta e dei risultati che l'attuazione di quel metodo comporta»⁷². I giuristi, pertanto, non dovrebbero più scontrarsi sull'*an* (come spesso ancora accade quando ad esempio ci si chiede: se la norma costituzionale sia o no una norma precettiva; se il principio costituzionale possa o no comportare l'invalidità del contratto o di una sua clausola; oppure se, più in generale, possa o no essere applicato nei rapporti di diritto civile), ma dovrebbero dare per acquisite queste conquiste della scienza giuridica per poi concentrarsi su temi diversi (spesso trascurati). Ad esempio, sul *quomodo* debba trovare attuazione l'*uso ora interpretativo ora integrativo-costruttivo dei principi generali*.

Chi discorre di «uso abusivo dei principi»⁷³ o di «tirannia dei valori»⁷⁴ dimentica non soltanto, come visto, la loro innegabile valenza normativa, ma soprattutto che i principi non operano mai da soli ma vanno sempre bilanciati con altri principi, sì che è il bilanciamento⁷⁵ che preclude ogni forma di tirannia o di abuso dettato dall'eventuale esistenza od operatività di un solo principio o valore (rischio, beninteso, improponibile nel caso concreto poiché non si può interpretare – e motivare – senza bilanciare più principi e il bilanciamento tra principi, o la valutazione comparativa tra interessi, si realizza interpretando, anche in presenza di una fattispecie apparentemente chiara)⁷⁶. Ad esempio, la pro-

«ritorno alla legge naturale» o, quanto meno, alle fonti gerarchicamente superiori, «in caso di silenzio, oscurità, o carenza delle leggi positive» (p. 91) di rango ordinario.

72. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 118.

73. A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, cit., p. 747 ss.

74. C. SHMITT, *La tirannia dei valori* (1967), Roma, 1987; in argomento, di recente, v. P. PERLINGIERI, *'Dittatura del relativismo' e 'tirannia dei valori'*, in T.G. TASSO (a cura di), *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, Napoli, 2011, p. 127 ss., ove si rileva che «dittatura del relativismo e tirannia dei valori conducono alla stessa aberrazione: separare l'uomo dal suo essere riducendolo a cosa».

75. Parte della dottrina discorre di «ponderazione» dei principi, la quale consente di passare «dal mandato ideale *prima facie* al mandato reale e definitivo», R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Napoli, 2015, p. 61.

76. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*.

porzionalità da sola non può mai operare, perché la stessa sproporzione di un contratto o di una clausola può essere giustificata in virtù dell'esigenza di uguaglianza sostanziale o di altri interessi meritevoli di tutela (come la salute). Inoltre può ben accadere che un contratto economicamente e giuridicamente proporzionato sia non meritevole e invece un contratto squilibrato risulti lecito e meritevole di tutela.

Chi discorre, con cognizione, di equilibrio contrattuale e di proporzionalità non ha mai inteso dire che ogni sproporzione (quantitativa) è illegittima, perché ogni valutazione giuridica è sempre anche qualitativa. La proporzionalità nei contratti non si risolve in una mera equivalenza economica delle prestazioni ma in un *eccessivo e ingiustificato squilibrio* normativo ed economico del regolamento alla luce dei valori normativi e degli interessi, anche non patrimoniali, in concreto coinvolti⁷⁷. Il controllo di proporzionalità va sempre ponderato e giustificato, nel caso concreto, con altri principi, con altri interessi ed esigenze altrettanto meritevoli di tutela e spesso gerarchicamente sovraordinate⁷⁸.

In questo modo è possibile proporre una metodologia che tenga conto della complessità del sistema (metodologia questa non sindacabile visto che è l'ordinamento giuridico attuale ad essere caratterizzato da una pluralità di fonti da combinare nel rispetto della gerarchia) senza rinunciare alla *certezza del diritto*, intesa non come *ripetitività* o *perpetuità* della decisione – data la complessità del fenomeno giuridico e la varietà delle *quaestio facti* – ma come esigenza di *prevedibilità* e *controllabilità* degli atteggiamenti giudiziari e delle soluzioni giuridiche.

Soltanto individuando la *ratio* di una normativa, gli indici giustificativi di fondo, la soluzione diviene *prevedibile* e *controllabile*. Diversamente ci si rimette all'incertezza del dettato normativo e alla *polisemia linguistica*, poiché occorre liberarsi dalla falsa convinzione che la decisione fondata sulla mera razionalità sussuntiva offra maggiori certezze di quella radicata su funzioni, interessi e valori normativi⁷⁹. Né il giurista può essere *indifferente ai contenuti* dei precetti; piuttosto ha il compito di individuare, di enucleare «le logiche [e i valori normativi]» che sono alla base di una tecnica legislativamente posta, al fine di «governarne l'utilizzo»⁸⁰ nel modo più conforme all'ordinamento giuridico. Spesso invece si auspica il

77. P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., pp. 218 ss., 226; per una esemplificazione v. G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri»*, cit., p. 529 ss.

78. Sulla relazione tra ragionevolezza e proporzionalità cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*; P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 216 ss.

79. Così anche N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 4, il quale, nell'affermare che «[d]obbiamo liberarci dalla falsa convinzione che la decisione in base alla razionalità sussuntiva offra maggiori certezze di quella radicata su valori», sembra, tuttavia, cedere ad un diritto fondato sulla «misura di condivisibilità della soluzione», nonché sull'«esperienza». Sui rischi di un diritto fondato sull'«esperienza», la «condivisione» e la «prassi», si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 21 ss.; ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, cit., p. 25 ss., dove si chiarisce che il controllo di proporzionalità e di ragionevolezza delle soluzioni deve sempre essere fondato su dati normativi, su elementi *positivi* e storicamente vigenti.

80. A. VIGNUDELLI, *Prefazione*, in AA.VV., *Lezioni Magistrali di diritto costituzionale*, a cura di A. Vignudelli,

ritorno all'idea di un ordinamento giuridico «asettico», inteso come «complesso organico di norme che, a prescindere dalla condivisione del contenuto, devono essere interpretate e applicate» senza alcuna attività «creativa»⁸¹.

In questo modo si confonde il *civilista con il diritto civile* e il *giudice con la legge* (e se vogliamo un *ministro di culto con la religione*), perché la circostanza che possa esistere una legge asettica, senza *ratio* o con una *ratio* illegittima non significa che il sistema (e l'interprete) non debba valutarla. Si dimentica che il nostro ordinamento giuridico è fondato sulla gerarchia delle fonti, le quali impongono, come conseguenza della coesistenza, un controllo *contenutistico* delle disposizioni normative sotto il profilo funzionale, costituzionale, europeo e internazionale (artt. 10, 54, 134, 117, 18 disp. trans. fin. cost., artt. 6, comma 3, TUE e 267 Trattato TFUE). D'altro canto la legalità è altro dalla legittimità e non è possibile *separare* le tecniche dalle ideologie. Lo stesso nichilismo esprime una ideologia. Ogni rimedio, ogni tecnica, anche quella apparentemente neutrale, è sempre al servizio di un'ideologia, sì che l'attività ermeneutica non può, sul piano logico, prescindere dal fatto ed essere asettica o avalutativa⁸².

Portalis chiarisce anche l'impossibilità logica, la contraddizione nella quale versano i nichilisti: la «scienza della legislazione consiste nel cercare in ogni materia i principi più favorevoli al bene comune; la scienza del magistrato intende dare attuazione a tali principi, ramificarli ed estenderli tramite un'applicazione saggia e ponderata»⁸³.

Che senso ha discorrere di *indifferenza del giurista per i contenuti*, di *irrelevanza* o «uso abusivo dei principi»⁸⁴, se essere giuristi in ogni tempo e in ogni luogo significa, come già

Modena, 2011, p. 8.

81. Così A. CATAUDELLA, in E. DEL PRATO, *Intervista ad Antonino Cataudella*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 728 s., il quale chiarisce anche che tale approccio «connotava di scientificità lo studio del diritto».

82. Del resto non c'è fatto senza valutazione; così anche B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico* (1958), rist., Napoli, 2016, p. 23, il quale, tra l'altro, afferma che «[l]a relatività della distinzione tra fatto e valore è il momento essenziale per comprendere la funzione assiologica della esperienza giuridica» (p. 114). Sulla *fattualità del diritto* cfr. anche S. PAGLIANTINI, *Itinerari della causa: il Gorka nordamericano ed una critica recente*, cit., pp. 36, 40, il quale, inoltre, correttamente rileva che occorre «disvelare le tante pre – comprensioni ideologiche spesso occultate, nel discorso degli interpreti, dal velo di soluzioni tecniche. Neutre, in realtà, soltanto di facciata». Sul «paradosso di Kelsen» e le incertezze della «teoria pura del diritto» cfr. anche J.F. KERVÉGAN, *Variazioni kelseniane*, Napoli, 2016, p. 42 ss., il quale pone in evidenza l'impossibilità di distinguere tra fatti e norme anche per il semplice motivo che c'è necessariamente, come riconosce lo stesso Kelsen, una «certa correlazione tra validità ed efficacia» delle norme, nonché tra «essere» e «dover essere». Senza considerare le difficoltà che conduce l'idea della *Grundnorm* quale norma non posta ma «presupposta», il che crea ulteriori difficoltà nel confermare la totale distanza o mancanza di una qualche relazione del diritto oltre che dal fatto da elementi extranormativi, da dati sociologici o di politica giuridica, come rilevato già in G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 154, nota 390. Occorre pertanto superare il dualismo tra essere e dover essere, nonché del normativo dal fattuale, del *Sein* e del *Sollen*.

83. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 42.

84. Così A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, cit., p. 747 ss.; L. ALEXANDER e K. KRESS, *Per una critica dei principi del diritto*, Napoli, 2014, p. 7 ss.

anticipato, «penetrare lo spirito generale delle leggi dirigendone l'applicazione»⁸⁵, comprendere quali sono le regole e i valori normativi che un dato sistema giuridico intende perseguire. Sí che è vero che il giurista deve interpretare e applicare le leggi con coerenza e che la sovranità giuridica, a differenza di quella territoriale, non è in crisi, ma la decisione non è un atto *neutro* di volontà⁸⁶, bensí il frutto di una attività di comprensione e di conoscenza degli interessi e dei valori espressi non soltanto dalla singola norma ma dall'intero sistema in un dato momento storico. E in questa direzione allora si tratta di confrontare diverse volontà (esprese nelle diverse forme degli atti normativi) e far prevalere quella gerarchicamente superiore (*Grundnorm*). Altro è applicare la legge, altro è comprendere e applicare il sistema giuridico vigente.

Le «leggi non sono meri atti di potere; sono «atti di saggezza, di giustizia e di ragione»⁸⁷, poiché esprimono *valutazioni, contenuti e ideologie* che il giurista, se vuole essere fedele alla stessa legge, non può ignorare e che, tra l'altro, il sistema attuale li ritiene sottoponibili al giudizio di legittimità costituzionale ed europea. Né è possibile criticare chi propone una interpretazione sistematica e assiologica sulla base della considerazione che tali tecniche ermeneutiche non garantiscono la certezza del diritto. Sostenere questo significa disattendere gli artt. 54 cost. e 18 disp. trans. fin. e non comprendere che la «certezza del diritto» va intesa, non come *ripetibilità* o *perpetuità* della soluzione (data la complessità del fenomeno giuridico), ma come *prevedibilità* e *controllabilità* degli atteggiamenti giudiziari o delle soluzioni giuridiche. Quindi, l'unica possibilità di garantire tale *certezza* non è limitarsi al dettato letterale delle disposizioni, ma tenere in dovuto conto il dato normativo senza tuttavia tralasciare in alcun modo i profili funzionali, assiologici e la valutazione comparativa degli interessi coinvolti. Ciò a prescindere dalla più o meno rigorosità del dettato normativo. La lettera di una disposizione, a prescindere dal grado di precisione e rigorosità, deve sempre essere modellata sia alla luce della sua *ratio*, sia alla luce della *ratio* del sistema giuridico di cui è parte, in modo da far rivivere l'idea di sistema nel momento applicativo e annullare l'apparente distanza tra metodo casistico, metodo esegetico e metodo sistematico⁸⁸.

85. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 38.

86. Così, invece, N. IRIT, in F. PEDRINI, *Colloquio su Diritto, Natura e Volontà*, in *Lo Stato*, 2015, p. 161 ss., il quale, tuttavia, sembra contraddirsi là dove rileva che «i «tecnici» provano «a contrabbandare la volontà politica, ossia la scelta di dati fini e l'attesa di certi risultati, nelle algide vesti di regole tecniche e di verità scientifiche», sí che non sembra possibile negare, come insegna altra dottrina, che «ogni tecnica è al servizio di una ideologia», P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 133.

87. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 35.

88. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*. Non si deve, infatti, porre un'alternativa tra questi metodi. Ad esempio, con riferimento alla «questione di preferenza tra metodo sistematico e l'esegetico» deve essere «riconosciuta l'utilità di entrambi» e trovare «il modo di comporli insieme, facendo seguire all'esposizione della dottrina, che avvezza le menti a ricercare i principii, l'esame dei relativi frammenti, dal quale s'impara a conoscere le fonti e a rendersene familiari», E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione*

È vero che «i giudici debbono obbedire alle leggi», ma spesso i giuristi non trovano nella legge la soluzione. Come osserva Portalis, se i tribunali rinviassero la soluzione «al potere legislativo ogniquale volta affiori una lacuna normativa, oppure là dove la legge esistente appaia oscura» o incompleta, realizzerebbero un «abuso», un «diniego di giustizia»⁸⁹.

3.2. Questi insegnamenti consentono di valutare con maggiore ponderazione la c.d. «crisi della fattispecie»⁹⁰, locuzione di moda e che nasconde diversi equivoci. Al riguardo, di là dal diverso tema della relatività dei concetti e delle categorie⁹¹, vi è chi ha rilevato che con l'affermarsi dei valori e la diffusione delle clausole generali la fattispecie⁹² perderebbe importanza, nel senso che l'evento, il caso, non sarebbe più «commisurato ad una fattispecie» o sottoposto a un raffronto con il modello tipico, ma sarebbe «misurato dal valore», nel senso che cesserebbe di essere fattispecie e diventerebbe soltanto un'«occasione per far valere un valore»⁹³. D'altro canto si contestano i fautori della «crisi della fattispecie» sia ricorrendo all'esigenza di certezza del diritto e all'irrelevanza dei valori (sia pure se normativi-positivi), sia affermando che l'astrattezza della norma giuridica, la tipizzazione delle situazioni è l'essenza, la nota più profonda e grandiosa del diritto poiché «il diritto ha la *pretesa di dominare l'imprevedibile*»⁹⁴, là dove l'imprevedibilità si può controllare soltanto mediante il calcolo di probabilità⁹⁵, ovvero mediante la tipizzazione e le fattispecie astratte. Di conseguenza le norme vincolanti sarebbero non i principi (espliciti o impliciti) ma soltanto le regole, perché dotate di fattispecie e idonee, a differenza dei principi, a prevedere e calcolare il futuro secondo la «funzione direttiva propria dell'ordinamento»⁹⁶.

del metodo in Italia (1881), in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, p. 8.

89. J.É.M. PORTALIS, o. c., pp. 41 e 90.

90. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss., ove osserva che la «decisione normativa ha bisogno della fattispecie» e i principi conducono alla sua erosione; ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, *passim*; ID., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, *passim*; A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, p. 245 ss.; cfr. anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 7, il quale, tra l'altro, rileva che saremmo passati da «un diritto fondato sugli atti di posizione ad un diritto fondato sugli atti di riconoscimento»; nonché ID., *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, cit., p. 875 ss., il quale evidenzia che l'intervento della Costituzione repubblicana ha segnato una svolta epocale perché ha rotto la logica della fattispecie, la quale presiedeva l'idea di codificazione, ed ha imposto la considerazione del testo costituzionale, il quale nell'individuare principi ha allargato d'ambito di riferimento del giudice inducendolo a valutare i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni o agli interessi implicati nel conflitto».

91. Sul tema sia consentito rinviare a G. PERLINGIERI, *Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle categorie*, in AA.VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 543 ss. Discorre di frantumazione, disarticolazione e «crisi delle categorie», N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 5.

92. Intesa come «do schema che qualifica una generalità di fatti, che funge cioè da «tipo» di una molteplicità o generalità di fatti»: B. GRASSO, *Appunti sull'interpretazione giuridica*, cit., p. 7.

93. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 43 (corsivi originali).

94. N. IRTI, o.u.c., cit., p. 36 (corsivi originali).

95. N. IRTI, o.u.c., cit., p. 37 ss.

96. N. IRTI, in F. PEDRINI, *Colloquio su Diritto, Natura e Volontà*, cit., p. 172.

Senz'altro l'intervento della Costituzione repubblicana ha segnato una svolta epocale perché superando la centralità del codice civile e della legge ordinaria⁹⁷ ha imposto la considerazione del testo costituzionale, il quale nell'individuare principi fondamentali (nel senso di identificativi di un determinato sistema) ha allargato l'ambito di riferimento del giudice inducendolo a valutare i valori (normativi) posti in relazione ai beni o agli interessi implicati nel conflitto. Tuttavia la discussione, sicuramente assai intrigante, credo rappresenti un falso problema ora perché la tecnica del bilanciamento (e la valutazione assiologica) non si arresta di fronte a una norma con una fattispecie chiara e precisa⁹⁸, ora perché il giurista è da sempre chiamato nella sostanza a non limitarsi superficialmente alla fattispecie ma a individuare il difficile punto di raccordo tra le regole e i diversi contesti di applicazione – al fine di individuare nella differenza l'identità, nella frammentarietà la coerenza, nella molteplicità l'unità –, ora perché non tutte le regole, anche presenti nel codice civile, sono dotate di una fattispecie predefinita (né si può affermare, se non superficialmente, che in presenza di una regola il «bilanciamento» è stato già operato dal legislatore⁹⁹), ora perché una norma «senza fattispecie» o, meglio, con una fattispecie più «aperta» (regola o principio che sia) non può di per sé essere considerata non vincolante, salvo che non si voglia tornare a prospettive del tutto superate e difformi allo stesso principio di legalità¹⁰⁰. Diversamente

97. Sul processo di costituzionalizzazione del diritto civile cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 159 ss.

98. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 67 ss.; sul bilanciamento quale caratteristica costante dell'interpretazione, anche in presenza di norme «chiare», cfr., in particolare, ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione della Corte costituzionale nell'ultimo decennio*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno SISDiC, in corso di pubblicazione.

99. Posto che è nel momento dell'applicazione, e in relazione al caso concreto, che spesso, anche in presenza di una regola predeterminata e *sufficientemente precisa*, l'interprete deve dar luogo a un bilanciamento e un contemperamento di interessi e valori. Il che confermerebbe che non è corretto anche porre «in termini di conflitto legislazione e giurisdizione». Fare questo «significa non aver inteso il modo d'essere del diritto come esperienza» (così N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 8). Diversamente la dottrina che distingue la regola dal principio sulla base della circostanza che soltanto nella prima il *bilanciamento* sarebbe già stato operato dal legislatore. Questa affermazione non convince poiché spesso la norma da applicare non è individuabile a prescindere dalle peculiarità della fattispecie concreta e ciò anche senza considerare le clausole generali e la diversa e frequente esigenza di enucleare la norma(tiva) del caso concreto mediante la necessaria combinazione di fonti diverse e gerarchicamente disposte. Si è rilevato, ad esempio, che, nell'unità e nella complessità dell'ordinamento, «sarebbe impensabile che un legato di prestazione in luogo di adempimento debba, di necessità, essere, esclusivamente, regolato dalla norma di cui all'art. 659 Cod. civ. dacché è possibile, in relazione al caso concreto e agli interessi che il testatore ha inteso realizzare con quella disposizione, non soltanto un'ovvia interferenza con la disciplina generale sul legato, ma, anche, con la disciplina sul contratto di prestazione in luogo di adempimento e, in base alle circostanze, con la disciplina del legato di cosa altrui, piuttosto che con la disciplina sui vizi della cosa, o con la disciplina del legato di cosa da prendersi da un certo luogo, e così via», V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 175 s.

100. Si fa riferimento all'idea, espressa prima dell'avvento della Costituzione e che non trova riscontro in

si finirebbe per supporre pericolosamente che il presupposto della normatività debba essere la *sufficiente determinatezza* di una disposizione di legge¹⁰¹. Del resto, le clausole generali e i principi (nonché i valori positivizzati, poiché non tutti i principi esprimono tali valori: si pensi ai principi c.d. tecnici)¹⁰² hanno valenza normativa e sono sempre esistiti¹⁰³ (ovviamente con l'avvento della gerarchia delle fonti e del Costituzionalismo moderno hanno acquisito maggiore rilevanza assumendo in molti casi un esplicito e

alcuna norma di legge, che il «comando» sarebbe la nota essenziale della «giuridicità» e che, di conseguenza, i «“principi generali” non soltanto non possono essere omologati alle norme giuridiche, ma smarriscono ogni appiglio con il mondo del diritto»; così, criticamente, A. PANZAROLA, *I principi nella riflessione di Francesco Carnelutti*, in *Giust. proc. civ.*, 2015, p. 313 ss., il quale, di là da ogni logica formale, invita a superare la «concezione vetero-imperativistica di Carnelutti», assai lontana dall'attuale «dimensione dei principi (costituzionali non meno che europei)» e dalla loro innegabile valenza normativa, anche in ambito processuale. Del resto, come evidenziato da Panzarola, è significativo che lo stesso Carnelutti, poco dopo aver lasciato l'insegnamento e ripercorrendo le tappe della sua vita di studioso, ebbe modo di confessare: «noi abbiamo studiato, con molta delicatezza, i rapporti giuridici, che s'intrecciano tra i vari soggetti del processo» e «poi gli atti, che nello svolgimento di tali rapporti sono compiuti»; «noi sappiamo fra l'altro che la parte ha diritto ad essere giudicata e il giudice obbligo di giudicare; ma le nostre idee sono molto meno chiare intorno a che cosa sia giudicare» (così F. CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 165 ss.). Di recente, invece, N. IRTI, in F. PEDRINI, *Colloquio su Diritto, Natura e Volontà*, cit., p. 172, ancora afferma che quando si applicano “principi” e “valori” costituzionali «il giudice dà risposta alla “situazione di vita”, ma non applica la legge».

101. Così G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 265. In questa prospettiva anche G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 96 s., il quale nell'indagine sulla precettività delle norme costituzionali (nello specifico, al fine di valutare la possibilità di configurare una nullità per contrasto con i principi costituzionali), riferisce tale qualifica soltanto alle norme dotate del carattere della determinatezza; si che, ad esempio, nella Carta costituzionale tale carattere potrebbe essere ascritto a norme come l'art. 36 cost., ma non ad altre, come l'art. 3 cost., al quale si attribuisce valenza programmatica (p. 96, nota 58).

102. Sulla non necessaria sovrapposizione tra principi e valori, posto che il principio non esprime necessariamente un valore (si pensi ai principi c.d. tecnici), cfr. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., p. 29; sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 25, nota 55. Da altro punto di vista si può anche rilevare l'utilità del formalismo giuridico purché non si trasformi in un dogmatismo insensibile alle esigenze della morale e della buona fede. Sul punto v., per tutti, L. CARRARO, *Valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»* (1949), ora in *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli, 2012, p. 2552 ss., ove emerge chiaramente l'idea che diritto e morale operano su piani diversi ma non contrapposti. Sul rapporto tra diritto e morale v. anche ID., *Il negozio in frode alla legge* (1943), rist., Napoli, 2014, *passim*; nonché, in particolare, R. ALEXY, *La natura del diritto*, cit., p. 5 ss., il quale osserva come «la pretesa di correttezza [e di giustizia] necessariamente sollevata nel diritto comporti una necessaria inclusione della morale nel diritto» (pp. 12 s., 31 s., 38 ss.) e un necessario controllo su ciò che è «giusto» e ciò che è «assurdo» (p. 41 ss.), sì da imporre «un collegamento necessario tra diritto e morale» (p. 65).

103. A chi volesse fondare il diritto soltanto sulle «regole» mettendo da parte i «principi» si potrebbe rispondere non soltanto richiamando il principio di legalità ma ricordando le parole di E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, cit., p. 8, il quale non esitava ad affermare: «Io non so di che mai si componga il sistema, se non si compone di principi. Perché dunque tanta ostinatezza, e – diciamo francamente – tanta affettazione di noncuranza per le più alte manifestazioni della scienza?». Sulla valenza normativa dei principi cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*; v. anche V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

puntuale riconoscimento). Inoltre la fattispecie, il tipo, pur essenziali per il diritto, vanno sempre individuati ed enucleati, senza tuttavia risolvere affatto l'attività giuridica.

Pertanto si ha l'impressione che della formula «crisi della fattispecie» spesso se ne abusi, per un verso, perché la fattispecie, se correttamente intesa, di per sé non è in crisi – come vedremo, infatti, deve sempre essere ricostruita dall'interprete in una visione sistematica e non limitata alla singola disposizione, risolvendosi in sostanza nella «normativa del caso concreto» talora comprensiva di una pluralità di regole e principi, nonché di schemi astrattamente previsti dal legislatore –, per altro verso, perché la crisi indicata non è un fenomeno nuovo. La scienza giuridica, infatti, non può risolversi in schemi astrattamente previsti dal legislatore ma richiede la considerazione di numerosi elementi (tra i quali la *fattualità* e la *pluralità* delle fonti) estranei al circuito chiuso volontà legislativa/testo¹⁰⁴. Ciò perché il testo non è mai autosufficiente e il dato normativo è soltanto un elemento, sia pure tra i più significativi, dell'esperienza giuridica, la quale è composta non solo di aspetti sociologici, economici, religiosi, morali, ma da materiali (dottrina, giurisprudenza, prassi, circolari amministrative, pronunce di Autorità indipendenti) che concorrono a formulare la *regola iuris*, nonché a costruire la fattispecie per il caso concreto.

Inoltre, se di «crisi» si vuole continuare a parlare, è possibile discorrere non di crisi della fattispecie e, per alcuni, del diritto, ma semmai di crisi attuale di quella dottrina ancora intrisa di «legalismo formalista», di insensibili «geometrie» astrattizzanti, convinta che la realtà giuridica sia «omogenea alla meccanica»¹⁰⁵ e che la fattispecie, semmai desunta da una singola disposizione normativa, possa calzare perfettamente, per la sua generalità e astrattezza, a tutti gli accadimenti, costringendo il giurista non soltanto a trascurare la pluralità delle regole e dei principi coinvolti, ma anche a tralasciare le peculiarità del fatto pur di portare a compimento il giudizio di sussunzione¹⁰⁶. La realtà non è sintetizzabile in tipi e modelli prefissati. Tale consapevolezza, che taluni chiamano con un termine negativo «crisi» della fattispecie e crisi della certezza e della «calcolabilità» del diritto, è da salutare positivamente poiché consente di affrancarsi dalla mera logica deduttiva e dal supposto obbligo per l'interprete di limitarsi, anche in modo astorico, all'analisi del singolo e auto-

104. Per una riscoperta della *fattualità del diritto*, orientata a compulsare gli istituti giuridici «da sotto in su», cfr., tra gli altri, anche S. PAGLIANTINI, *Itinerari della causa: il Gorla nordamericano ed una critica recente*, cit., p. 36, ivi ulteriori riferimenti a Gino Gorla ed Enrico Finzi.

105. Si è, infatti, osservato che la «realtà giuridica non è omogenea alla meccanica, sicché l'arbitrio, così come può operare nell'applicazione di un principio, può attecchire nell'applicare una norma congegnata come fattispecie». In tal senso E. DEL PRATO, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*, in AA.VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, p. 278, il quale correttamente rileva, altresì, che «il punto (...) non è demarcare il ragionamento per principi da quello per fattispecie quanto, piuttosto, l'impiego che si fa degli strumenti per la soluzione del problema».

106. Il «problema costante dell'interpretazione» è «da sottile determinazione dell'esatta portata della norma di fronte al caso concreto, che è poi cammino imprescindibile della sua stessa applicabilità e perciò della sua stessa positività», T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., p. 155.

referenziale testo scritto¹⁰⁷, nonché alla fattispecie contenuta nella specifica disposizione, rinunciando all'interpretazione sistematica che, beninteso, è altro dall'interpretazione libera o dall'«uso alternativo del diritto»¹⁰⁸.

In questa prospettiva giova chiarire che l'attività giuridica sicuramente non può fare a meno di schemi astratti, di previsioni normative, di *stati di fatto* per condurre il ragionamento, tuttavia occorre assicurare una costante e continua interferenza tra la puntuale disposizione e il resto del sistema ordinamentale composto di principi e regole da contestualizzare e storicizzare. Tanto i concetti di *contratto*, *obbligazione*, *causa*, *persona fisica*, *giuridica* etc. sono elementi significativi del linguaggio giuridico (al massimo potranno essere sostituiti con altri – come nel caso in cui invece di *collegamento negoziale* taluno preferisce discorrere, intendendo tuttavia spesso la medesima cosa, di *operazione economica complessa* oppure qualora al posto di *causa* v'è chi preferisce discorrere di *funzione* o di «profilo pre-cettivo-contenutistico»¹⁰⁹), quanto gli schemi astrattamente previsti dal legislatore sono utili, anche se mai esaustivi, per argomentare la decisione. Tuttavia, anche quando c'è sussunzione non si può prescindere dal bilanciamento¹¹⁰ e la disciplina applicabile a un *fatto* o a un *atto* di autonomia dipende non tanto da mere classificazioni astratte, ma piuttosto dal controllo di adeguatezza della normativa al fatto concreto e allo specifico regolamento di interessi¹¹¹, con la conseguenza che l'interpretazione sia pure di una singola disposizione, nel momento applicativo, è sempre espressione di una valutazione sistematica e assiologica. S'impone pertanto una inversione metodologica. Il giurista per risolvere un caso non

107. Invita a liberarsi «da pesanti ipoteche culturali ancora pressoché intatte nell'intelletto e nel cuore (è, purtroppo, così) di parecchi giuristi italiani» legati al «legalismo formalista» e allo «statalismo», P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. VII.

108. Equipara, invece, sbrigativamente la dottrina della «legalità costituzionale» alla diversa dottrina fautrice dell'«uso alternativo del diritto», G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, cit., pp. 451, 500.

109. Per una rivisitazione del concetto di causa cfr. U. GRASSI, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, in *Rass. dir. civ.*, in corso di pubblicazione ove, tra l'altro, si chiarisce condivisibilmente l'attualità del pensiero di Emilio Betti troppo spesso interpretato non correttamente dalla dottrina. Il rilievo è già presente in G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 42.

110. Generalmente si considerano sussunzione e bilanciamento due tecniche non solo diverse ma non concorrenti, dimenticando che anche in costanza di una fattispecie predeterminata e di eventuale sussunzione c'è sempre bilanciamento o necessario controllo di conformità a uno o più principi fondamentali, perché l'interpretazione presuppone sempre un bilanciamento. La prospettiva criticata è accolta di recente, tra gli altri, da G. D'AMICO, *u.n.c.*, p. 470 ss. Diversamente A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Aa.Vv.*, *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Atti del 2° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., I, Napoli, 2008, p. 254, il quale correttamente osserva che si «bilancia interpretando» e si «interpreta bilanciando», sì che *bilanciamento* di interessi e valori e *interpretazione* degli enunciati non sono attività separabili. Sul superamento della distinzione tra un «diritto per principi» e un «diritto per regole» si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 43; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione della Corte costituzionale nell'ultimo decennio*, cit.

111. G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.d.d. «vitalizi impropri»*, cit., p. 529 ss.

deve partire dalla *fattispecie astratta* ma deve prima analizzare la *quaestio facti* per poi individuare, tramite il ricorso all'ordinamento giuridico (composto da una pluralità di principi, regole, tipi, categorie, *etc.*), la soluzione più adeguata o l'individuazione della normativa più congrua. Sì che non è un problema di verità o falsità ma di adeguatezza e congruenza di una decisione non a una singola norma ma a un determinato *ordinamento* giuridico che assume la sua unitarietà nel momento applicativo. Né la fattispecie astratta, pur apparentemente chiarissima, è in grado da sola di risolvere un problema o di prevedere autonomamente il futuro, sia perché la «logica» tradizionale della fattispecie non ha una «visione ordinamentale», ma è limitata alla appagante e apparente quiete della singola disposizione (dimenticando la necessità di una sua costante integrazione funzionale e assiologica nel momento dell'applicazione e dell'analisi del fatto¹¹²), sia perché è espressione dell'idea del diritto quale «realtà statica, perfettamente definita nella sua astrattezza formale e, quindi, nella sua immobilità» astorica¹¹³.

Dunque, premesso che una disposizione per assumere valenza normativa e carattere precettivo non richiede di esprimere una fattispecie esaustiva o ben definita (si pensi, pur prescindendo dalle norme costituzionali, alle clausole generali o semplicemente alle norme più generali), discorrere di «crisi» della fattispecie nell'ordinamento attuale è improprio per difetto e per eccesso. Per difetto perché anche le norme ordinarie, sia pure apparentemente chiare, non sono mai dotate di una fattispecie capace da sola, senza l'intermediazione della necessaria fattualità e degli altri predicati dell'ordinamento, di prevedere il futuro¹¹⁴; per eccesso perché, premesso che «ogni norma si riferisce a una

112. Sulla inseparabilità tra fatto e diritto e in merito alla circostanza che quando «si prende in esame una legge per conoscerla e valutarne le conseguenze pratiche, mettendola in rapporto con il fatto, a cui essa deve congiungersi in una simbiosi giudiziale, può accadere [...] che alla sua apparente certezza si sostituisca una ambiguità o plurivalenza di significati, da cui sorge l'incertezza sull'esito finale del giudizio», cfr. V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, 2ª ed., 1995, p. 3.

113. Visione alla quale la dottrina più sensibile contrappone «una visione dinamica, coerente al movimento e mutamento così vivaci nel secolo nuovo», P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. XII, 33 ss., 63, 75, ove si abbandona un diritto formale capace di galleggiare (statico e immutabile) al di sopra della storia, grazie a «logicità geometrizzanti», e si auspica il passaggio dal legalismo (e lo statalismo) alla complessità del diritto, caratterizzato, tuttavia, da valori normativi capaci di «costituire» una esperienza giuridica e di darle, nel mutamento, solidità e resistenza all'usura. Da altro punto di vista il mito della certezza ha fatto credere che il diritto sia statico e non sia sempre in continua e incessante evoluzione, sia pure con riferimento a disposizioni non mutate col tempo nel dettato normativo. Al riguardo si è correttamente inserita la certezza del diritto, insieme all'idea che la legge è espressione della volontà generale e che lo Stato è l'unico produttore di diritto, tra gli «arnesi mitologici di cui la modernità giuridica è straordinariamente doviziosa», senza alcuna ragione (pp. 6, 56). Tra l'altro, «parlar di certezza e arrestarsi qui come se si fosse raggiunto l'appagamento di un bene esaustivo, è come bendarsi gli occhi con il fine preciso di non vedere. Sì, perché significa arrestarsi all'involucro esterno del comando quasi che si trattasse di un vaso vuoto, rifiutandosi di guardar dentro e lasciando così intatte le possibili immondezze in esso racchiuse» (p. 61).

114. I comandi codificati non sono mai in grado di tener dietro all'incessante divenire sociale, economico e tecnico, sia perché anche fattispecie apparentemente chiarissime vanno riempite continuamente, nel momento

applicativo, di principi e valori normativi al fine di soddisfare anche l'essenziale fattualità del diritto, la quale si concretizza nella inseparabilità non soltanto tra fatto e singola disposizione, ma tra fatto e diritto. Del resto le norme sono «elementi di un sistema [...] punti di partenza di argomenti» e non «elementi di una rete casuale», si che è sempre possibile dare luogo ad un «ragionamento giuridico orientato alla correttezza», intesa non in senso assoluto ma in relazione a «un determinato sistema giuridico» e alla sua «morale» (così R. ALEXI, *La natura del diritto*, cit., pp. 28, 63 ss.). Si pensi all'art. 2043 c.c. che, nonostante sia una disposizione dotata di una fattispecie chiara, ha subito nel corso della storia interpretazioni diverse e, spesso, poco sensibili ai principi fondamentali [sul punto sia consentito rinviare a G. PERLINGIERI, *Sul giurista che come «il vento non sa leggerlo»*, cit., p. 385 ss., ove, tra l'altro, si evidenzia il rischio, sempre in agguato, da parte dei giuristi di proporre invece che una interpretazione costituzionalmente conforme della legge ordinaria, una interpretazione legislativamente conforme della Costituzione, con inversione della gerarchia delle fonti e dei valori normativi; cfr. anche P. PERLINGIERI, *Sull'attività della Corte costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976, p. 488, il quale segnala l'«errore metodologico di dare alla clausola generale costituzionale (dell'utilità sociale) un contenuto non costituzionale dedotto dalle leggi ordinarie per di più precedenti, nella maggior parte, alla stessa Carta costituzionale»; ID., *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*, cit., p. 695 s., quando, con riferimento alla clausola generale della «funzione sociale», segnala come questa nozione, «lungi dall'esaurirsi in un insieme di diritti determinati dalla legge, si configura come una reale attitudine sociale desunta dall'insieme dei principi e valori presenti nell'ordinamento e principalmente dal principio personalistico e da quello solidaristico che caratterizzano la Carta costituzionale»; in questa direzione, di recente, F. PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, p. 285, il quale si sofferma sulle clausole generali presenti nella Costituzione. Ancora, l'art. 2 c.c., a proposito della «capacità di agire», non spiega perché un minore non possa compiere alcuni atti (si pensi agli atti c.d.d. personalissimi, a quelli minuti della vita quotidiana, agli atti di prima necessità e agli atti di consumo) pur in mancanza di una espressa previsione di legge (sul punto v., tra gli altri, G. LISELLA, *La minore età e la capacità di agire*, in ID. e F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.* diretto da P. Perlingieri, II, 1, Napoli, 2012, p. 222). Né si può negare, anche alla luce della capacità di discernimento, che sono sempre più numerose, anche in ambiti molto delicati della vita sociale, le ipotesi nelle quali il legislatore si riconosce espressamente che il minore possa maturare una propria determinazione di volontà, manifestarla e renderla produttiva di effetti, tant'è che spesso si è dubitato della tenuta della regola generale del conseguimento della capacità di agire al raggiungimento del diciottesimo anno di età (sul tema cfr. D. DI SABATO, *Le relazioni economiche del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 699 ss., la quale propone il superamento della labile distinzione tra atti attinenti alla sfera patrimoniale e atti relativi alla sfera personale del minore, nonché la rilettura della materia alla luce delle normative in tema ascolto del minore e di amministrazione di sostegno, le quali sembrano stabilire come regola la capacità del minore). Anche l'art. 1385 c.c., in tema di caparra confirmatoria, non stabilisce se la caparra iniqua o manifestamente eccessiva possa essere ridotta d'ufficio dal giudice. La soluzione, piaccia o no (sul punto si rinvia alle due ordinanze della Corte costituzionale: Corte cost., ord., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3770 ss., con nota di F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di «penale» e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*; Corte cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2036 ss., con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, di R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e di G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*), deve necessariamente essere individuata attraverso il ricorso al sistema e alle sue regole generali. Né si può dire che la fattispecie desumibile dall'art. 1385 c.c. sia chiara ed esaustiva con riferimento al problema del limite massimo della caparra anche ai fini della sua qualificazione. Del resto altro è la caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) e altro è la clausola penale (art. 1384 c.c.), le quali si differenziano per modalità e funzioni. È possibile soltanto stabilire *a priori* che soltanto il 100% del prezzo non è caparra ma adempimento (sul tema sia consentito rinviare a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 32, nota 65). Si che è sempre l'interprete che deve colmare e riempire di contenuti le norme apparentemente più chiare e individuare la disciplina o meglio l'ordinamento del caso concreto» (secondo una efficace locuzione spesso utilizzata dalla dottrina più sensibile). Occorre pertanto superare il mito della certezza che ha fatto credere che

fattispecie» concreta¹¹⁵, anche dalle norme più generali e da quelle costituzionali è possibile ricavare una astratta fattispecie (intesa come «normativa del caso concreto» comprensiva talvolta anche di schemi astrattamente previsti dal legislatore)¹¹⁶. Semmai, con riferimento ai «concetti giuridici indeterminati» o alle norme «elastiche», v'è chi discorre di fattispecie «aperta»¹¹⁷, dimenticando tuttavia che qualunque fattispecie, a prescindere dal più o meno grado di «apertura», «indeterminatezza» o «elasticità» del dettato letterale, è sempre «aperta» (non potrebbe non esserlo in un ordinamento fondato sulla gerarchia e la competenza) alle fonti e ai valori normativi prioritari e va sempre adeguata alle circostanze fattuali che reclamano soddisfazione. In altre parole, la fattispecie ricavata da una singola disposizione non sarà mai la fattispecie definitiva, la quale sarà sempre il risultato dell'«ordinamento del caso concreto»¹¹⁸, nonché di una pluralità di disposizioni richiamate per risolvere un determinato fatto (con proprie peculiarità e caratteristiche

il diritto sia statico e non sia sempre in continua e incessante evoluzione, sia pure con riferimento a singole disposizioni apparentemente chiare e non mutate col tempo nel dettato letterale.

115. T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., p. 156, il quale chiarisce: «[p]erciò l'interprete continuamente costruisce una tipologia della realtà sociale in funzione dell'applicazione della norma, così come ordina gerarchicamente le norme in funzione della loro applicazione».

116. Inoltre se è vero che non può essere più dubitabile che «le norme costituzionali e, in specie, quelle contenute nella parte prima, siano norme giuridiche», vero è pure che anche da una norma costituzionale è possibile ricavare una fattispecie, la quale beninteso in ogni caso non sarà esaustiva per la soluzione del caso perché necessiterà senz'altro di bilanciamento e interpretazione sistematica. Da qui la differenza tra disposizione e norma. Si è rilevato, inoltre, che è «opinabile» considerare quelle costituzionali «norme senza fattispecie, se soltanto si considerino, ad esempio, le norme di cui agli artt. 37, 38, 19, 20, 21, 24, 18 cost. e se soltanto si osservi che anche quelle disposizioni, apparentemente prive della fattispecie, sono, in verità, munite di questa fattispecie: «in qualunque atto, situazione o attività, chiunque deve [...]»»; così V. BARBA, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 337, nota 8. Allo stesso modo «non è possibile vietare la professione in pubblico di una fede religiosa conforme al buon costume» (art. 19 cost.) o «non è possibile sottoporre a censura la stampa» (art. 21 cost.) sono fattispecie desumibili dagli artt. 19 e 21 cost. Similmente l'art. 36 cost. là dove stabilisce che il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite. Ad ogni modo, giova chiarire che, a prescindere dalla possibilità o meno di poter ricavare da una o più disposizioni una chiara fattispecie, la soluzione del caso non dipende, come spesso si presuppone in dottrina, dalla individuazione della predeterminata e astratta fattispecie, bensì dalla ragionevole ricostruzione della normativa da applicare, sia pure comprensiva di schemi astrattamente previsti dal legislatore. Sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*.

117. Sul punto v. la letteratura richiamata da F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., pp. 8 e 30.

118. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*. Si pensi agli artt. 1418 c.c. e 643 c.p. i quali non sono separabili tant'è che dal loro coordinamento si individua la fattispecie, ossia la normativa del caso concreto: «è nullo il contratto di donazione quando il donante è vittima di reato di circonvenzione d'incapace». Regole e principi, spesso apparentemente incompatibili, concorrono all'individuazione della fattispecie, nonché alla soluzione del caso concreto. In questa direzione, di recente, anche U. GRASSI, *Una disciplina per la causa del contratto*, cit., p. , il quale correttamente rileva che è «ingenuo contrapporre ad un "diritto della fattispecie" un "diritto dei valori", giacché i due metodi non si escludono, ma anzi, per definizione, cooperano tra loro». Per un superamento della distinzione tra un «diritto per principi» e un «diritto per regole» si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 41 ss.

spesso irripetibili) in conformità ai principi fondamentali. Sì che non soltanto le clausole generali ma qualsiasi disposizione di legge o fattispecie, sia pure prefissata, rappresentano un «organo respiratorio»¹¹⁹ di un dato sistema giuridico, in quanto sarà sempre l'interprete a costruire e fissare la *regola iuris* del caso concreto, anche perché è sempre l'interprete a decidere valutativamente se certi collegamenti di una norma ad un'altra debbano essere fatti o no. Occorre, pertanto, anche non esasperare la distinzione tra principi e regole, sul presupposto che i primi sarebbero oggetto di bilanciamento mentre le seconde sarebbero governate dalla logica del «tutto o niente» e della sussunzione, perché la normativa del caso concreto è sempre il risultato della combinazione di regole e principi¹²⁰.

Appurata la *quaestio facti*, sarà l'ordinamento giuridico, composto da una pluralità di elementi (principi, regole, categorie, *etc.*), a rispondere, grazie all'essenziale intermediazione dell'interprete, con lo studio e l'individuazione di una adeguata normativa¹²¹.

Del resto, con l'avvento delle Leggi fondamentali (Costituzione e Trattati europei) e con la maggiore complessità del fenomeno sociale, la fattispecie sempre più spesso non è «data», né appare di sovente «esaustiva», ma deve essere necessariamente «ricostruita» e «conformata» dal giurista tramite il ricorso alla pluralità delle fonti locali, nazionali, europee e internazionali. Quindi si può anche affermare che le norme costituzionali siano norme senza fattispecie perché si pongono per lo più fini, ma, per un verso, la fattispecie (lo stato di fatto)¹²² nel momento applicativo va sempre individuata tramite il ricorso non soltanto alla singola disposizione ma al sistema giuridico e, per altro verso, con l'avvento delle Leggi fondamentali non termina la *razionalità del diritto* perché anche la legalità costituzionale è razionale e impone un controllo di ragionevolezza dell'attività giuridica¹²³ (delle leggi e delle decisioni).

Di conseguenza è vero che l'interprete non può sottrarsi alla «comparazione» e al controllo di «compatibilità» tra fattispecie astratta e fattispecie concreta o tra «stato di

119. Così definiva le clausole generali V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, in *Atti del Regio Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, Venezia, 1908, p. 60; R. ALEXY, *La natura del diritto*, cit., p. 59, rileva che «[n]essun legislatore può creare un sistema di norme così perfetto che ogni caso possa essere risolto solamente grazie alla semplice sussunzione delle circostanze di fatto sotto la fattispecie contemplata da una regola e ciò avviene per molte ragioni. Di particolare importanza risultano la vaghezza del linguaggio giuridico, la possibilità di antinomie, la lacuna di norme su cui si possa fondare la decisione, la possibilità di decidere in casi speciali anche contro il tenore letterale di una norma. Esiste in questo senso una necessaria apertura del diritto».

120. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 67 ss.

121. Sì che «il discorso ritorna sulla formazione del giurista, poiché, oltre a insegnare un metodo conforme all'ordinamento giuridico vigente, è necessario alimentare la sua curiosità intellettuale senza limitarsi a trasmettergli apoditticamente nozioni o fattispecie per assemblare e comporre decisioni», G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 154, nota 389. Del resto la «mente non ha bisogno, come un vaso, di essere riempita, ma piuttosto, come legna, di una scintilla che l'accenda e vi infonda l'impulso della ricerca e un amore ardente per la verità»; così PLUTARCO, *L'arte di ascoltare*, a cura di G. Pisani, Milano, 1995, p. 81.

122. La «fattispecie è il tipo di fatto previsto», B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 51.

123. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*.

cose e fattispecie»¹²⁴, ma vero è pure che non soltanto la realtà della vita ma anche le fattispecie astratte e le formule giuridiche, seppure in modo e misura diversa, sono mutevoli e cangianti¹²⁵. Dunque non si può affermare che la «dinamicità non si trova nel sistema del diritto, bensì nella realtà della vita, nella molteplicità e dinamica del comportamento umano concreto», che «il diritto legislativo è [...] durevole, statico, sempre uguale» e che i «contenuti formulati dal legislatore in modo indeterminato e tipizzati astrattamente come possibilità del comportamento umano sono fissi»¹²⁶. Infatti, da un lato, fatto e diritto sono realtà indistinguibili poiché nel momento applicativo il fatto condiziona il diritto, dall'altro, la coesistenza di regole e principi impone spesso soluzioni diverse con riferimento a casisimili o apparentemente simili, pur là dove la fattispecie desumibile dalla sola regola ordinaria risulti «affine», «compatibile», «concordante» con il fatto specifico¹²⁷.

Ciò che occorre è rifuggire sia dai giuristi *naufraghi del dubbio* e *naufraghi delle categorie*, sia dai *giuristi senza dubbio*, intrisi di dogmatismo e di nozionismo logico-deduttivo¹²⁸. Il sillogismo potrebbe fare affidamento su categorie storicamente superate o su stati di fatto non più congruenti alla realtà sociale, perché, come ha insegnato Cartesio «il sillogismo (...) serve, piuttosto che ad apprendere, a spiegare agli altri le cose che già conoscono, o addirittura (...), a parlare senza giudizio di quelle che si ignorano»¹²⁹.

Sillogismo e sussunzione possono esimere il giudice dal motivare la decisione¹³⁰, favorendo abusi dell'interprete e incertezza. In diritto non è sufficiente «un ragionamento puramente formale che si limiti a controllare la correttezza delle inferenze, senza dare alcun giudizio sul valore della conclusione»¹³¹. Il valore della conclusione non è una questione di pura logica, né deriva dalla sovrapposizione tra stati di fatto o l'assimilazione di

124. G. WINKLER, *Il diritto e la scienza del diritto*, a cura di F. Lijoi, Modena, 2014, pp. 54 e 58.

125. *Contra* G. WINKLER, o. c., p. 55.

126. G. WINKLER, o.l.u.c.

127. Per alcuni esempi v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*. Diversamente, G. WINKLER, o. c., p. 59.

128. Insensibili alla problematicità degli aspetti giuridici e legati a schemi astratti, non relativizzati, non storicizzati e, in quanto tali, sterilmente condizionanti; sul punto G. PERLINGIERI, *Venticinque anni della Rassegna*, cit., p. 572 ss.

129. R. DESCARTES, *Discorso del metodo*, Milano, 2011, pp. 6 ss., 28, 89, nota 13. Anche J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., p. 49, osservava che «ogni argomentazione logica è coercitiva soltanto nell'ambito delle premesse stabilite». Pertanto se le premesse stabilite riguardano soltanto la singola disposizione e non anche la pluralità delle fonti coinvolte nel caso concreto (dunque non tengono conto dei valori normativi superiori e della loro gerarchia) qualsiasi sussunzione è di per sé fallace perché non tiene in dovuto conto il sistema vigente, i suoi valori normativi e la loro gerarchia.

130. Lo stesso Cartesio, nel *Discorso del metodo*, a proposito del sillogismo *Cogito ergo sum*, non esitava ad osservare che la logica da sola non basta, perché «contiene alcuni precetti [...] dannosi o superflui che costituiscono, più che un aiuto, un impedimento per la ragione, la quale si affida alla forza dimostrativa della forma sillogistica invece di operare in modo autonomo le proprie inferenze.

131. C. PERELMAN, *Logica giuridica. Nuova retorica*, ed. it. a cura di G. Crifò, Milano, 1979, p. 33; P. PERLINGIERI, *La 'grande dicotomia' diritto positivo-diritto naturale*, cit., p. 561.

concetti e categorie, ma si acquisisce sia con l'attenzione maniacale per il fatto concreto e per le sue peculiarità, non sempre ripetibili, sia con lo studio della *teoria dell'argomentazione* la quale a torto è spesso bandita dai programmi di studio delle Facoltà di Giurisprudenza e dagli stessi manuali, che spesso si riducono, anche in virtù dei famigerati crediti, a meri sussidiari incapaci di accendere una «scintilla» e «l'impulso della ricerca»¹³².

Per dare un giudizio sul valore della conclusione, l'interprete deve colmare le lacune che ogni testo di legge contiene, se non è inserito nel contesto, e scegliere la soluzione più conforme alla *ratio* della legge e allo *spirito* del sistema, ossia alla *filosofia della vita* presente nell'ordinamento del quale la legge è parte integrante. Se un *uomo in dubbio* il diritto non lo può contemplare, allo stesso modo il diritto non può comprendere l'uomo che applica *strumenti superati*, o che si colloca di là dalla *complessità del problema giuridico* o che non pone in coerenza testo e contesto, norme e sistema¹³³. Quindi non è tanto una questione di crisi o no della fattispecie o della categoria ma semmai è un problema di continuo mutamento del sistema giuridico, di impossibilità di prevedere *a priori* la realtà, di per sé, inafferrabile, con la conseguenza che è fondamentale partire dal fatto concreto al fine di enucleare attentamente le sue peculiarità, spesso uniche e non facilmente ripetibili, per poi valutarle. La «realtà è uno svolgimento senza fine»¹³⁴ e mentre «la legge parla una volta, la giurisprudenza ad ogni istante»¹³⁵; quindi gli istituti, le categorie, i modelli, le fattispecie astratte saranno sempre utili, ma non possono, né devono essere previsti *sub specie aeternitatis*, perché vanno composte e ricomposte dall'interprete senza soluzione di continuità.

Anche di ciò è consapevole Portalis quando afferma che «[u]n codice, per quanto esauriente possa sembrare, non è mai completo e lascia ai magistrati mille questioni imprevedute cui rispondere», anche «perché le leggi una volta redatte rimangono come furono scritte. Gli uomini, al contrario non riposano mai; sono sempre operosi: tale movimento, che è inarrestabile, ed i cui effetti vengono variamente modificati dalle circostanze, produce, in ogni istante, nuove combinazioni, nuovi fatti, o nuovi esiti»¹³⁶.

Inoltre la pluralità e la gerarchia delle fonti locali, nazionali e sovranazionali, la maggiore consapevolezza dell'impossibilità di interpretare senza analizzare la *quaestio facti* e gli interessi coinvolti impongono all'interprete, più di prima, sia di storicizzare e relativizzare le categorie, sia di non fermarsi alla singola disposizione, ma di inserirla nel sistema giuridico vigente, con i suoi principi e i suoi valori.

132. PLUTARCO, *L'arte di ascoltare*, cit., p. 81.

133. G. PERLINGIERI, *Venticinque anni della Rassegna*, cit., p. 572.

134. P. PERLINGIERI, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 425 ss., ora in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 595 (da cui si cita); F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto* (1951), rist., Napoli, 1999, p. 191.

135. E. JAYME, *Il ruolo del diritto comparato nell'Ottocento: Carlo Mittermaier ed Emerico Amari*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1279 ss.

136. J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 39.

Ciò che è prioritario non è tanto qualificare ma *comprendere*¹³⁷; così si compie un errore metodologico quando ci si affanna, ad esempio, a stabilire se il concepito sia o no un *soggetto giuridico*¹³⁸. Né è decisivo stabilire la natura *tipica* o *atipica* di un contratto per risolvere i problemi di disciplina applicabile¹³⁹, i quali dipendono dall'analisi del *concreto regolamento di interessi* spesso non riducibile in precise categorie predeterminate. Del pari, stabilire se i diritti edificatori siano diritti reali o di credito¹⁴⁰ non è definitivo ai fini dell'individuazione della normativa applicabile.

3.3. L'ordinamento giuridico, in particolare attraverso il costituzionalismo moderno, pone non soltanto mezzi ma fini da perseguire. Che il diritto non si risolva nella legge è altrettanto consapevole Portalis, là dove rileva, come visto, che «[l]a libertà civile consiste nel diritto di fare ciò che la legge non proibisce. Si considera permesso tutto ciò che non è proibito»¹⁴¹, ma non è possibile arrestare l'interpretazione alla legge, sia perché essa può essere ambigua e lacunosa, sia perché «[l]a giustizia è il primo obbligo della sovranità» e «i tribunali non potrebbero soddisfare lo scopo per cui sono stati creati se, dietro il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'incompletezza della legge, rifiutassero di giudicare»¹⁴². È ancora presente in dottrina chi, invece, ad esempio, a causa dell'oscurità della legge invita a non applicarla. Ad esempio, l'art. 2645 *terc.c.* sicuramente appare ambiguo, lacunoso, oscuro, approssimativo, ma l'interprete non può proporre una c.d. interpretazione abrogante, posto che la norma in esame possiede una *ratio* coerente con il sistema vigente. Piuttosto deve sforzarsi di inquadrare la disposizione nel sistema, limitando il più possibile le scelte autonome e arbitrarie e individuando nei principi e nelle regole generali i punti di riferimento per la valutazione delle soluzioni concrete e per il superamento di

137. Del resto «[n]on si sussume, si valuta sempre»; così P. PERLINGIERI, *Il diritto come discorso?*, cit., p. 786; cfr. anche B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 22 s.

138. È importante invece comprendere se il concepito sia idoneo a essere portatore di interessi meritevoli di tutela, al fine di riconoscerli in via diretta una adeguata tutela giuridica su piani di volta in volta diversi, come la salute, l'integrità psico-fisica, l'identità personale, l'onore, la reputazione, *etc.*

139. G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «italizi impropri»*, cit., p. 529 ss.; Id., *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, cit., p. 21 ss.

140. Sul punto v. B. TROISI, *Diritti edificatori*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ., Agg.*, diretto da R. Sacco, Torino, p. 222, il quale osserva che l'art. 2643, 2 *bis*, c.c. «non chiarisce né la natura dei “diritti edificatori”, dalla quale dipende il loro regime circolatorio e le tecniche di tutela, né la struttura e la funzione dei contratti che regolano le vicende di tali “diritti”, in particolare dei contratti volti alla loro costituzione o modificazione», ma «la distinzione tra situazioni reali e di credito, tradizionalmente fondata sulla presenza di alcune caratteristiche repute essenziali ed esclusive delle une o delle altre, non pare in tutto rispondente all'attuale assetto normativo» (p. 229). Sul punto v. P. PERLINGIERI e L. FERRONI, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Napoli, 2014, p. 267 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 843 ss.

141. J.É.M. PORTALIS, o. c., pp. 86, 90.

142. Così, a proposito delle regole destinate ai giudici, J.É.M. PORTALIS, o. c., p. 90, il quale chiarisce che «[l]'amministrazione della giustizia sarà dunque perpetuamente interrotta se un giudice si astenesse dal giudicare tutte le volte che la controversia a lui sottoposta non fosse prevista dalla legge».

spesso apparenti incertezze e incongruenze. Quindi è vero che *tutto ciò che non è vietato è permesso* e che la libertà civile consiste nel diritto di fare ciò che la legge non proibisce, ma, salvo che non ci si voglia porre contro il diritto positivo, ciò che è vietato, proibito o permesso si desume non soltanto dalla legge ordinaria ma (anche a prescindere dal «silenzio, dall'oscurità o dall'incompletezza della legge»), dall'insieme delle fonti del diritto e dal bilanciamento tra valori normativi in concorso, senza dimenticare che il diritto è cultura e le regole morali e i codici deontologici concorrono alla formazione della regola, a prescindere dall'espresso richiamo di una norma di legge. Si pensi alla rilevanza dei codici deontologici per la concretizzazione del concetto di diligenza professionale per l'adempimento dell'obbligazione (art. 1176 c.c.). Del resto anche la nostra Costituzione a proposito dei diritti e dei doveri dei cittadini discorre di rapporti etico-sociali.

In definitiva, l'interprete deve sempre cercare di ricondurre la legge al sistema attraverso una interpretazione conforme ai principi e ai valori posti dall'ordinamento giuridico vigente superando, se necessario, l'interpretazione letterale (art. 12 disp. prel. c.c.) e il falso broccardo *in claris non fit interpretatio*, posto che la chiarezza non è un *prius* ma è sempre il risultato dell'interpretazione. La prova che anche Portalis, pur prescindendo dal costituzionalismo moderno, fosse consapevole della distinzione tra legge e diritto ce la dà Emilio Betti, il quale ha rilevato argutamente che «quando, dal XVII secolo, la scuola del diritto naturale aveva domandato al legislatore di sancire con la sua autorità alcune regole elaborate dalla dottrina partendo dai postulati della natura e della ragione, essa non aveva mai inteso dire che diritto e legge dovessero essere confusi, e che il solo studio delle leggi possa farci sapere che cosa è il diritto (è sufficiente rinviare al “discorso preliminare al codice civile” di Portalis per eliminare ogni confusione sul punto)»¹⁴³. Queste parole dovrebbero far riflettere coloro che ancora oggi sono convinti che il diritto si risolve nella legge, che i codificatori francesi sono stati fautori del positivismo legislativo e che l'interpretazione è una mera deduzione del significato letterale di un testo. Chi afferma ciò non fa un buon servizio perché modifica la storia e semplifica la realtà. L'interpretazione letterale è l'unica modalità interpretativa idonea a garantire la certezza del diritto, la quale certezza non è mai semplicemente un dato *a priori*, un elemento già acquisto, ma è un obiettivo dell'interprete ancor più in un sistema complesso come quello attuale e composto da una pluralità di fonti locali, nazionali, europee ed internazionali. Del resto, già l'art. 4 *code civil*, riguardo al rischio di *denegatio iustitiae*, vietava al giudice, similmente all'art. 12 disp. prel. c.c. vigente, di astenersi dalla decisione della causa adducendo l'oscurità o il silenzio del testo normativo perché «[l']amministrazione della giustizia sarà (...) perpetuamente interrotta se un giudice si astenesse dal giudicare tutte le volte che la controversia a lui sottoposta non fosse prevista dalla legge» o fosse oscura o incompleta.

143. E. BETTI, *Il metodo comparativo come direttiva nell'interpretazione del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 654.

Lo stesso Portalis, nel difendere la scienza giuridica da chi afferma che in questa forma di scienza abbondano «le sottigliezze, le compilazioni e i commentari», non può fare a meno di ammettere che «ci sono tempi in cui la mancanza di libri condannava l'uomo all'ignoranza; ve ne sono altri in cui l'abbondanza ne limita la conoscenza. Soprattutto in giurisprudenza si può perdonare l'eccesso nel commentare».

Anche questo insegnamento è alquanto attuale perché oggi l'eccesso di informazioni (nella contrattazione dei consumatori) e l'eccesso di scritti spesso meramente compilativi e ricognitivi (nell'ambito scientifico) rappresentano un male da estirpare. Al riguardo non posso non richiamare anche il monito di Cesare Vivante il quale affermava che occorre incominciare «dove gli altri scrittori hanno finito, perché le ripetizioni costituiscono il più penoso ingombro che s'incontri sulla via degli studi giuridici, e non si deve accrescerne la mole già enorme»¹⁴⁴. Il giurista attuale poi non può fare a meno di assicurare un controllo diffuso di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi valenza normativa (controllo auspicato ormai da qualche decennio anche dalla Corte costituzionale, ma ancora osteggiato da quella dottrina che invita all'interpretazione letterale, all'*in claris non fit interpretatio* e all'«indifferenza per i contenuti delle leggi»). L'*in claris non fit interpretatio* e l'«indifferenza» contenutistica sono indicazioni del tutto ingiustificate in un sistema fondato, a differenza del passato, sulla gerarchia delle fonti e dei valori normativi. Sì che quando il giurista individua il significato di qualunque disposizione normativa deve tenere in debita considerazione non solo gli aspetti funzionali ma le indicazioni provenienti dalle fonti di grado superiore.

L'esegesi è solo il primo, e talvolta non essenziale passo (così in presenza di una c.d. lacuna legislativa), verso la costruzione del sistema, perché non si può mai prescindere dal controllo di conformità della soluzione proposta sotto il profilo costituzionale (secondo il c.d. controllo diffuso di costituzionalità)¹⁴⁵, europeo e internazionale (artt. 54, 101 e 117 cost.; ma vedi anche l'art. 18 disp. trans. e finali), in una prospettiva di un ordine costituzionale aperto alle istanze extrastatali e sovranazionali.

Quindi non è possibile risolvere la mera legalità (la quale riguarda il semplice rispetto della procedura di produzione delle norme) nella legittimità. L'attività ermeneutica, specialmente in un sistema complesso e composto da una pluralità di fonti locali, nazionali, europee, internazionali, infrastatali non può prescindere dal controllo di conformità della soluzione prescelta ai valori normativi caratterizzanti il sistema nel quale la decisione sia diretta a operare.

Occorre, quindi, superare definitivamente la distanza tra l'esegesi e la sistematica, perché il principio di legalità impone un controllo contenutistico ora di legittimità degli

144. C. VIVANTE, *Prefazione*, in *Tratt. dir. comm.*, I, *I commercianti*, 4^a ed., Milano, 1911, p. VIII.

145. P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., p. 1 ss.

atti normativi ora di liceità e di meritevolezza degli atti di autonomia negoziale. Controlli questi sostanzialmente simili perché «finiscono con l'aver le stesse radici (...), gli stessi principi normativi di riferimento»¹⁴⁶, risolvendosi in un giudizio di conformità dell'atto (legale o convenzionale) ai principi fondamentali.

Come rilevava anche Uberto Scarpelli, e come confermato dal combinato disposto degli artt. 54, 101, 117, comma 1, cost., «è la considerazione teleologica a portarci nel cuore del positivismo giuridico, a farcene afferrare l'unità: unità nella direzione, nelle intenzioni dominanti, nei valori-guida», i quali, in quanto *posti* dall'ordinamento, devono essere applicati anche direttamente nei rapporti di diritto civile e a prescindere dalla loro concretizzazione attraverso altre norme, come le clausole generali.

La *lex mercatoria*, un contratto («alieno»¹⁴⁷), non sono, né devono essere di per sé operativi nel nostro sistema semplicemente perché diffusi in altri ordinamenti, sia pure di paesi civili. «La crisi della sovranità territoriale degli Stati non è crisi della sovranità giuridica»¹⁴⁸. È recente un'ordinanza della Corte d'Appello di Bari¹⁴⁹ che ha dichiarato non esecutiva in Italia una decisione di un tribunale olandese fondata su una fideiussione illimitata, ritenendo giustamente, secondo l'orientamento della Cassazione¹⁵⁰, che il prin-

146. P. PERLINGIERI, *Prefazione*, in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011, p. 9.

147. Con tale locuzione s'intendono quei contratti «stranieri», «pensati, costruiti, scritti in funzione del diritto statunitense, ed ignorando il diritto italiano, anche quando esso prevede norme potenzialmente applicabili»: G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, p. 49.

148. Lo riconosce anche N. IRTI, in F. PEDRINI, *Colloquio su Diritto, Natura e Volontà*, cit., p. 169.

149. App. Bari, ord., 6 ottobre 2014, con nota di G. SALITO, *Garanzie personali e ordine pubblico*, in *Le Corti salernitane*, 2016, p. 227 ss.; in *Giur. it.*, 2015, p. 814 ss., con nota di M. ROBLES, *La fideiussione c.d. omnibus secondo l'ordine pubblico "economico" di "Bruxelles I"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 430 ss., con nota di I. PIZZIMENTI, *Importo massimo garantito per obbligazioni future e principi generali di ordine pubblico*; in *Int'LLis*, 2015, p. 89 ss., con nota di O. DESIATO, *Riconoscimento di provvedimento straniero e requisito ostativo dell'ordine pubblico: l'ipotesi della lettera di patronage non recante l'indicazione dell'importo massimo garantito*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 29 ss., con nota di G. VALENTINI, *Lettere di patronage e importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.*, ove si rileva, tra l'altro, che è necessaria «la fissazione di un limite di importo proporzionato alla normale e prevedibile attività del debitore ed alle sue potenzialità economiche e non anche di un importo qualsiasi che si tramuterebbe in uno strumento di garanzia sostanzialmente illimitato».

150. Tra le altre v. Cass., 14 marzo 2014, n. 5951, in *Mass. giust. civ.*, 2014; Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1249 ss., con nota di M. ANGELONE, *Divieto di garanzie personali atipiche «omnibus»: l'applicabilità diretta al patronage del limite di importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.*, il quale correttamente rileva che l'«originalità (ed il pregio) della pronuncia in commento [il riferimento è a Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520] va tuttavia rintracciata nell'aver rinunciato (aspetto questo di non poco momento poiché nega implicitamente la natura eccezionale della norma, pur avanzata in dottrina) al ricorso all'*analogia legis*, a favore di un'applicazione diretta al fenomeno del *patronage* del precetto scolpito nell'art. 1938 c.c., resa a sua volta plausibile in considerazione del fatto che quest'ultimo esprime un principio generale in grado di trascendere gli angusti confini tipologici. In sostanza, la Cassazione, ammettendo l'esistenza di un valore di ordine pubblico economico non superabile dall'autonomia privata e comune a tutti i negozi a scopo di garanzia (anche atipici), non avverte più il bisogno di qualificare in termini di garanzia fideiussoria ovvero di *patronage* la fattispecie concreta: l'art. 1938 c.c., infatti, quale norma «trans tipica», detta una disciplina «neutrale» il cui campo oggettivo di efficacia oltrepassa la ben delimitata area definita dal tipo» (p. 1267 s.); la sentenza è presente anche in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 530

cipio dell'«importo massimo garantito», sancito dall'art. 1938 c.c., sia di ordine pubblico e debba operare in presenza di qualsivoglia garanzia tipica o atipica¹⁵¹.

Il discorso vale anche per i lodi arbitrari, per alcuni contratti derivati (come gli *swap*), là dove siano caratterizzati da un'alea unilaterale, e per le stesse consuetudini internazionali.

Significativa è una recente sentenza della Corte costituzionale¹⁵² con la quale si è chiarito che il controllo di conformità ai principi fondamentali e ai diritti inviolabili della persona

ss., con nota di C. GHIGI, *Il limite dell'importo massimo garantito: principio di garanzia e di ordine pubblico economico*, in *Riv. trim.*, 2010, p. 713 ss., con nota di R. CALVO, *Lettere di patronage e abuso: un intervento chiarificatore della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 764 ss., con nota di C.A. NIGRO, *La regola dell'«importo minimo garantito» e la svalutazione delle peculiarità del patronage*; in *Giur. it.*, 2010, p. 1618 ss., con nota di B. PETRAZZINI, *Patronage e fideiussione: una massima da precisare*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2137 ss., con nota di E. STAUNOVO POLACCO, *Obbligazioni future o condizionali e fideiussione*, in *Riv. giur. sarda*, 2010, I, p. 253 ss., con nota di P. CORRIAS, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*.

151. La Corte App. Bari, 6 ottobre 2014, cit., ha rilevato, tra l'altro, che è necessaria «la fissazione di un limite di importo proporzionato alla normale e prevedibile attività del debitore ed alle sue potenzialità economiche e non anche di un importo qualsiasi che si tramuterebbe in uno strumento di garanzia sostanzialmente illimitato». L'art. 1938 c.c., in linea con la *voluntas legis* che ha ispirato la riforma del 1992, traduce in sé il bisogno di reagire «alle condotte prevaricatrici del creditore destinate a tramutare l'obbligazione fideiussoria in uno strumento di vessazione a nocimento del garante», rimediando così alle «storture derivanti dall'assunzione di obblighi «allo scuro» degenerata (soprattutto in ambito bancario) nella «prassi di rilasciare promesse senza essere in grado di misurare immediatamente l'entità dell'impegno in futuro richiesto per onorare la parola data» (R. CALVO, o. c., p. 717 s.); quindi, in chiave protettiva, risponde al «dovere di solidarietà sociale» e alla clausola di «buona fede» [così, tra le altre, Trib. Pistoia, 31 luglio 2008, cit.; in generale, la giurisprudenza aveva ricondotto l'art. 1938 c.c. al rispetto dei doveri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto (Cass., 29 ottobre 2005, n. 21101, in *Contratti*, 2006, p. 779 ss., con nota di A. ANGIULI, *La fideiussione «omnibus» tra silenzio del fideiussore e scorrettezza del creditore*; Cass., 17 gennaio 2003, n. 611, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 119), dal momento che la presenza di un «massimale» serviva a scongiurare il comportamento scorretto degli istituti di credito che spesso e volentieri prolungavano o rinnovavano gli affidamenti al debitore insolvente in pregiudizio delle ragioni del fideiussore]. Giova chiarire che, ammessa l'immanenza di un interesse primario dell'ordinamento alla «giustizia contrattuale», è indubbio che la regola di «*stop-loss*» asseconi, altresì, il principio di proporzionalità (e di ragionevolezza) tra le prestazioni dedotte nel contratto, che costituisce parte integrante dell'ordine pubblico [come di recente precisato dalla Corte regolatrice, l'ordine pubblico identifica le «regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società» (Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380)]. Anche in questa prospettiva, è agevole giustificare l'estensione del limite massimo dell'impegno di garanzia (fideiussoria) al *patronage* e non circoscriverlo più ai soli rapporti caratterizzati dal vincolo di accessorietà: d'altronde, ne dà riprova il fatto che «l'equilibrio economico-normativo del sinallagma, specificamente inteso come proporzionalità tra debito e garanzia», deve trovare effettiva ed «adeguata consacrazione anche nell'ambito delle garanzie autonome (a prima richiesta e senza eccezioni) al fine di non rendere troppo onerosa e, appunto, squilibrata la posizione assunta dal garante» [così M. ANGELONE, o. c., p. 1272 s.; in via ulteriore, sul principio di proporzionalità, applicato al sistema delle garanzie (nel caso di specie, reali), cfr. S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, p. 11 ss.; e, più in generale, sul principio di proporzionalità nei contratti, P. PERLINGIERI, *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 480 ss.]. Sul controllo di liceità e di meritevolezza delle nuove forme di garanzia v., di recente, G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, cit., p. 21 ss.; M. ANGELONE, *Nuove forme di garanzia e «legalità costituzionale»*, in corso di pubblicazione.

152. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 719 ss., con nota di P. PERLINGIERI, *Il diritto di accesso alla giustizia e una interpretazione funzionale dell'art. 134 cost.*; e in *Riv. dir. int.*, 2015, 1, p. 237.

deve essere esteso a tutte le consuetudini internazionali (operative nel nostro ordinamento mediante il rinvio diretto *ex art. 10 cost.*), anche se anteriori alla Costituzione¹⁵³, con la conseguenza, ad esempio, che la norma consuetudinaria internazionale in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione civile è illegittima (o se si preferisce non operativa nel nostro sistema) nella parte in cui esclude la giurisdizione del giudice a conoscere le richieste di risarcimento danni delle vittime di crimini contro l'umanità e di gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona. Né si ravvisa sul piano costituzionale un interesse pubblico preminente, idoneo a giustificare il sacrificio alla tutela giurisdizionale di diritti fondamentali (*ex artt. 2 e 24 Cost.*) lesi da condotte riconosciute quali gravi crimini. Ne consegue che la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che configge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega alcun effetto.

Ancora una volta l'ordine pubblico italo-europeo si dimostra diverso: ora da quello nord-americano (si pensi ai contratti derivati), ora da quello internazionale (si pensi alla consuetudine), ora da quello di un altro Paese dell'Unione Europea (si pensi al caso del giudice olandese), perché poco sensibili al solidarismo e al personalismo e fondati su di una concezione mercantile¹⁵⁴ e sull'idea di una libertà delle persone e degli Stati o senza controlli o, al massimo, con controlli di natura eccezionale¹⁵⁵.

4. Questa prospettiva è utile non soltanto al legislatore e al giurista, ma anche al politico europeo. Infatti nelle pagine di Portalis appare sconfessata la diffusa idea se-

153. «Non sussistono, sul piano logico e sistematico, ragioni per le quali il controllo di legittimità costituzionale dovrebbe essere escluso per le consuetudini internazionali o limitato solo a quelle posteriori alla Costituzione, tenuto conto che a queste ultime è riconosciuta la medesima efficacia delle consuetudini formatesi in epoca precedente ed il medesimo limite del rispetto degli elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale, vale a dire dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona», Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, cit.

154. In tale direzione Cass., 11 novembre 2014, n. 24001 (in *Dir. fam. pers.*, 2015, 3, p. 893), che si è pronunciata sulla contrarietà all'ordine pubblico italiano della surrogazione di maternità compiuta all'estero, tutt'ora in contrasto con la legge sulla procreazione assistita *ex art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004*, rafforzato da sanzione penale, nonché con la tutela dei minori e la dignità umana (in particolare della gestante; si ricorda infatti che alle pratiche di c.d. "utero in affitto" spesso si prestano, per ragioni economiche, le donne meno abbienti). Su posizioni difformi si assestava, invece, la Corte Edu che, nel 2015, legittimava la maternità surrogata sulla base dell'art. 8 della CEDU in tema di *rispetto della vita privata e della vita familiare* (il riferimento è a CEDU, 27 gennaio 2015, 25358/12, in *Foro it.*, 2015, 3, IV, c. 117). Tale pronuncia è stata, tuttavia, ribaltata dalla *Grand Chamber* che, con sentenza depositata il 27 gennaio 2017, reputa legittima (e non in contrasto con l'art. 8 Cedu) la decisione dalle Autorità italiane di allontanare un bambino dalla coppia che aveva fatto ricorso all'estero a pratiche di maternità surrogata. Si osserva, inoltre, che «*agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have amounted to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law*».

155. Per il superamento dell'idea del c.d. primato del diritto internazionale ed europeo v. anche il Trattato sull'Unione Europea, il quale agli artt. 4, comma 2, e 6, comma 3, sancisce il principio dell'*unità nella diversità* ed afferma l'unità del sistema giuridico europeo nel rispetto delle singole peculiarità e identità nazionali. Sull'identità nazionale e costituzionale quale limite all'assiologia normativa (culturale) europea e internazionale cfr. P. PERLINGIERI, *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in *Foro nap.*, 2014, p. 449 ss.; Id., *Il diritto come discorso?*, cit., p. 782.

condo la quale i codificatori francesi rappresenterebbero i massimi esponenti del «positivismo legislativo» ed è confermata la consapevolezza che il diritto è cultura e non può risolversi nella legge. Per la costruzione di uno «spazio giuridico e politico europeo» (quindi di una *Unione del popolo europeo* e non dei singoli Stati) occorre abbandonare il convincimento che siano sufficienti le leggi e i diritti, altrimenti si rischia, come rilevato di recente da autorevole dottrina¹⁵⁶, di creare un'Europa senz'anima e senza coesione politica e culturale. Qualsiasi progetto di *unificazione* non può tralasciare le *diversità* relative alla tradizione, alla storia, alla religione, alla cultura e ai valori dei diversi popoli che compongono l'Europa. Non basta una moneta per garantire la coesione europea, né è determinante l'identità di lingua e di razza, ma occorre una comunanza di valori ai quali non si dovrebbe rinunciare, su tutti il rispetto della dignità umana e di conseguenza la tutela di quegli interessi funzionali allo sviluppo della persona. È l'esistenza di questa comunanza (e non di una semplice 'comunità' di persone e di Stati) che rende possibile, nel rispetto delle diversità, la decisione fondamentale sulla forma del proprio esistere dando concretezza all'organizzazione costituzionale¹⁵⁷. Pertanto sono due le possibili strade: la prima è continuare sulla via dei "diritti". In questo modo però l'Unione diventerà uno spazio di conquista per le grandi potenze economiche oggi più dinamiche (Cina e Paesi arabi). Difendere i diritti significa anche difendere i "diritti" degli altri con la conseguente perdita dei diritti degli europei e, soprattutto, della loro cultura e della loro autonomia. L'Europa in questo modo diventerà come un albergo disponibile per tutti. L'altra strada, senz'altro preferibile, è quella della costruzione non di una «fortezza Europea», ma di uno *spazio politico europeo*, rispettoso dell'*unità nella diversità*, al fine di assicurare diritti e doveri, nonché il rispetto delle preziose identità culturali dei singoli Paesi membri. Una coesione economica e morale fondata su di una libertà (morale, culturale, religiosa)¹⁵⁸ ma sempre rispettosa di valori insopprimibili come il rispetto della dignità umana¹⁵⁹ e l'interesse allo sviluppo armonioso della persona. Questo spazio dovrà avere al centro «un organo veramente rappresentativo del popolo sovrano europeo» e una Costituzione, intesa come prodotto di una decisione storica sui principi fondamentali, sui fini e sull'organizzazione dell'Unione Europea. Soltanto in questo modo sarà possibile ricostruire un rapporto di legittimità ben oltre la pura e semplice «legalità», la quale spesso appare a torto come l'unica dimensione possibile per l'Europa.

156. A. CARRINO, *Per una nuova Costituzione europea*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni Magistrali di diritto costituzionale*, III, Modena, 2014, pp. 66, 71

157. A. CARRINO, *Per una nuova Costituzione europea*, cit., p. 66 ss.

158. Sul punto, con riferimento a titolo esemplificativo al tema della Kafala, cfr. P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in corso di pubblicazione, in *Dir. succ. fam.*, 2017.

159. Sul concetto di dignità v. L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 761 ss.

5. Le pagine di Portalis confermano, ancora una volta, che la riscoperta e la rilettura di un classico del diritto è un presupposto imprescindibile per l'evoluzione della scienza giuridica, al fine di evitare che il giurista positivo, ma anche il politico, si perda nel vuoto pragmatismo, in una «quotidianità priva di orizzonte culturale», con l'errata convinzione che «il presente non si studia a partire dal passato» e «il passato non fa più parte della vita presente»¹⁶⁰, oppure che il passato non è utile per prevedere e affrontare problemi futuri¹⁶¹, come, ad esempio, il tema della Codificazione europea¹⁶².

Con la rilettura del *Discorso preliminare* i più giovani scopriranno la strada da seguire, che non è quella del nichilismo e del relativismo, mentre i più anziani comprenderanno che è ancora lunga la strada da percorrere¹⁶³.

Mi auguro, tuttavia, che risulti chiaro che il diritto *vigente*, a differenza di quello *vivente* che è fondato sulle prassi giurisprudenziali e notari e considera «verità» semmai il ripetersi statistico di un errore, richiede interpreti e operatori sensibili, consapevoli e coraggiosi perché devono essere pronti, se necessario, a non seguire o fermarsi all'opinione prevalente spesso riportata asetticamente nei manuali e nelle sentenze¹⁶⁴. In questa prospettiva devono essere visti con timore anche quegli orientamenti recenti, auspicati da parte della dottrina processualistica, favorevoli alla «“standardizzazione” delle sentenze»¹⁶⁵ per eliminare l'arretrato giudiziale. Il diritto non è causa vinta, è causa che si può vincere.

Abstract

Nel *Discorso preliminare* di Portalis si rinvergono spunti e osservazioni particolarmente attuali su temi diversi, tra i quali il ruolo del legislatore e dell'interprete, il «mito» della «certezza del diritto» e il falso problema della c.d. «crisi» della fattispecie.

160. G. PERLINGIERI, *La responsabilità precontrattuale di Francesco Benatti, cinquanta anni dopo*, in F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale* (1963), rist., Napoli, 2012, p. I ss., ora anche in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 1322 (dalla quale si cita).

161. Si pensi a quanto possa essere utile in merito all'opportunità di una codificazione europea lo studio della polemica tra Thibaut e Savigny, per la quale vedi F.C. SAVIGNY e A.F.J. THIBAUT, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, 1982, *passim*.

162. Sul punto, di recente, P. PERLINGIERI, *Quella di Hugh Collins sul “codice civile europeo” non è la via da seguire*, cit., p. 1205 ss.; D. DE RADA, *Codice civile europeo: tra necessità e rilievi critici*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, p. 323 ss.

163. G. PERLINGIERI, *Venticinque anni*, cit., p. 570.

164. Pertanto assai pericolosa è l'affermazione di chi rileva che «la giurisprudenza è fonte del diritto, anzi probabilmente la principale fonte»; sul punto cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 95 ss. Richiamando il pensiero di Emilio Betti, invita a diffidare dall'«esaltazione della giurisprudenza e della mera prassi», P. PERLINGIERI, *Presentazione*, in V. RIZZO (a cura di), *Emilio Betti e l'interpretazione*, cit., p. 5.

165. F. CARPI, *L'avvocato ed i tentativi per eliminare l'arretrato giudiziale*, in *Riv. trim.*, 2014, p. 1618.

QUALE FUTURO PER I DANNI PUNITIVI*

GIULIO PONZANELLI

Prof. ordinario Università Cattolica del Sacro Cuore

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I danni punitivi italiani non sono i *punitive damages* nordamericani. - 3. La loro legittimità. - 4. La quantificazione del pregiudizio non patrimoniale.

1. Premessa.

Mai come in questa stagione, si parla di danni punitivi in Italia, sottolineando la loro positività nel quadro generale dei rimedi e la loro efficacia sul piano generale della deterrenza¹. Ciò è anche dovuto alla grande attesa della decisione delle Sezioni Unite dopo l'ordinanza interlocutoria della prima sezione della Corte di Cassazione del maggio 2016², con la quale si è chiesto al supremo organo:

a) in primo luogo, di rivedere la giurisprudenza consolidata in tema di riconoscimento di sentenze straniere (non necessariamente, ma quasi sempre americane) contenenti condanne a risarcimenti punitivi;

b) in secondo luogo, di verificare la polifunzionalità dell'istituto della responsabilità civile che non sarebbe più deputato a svolgere il compito di riparare il pregiudizio subito dal danneggiato ma altresì di incidere sul livello di attività del danneggiante, attribuendo, in tal modo, al danneggiato in determinata ipotesi una somma superiore all'entità del pregiudizio sofferto.

Queste pagine vogliono analizzare quattro aspetti:

- 1) se i danni punitivi di cui si parla siano o meno avvicinati ai *punitive damages* americani;
- 2) se essi siano legittimi dal punto di vista delle categorie del diritto privato della responsabilità civile e del diritto civile in generale;

*. Queste pagine, destinate agli Studi in onore di Giovanni Furguele, riproducono con l'ausilio di note essenziali la relazione tenuta a Modena il 31 marzo 2016 su "*Quale futuro per i danni punitivi*" al Congresso di studio organizzato dall'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia assieme all'*Association Internationale de droit penal* su "*La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*".

1. Cfr. in generale i contributi di P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1993; di F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione*, Napoli, 2013, e di F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalle law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.

2. Cass. (ord.), 16 maggio 2016, n. 9978, in *Danno e resp.*, 2016, 827, con nota di P.G. MONATERI e G. PONZANELLI. L'udienza di discussione si è svolta a febbraio 2017. Con la decisione del 5 luglio 2017 n. 16601, la Cassazione a sezioni unite ha chiarito che: a) l'evoluzione della nozione di ordine pubblico non consente più di non riconoscere l'efficacia di decisioni straniere di condanna ai danni punitivi, sempre che tale condanna non superi i livelli della ragionevolezza; b) la c.d. polifunzionalità delle regole di responsabilità civile (vale a dire il loro possibile utilizzo in una chiave non esclusivamente riparatoria ma deterrente-punitiva, attenta cioè alla condotta del danneggiante) deve necessariamente passare da un intervento legislativo.

- 3) quando essi possano svolgere una funzione utile di prevenzione e di deterrenza;
- 4) quale sia la loro giusta quantificazione.

Esaminiamo distintamente questi quattro punti.

2. I danni punitivi italiani non sono i *punitive damages* nordamericani.

Il pensiero immediato di tutti, e non solo dei cc.dd. esperti del diritto, va infatti ovviamente alla figura nordamericana dei *punitive damages*. E questo riferimento va subito chiarito perché i danni punitivi (che possono essere chiamati anche non riparatori, sovracompensativi, esemplari) non sono proprio legati da nessun rapporto di parentela e/o di affinità con i *punitive damages* nordamericani. Il diritto comparato ci insegna infatti, con una metodologia e un rigore assolutamente impensabile solo qualche anno fa, che la traduzione giuridica impone un'ottima conoscenza delle categorie giuridiche del diritto straniero e ci invita ad esaminare con la massima cura la loro corrispondenza con quelle di diritto interno. E questa verifica esclude con categorica certezza che i danni punitivi siano i *punitive damages* dell'esperienza nordamericana.

Esistono ben quattro caratteristiche dei *punitive damages* nordamericani che li rendono non trapiantabili nell'ordinamento italiano. Essi crescono e si impongono infatti negli Stati Uniti d'America sulla base di quattro ragioni fondamentali che non è possibile individuare in Italia. In veloce sintesi:

a) *la giuria e l'ansia redistributiva della r.c.*

La giuria, che gode di una precisa garanzia costituzionale (artt. 6 e 7 del *Bill of Rights*), decide, nei casi di responsabilità civile, sia sull'*an* sia sul *quantum* ma non è tenuta in alcun modo ad offrire una motivazione. In tal modo, porta inevitabilmente in alto il livello del risarcimento. E deve poi agire anche in una prospettiva di riequilibrare un carente sistema di sicurezza sociale;

b) *l'american rule*

Negli Stati Uniti d'America non è prevista la soccombenza: ciò spinge la giuria ad aumentare considerevolmente la misura del risarcimento, oltre il limite dell'effettivo pregiudizio subito, perché si vuole garantire il principio dell'integrale riparazione che corre il rischio di essere non rispettato tramite il funzionamento del patto di quota lite: in base al *contingency fee*, infatti, un terzo mediamente del risarcimento riconosciuto a favore del danneggiato può finire all'avvocato e non al cliente;

c) *contingency fee*

Il patto di quota è infatti considerato legittimo e questo fatto spinge la giuria inesorabilmente ad aumentare il risarcimento, attribuendo un'interpretazione sempre meno rigorosa ai requisiti per la concessione dei danni punitivi;

d) *la derivazione dell'illecito civile da quello penale*

A conservare ai rimedi risarcitori propri dell'illecito civile un carattere fortemente punitivo, concorre poi l'evoluzione storica della *law of tort*: l'illecito civile nasce nel grembo della responsabilità penale e, anche quando raggiunge la sua autonomia, mantiene una caratteristica fortemente sanzionatoria.

3. La loro legittimità.

Una volta chiarito che i danni punitivi (meglio non riparatori) non sono i *punitive damages* dell'esperienza nordamericana, bisogna affrontare il tema della legittimità di queste figure di danni.

Esse presentano una forte divaricazione rispetto al generale principio di integrale riparazione del danno che vuole, come è noto, solo rimettere il danneggiato, tramite l'equivalente monetario, nella stessa situazione in cui si trovava prima della commissione del fatto illecito.

Il riferimento è innanzitutto ai danni non riparatori introdotti dal legislatore: per rispondere al quesito, bisogna chiarire subito che il principio di integrale riparazione del danno non presenta una natura costituzionale, tale da impedire al legislatore di introdurre deroghe e/o eccezioni al risarcimento integrale. In presenza di interessi pubblici che giustificano questa scelta, il legislatore, quindi, può limitare il risarcimento del danno: è il caso del settore della circolazione auto, ove è stato adottato per le lesioni di lieve entità un sistema predeterminato di risarcimento, giudicato costituzionalmente legittimo dalla Corte Costituzionale nel 2014³.

Allo stesso modo, il legislatore potrebbe, come in effetti ha fatto, fissare misure risarcitorie che prescindono dall'entità effettiva del pregiudizio e che attribuiscono al danneggiato una somma ulteriore: è il caso della versione da ultimo approvata dell'art. 96, terzo comma c.p.c., in cui per combattere l'abuso del processo, è stata riconosciuta la possibilità che il Giudice, anche d'ufficio, "possa altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata" (una prima versione prospettava invece una condanna a favore dello Stato). Chiaramente, la somma, presa in considerazione dall'art. 96, nulla ha a che vedere con il pregiudizio subito.

Ancora la Corte Costituzionale nel 2016⁴ ha giudicato costituzionalmente legittima la previsione dell'art. 96, terzo comma, ritenendo non irragionevole la scelta effettuata dal legislatore di rendere destinataria di tale somma non tanto lo Stato, ma la parte vittoriosa esposta ad un pregiudizio indiretto per il coinvolgimento nel processo, riflesso negativo dell'art. 24 Cost.

Quindi, il legislatore può coniare figure sanzionatorie, in cui la somma da versare non abbia alcuna relazione con il pregiudizio, senza incorrere in censure.

3. Corte Cost. 16 ottobre 2014, n. 235, in *Danno e resp.* 2014, con nota di A. Frigerio.

4. Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Nuova giur. cin. comm.*, 2016, I, p. 1642, con nota di V. VISCONTI.

Il discorso fin qui svolto riguarda le figure sanzionatorie-punitive di origine legale.

Quando invece il legislatore non interviene, il giudice può, nell'ambito dei poteri a lui concessi dall'art. 1226 c.c., riconoscere e attribuire un risarcimento che superi il pregiudizio subito dalla parte danneggiata?

A mio giudizio, la risposta è negativa. C'è sempre bisogno, infatti, di una intermediazione legislativa: il risarcimento può essere inferiore o, nel caso del risarcimento non riparatorio, addirittura superiore all'entità effettiva del pregiudizio, ma il giudice deve trovare una norma che lo autorizzi ad andare oltre il principio di integrale riparazione del danno. È quello che è successo con l'art. 96, terzo comma, c.p.c., con l'art. 709 *ter*, c.p.c., con l'art. 125 del Testo Unico della Proprietà Industriale. In assenza, non pare consentito al giudice modulare un risarcimento diverso dall'effettivo pregiudizio subito dal danneggiato. Una conclusione diversa significherebbe violare le inderogabili esigenze di certezza del danno risarcibile che devono essere tenute presenti, senza considerare, poi, che la responsabilità civile attualmente è sempre più una responsabilità civile assicurata e la possibile concessione di un danno non riparatorio altererebbe necessariamente la misura dei premi assicurativi.

Come è noto, in un'area sempre crescente, non più coincidente con il solo danno alla persona, vengono utilizzate le tabelle giudiziali, che attuano una sorta di equità collettiva⁵. Come è noto, alle tabelle è stata attribuita, da parte della Corte di Cassazione, una dignità paranormativa proprio per garantire il doppio significato posseduto dall'espressione "equità": non solo riferentesi alla giustizia del caso singolo, ma anche alla fondamentale esigenza di parità di trattamento. E, per garantire ai valori monetari indicati nelle tabelle un aggiornamento, esse vengono notoriamente rideterminate nei loro valori monetari ogni biennio.

Se non tanto nella circolazione auto (per la quale le tabelle erano state originariamente fissate) ma in nuovi campi (ad esempio, il danno non patrimoniale per lesione dell'onore, reputazione, *privacy*), le Tabelle prevedessero un risarcimento che possa essere aumentato in considerazione delle modalità soggettive con le quali è stata posta in essere l'azione anti-giuridica (dolo anziché semplice colpa), allora il quadro di riferimento potrebbe cambiare: sono le tabelle, e non il singolo giudice, a indicare la possibilità di un risarcimento certamente non riparatorio, di tipo sanzionatorio e/o punitivo. Può capitare, come difatti lo è stato, che, in mancanza di criteri predeterminati dalle tabelle il risarcimento del danno sia lasciato al solo apprezzamento equitativo del giudice il quale può ritenere non corretta la determinazione del danno effettuata da un precedente giudice, perché giudicata modesta rispetto all'offesa patita dal danneggiato e alle modalità soggettive⁶. Questo non sta

5. Cfr. G. PONZANELLI, *Tabelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 246.

6. È il caso della quantificazione del danno ritenuta non giusta e corretta in un caso di omofobia dalla Corte di Cassazione nel 2015: Cass., 22 gennaio 2015, n. 1126, in *Danno e resp.* 2015, p. 511, con note di G. PONZANELLI e F. QUARTA.

però a significare necessariamente una caratterizzazione non riparatoria del risarcimento: alzare il risarcimento, ritenendo non corretto il risarcimento concesso, può essere indice di una diversa concezione dell'integralità del risarcimento.

4. I campi di applicazione e l'utilità dei danni punitivi.

Chiarita la non illegittimità dei danni non riparatori (o non punitivi) (con i *caveat* indicati), si tratta ora di vedere quali siano i campi di applicazione.

Scorrendo gli interventi legislativi che hanno introdotto queste figure di danno, si può vedere come i danni non riparatori (o punitivi) riguardano situazioni diverse non del tutto omogenee tra loro.

In primo luogo, una condotta che pur non ha causato un effettivo pregiudizio, può essere considerato un vero e proprio abuso quando sono state violate precise regole. Chiara esemplificazione di questa ipotesi è offerta dall'art. 96, terzo comma, c.p.c., con l'attribuzione al giudice, in chiara deroga al generale principio dispositivo del potere di ufficio, di concedere una somma. L'abuso del processo è un fenomeno che si vuole stigmatizzare e prevenire, anche attraverso la previsione di strumenti tutto sommato privatistici quali quelli costituiti dal risarcimento del danno che cerchino di operare come deterrente sulla condotta delle parti del processo⁷.

La stessa *ratio* è prevista nel settore dell'osservanza delle regole dei provvedimenti giudiziali nel settore familiare con la previsione dell'art. 709, *ter* c.p.c.: si vuole evidentemente incentivare il loro rispetto anche attraverso la previsione del riconoscimento di somme di denaro.

Una logica forse più restitutiva che risarcitoria è invece presente nelle previsioni del Testo Unico della Proprietà Industriale ove si riconosce il diritto della parte danneggiata per la contraffazione subita di avere la restituzione degli utili conseguenti dal contraffattore. Ragionando in termini di danno, il titolare della privativa avrebbe avuto come diritto quello di pretendere il prezzo di mercato della licenza. Con questa innovativa previsione, che può essere avvicinata alla tecnica del *disgorgement of profits*, propria dell'esperienza anglosassone, si è voluto proteggere in modo sempre più adeguato la posizione del titolare della privativa industriale che chiedendo il risarcimento per la violazione di detta privativa si trova spesso nell'impossibilità di offrire una prova dell'ammontare del lucro cessante. Tale difficoltà viene superata fissando un obbligo a carico del contraffattore di restituire gli utili conseguiti attraverso l'uso della privativa di cui si sia illegittimamente appropriato. E, presuntivamente, gli utili conseguenti sono superiori al mancato guadagno derivante dall'utilizzo delle privative.

Il legislatore ha voluto proteggere il titolare della privativa e sanzionare la condotta del contraffattore: gli utili conseguiti devono essere restituiti perché conseguiti in modo illegittimo.

7. Una lettura non in prospettiva punitiva dell'art. 96, terzo comma, c.p.c. è di C. ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, qpc tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corr. giur.* 2016, p. 1588.

L'altra possibile area di applicazione dei danni punitivi è quella dei pregiudizi non patrimoniali, per i quali è nota l'ontologica non risarcibilità in denaro.

Il rispetto dell'integralità del risarcimento passa allora necessariamente attraverso la predisposizione di convenzioni che fissano *ex ante* il livello di risarcimento.

Qui si pone, con rinnovata urgenza, il conflitto tra l'equità individuale, quella cioè spettante al singolo giudice, e l'equità collettiva, quella cioè emergente dalle tabelle giudiziali. Alla base di questa tensione è il modo di misurazione dei pregiudizi non patrimoniali. Deve esistere un limite oppure la trasformazione in denaro della lesione di beni non patrimoniali così importanti può non conoscere limiti?

Come sopra specificato, il superamento dei limiti previsti nelle tabelle o il fatto che non esistano tabelle in alcune determinate materie (si pensi soprattutto ai casi di danno non patrimoniale non biologico derivante dalla lesione di diritti della personalità diversi da quello alla salute), non può significare automaticamente che il risarcimento presenti una caratterizzazione punitiva. Alla base di queste decisioni, potrebbe essere la convinzione che solo portando il risarcimento a livelli più consistenti potrebbe essere soddisfatta la sua integralità, ma ciò di per sé non può essere indice di un carattere punitivo. Certo che le richieste risarcitorie hanno raggiunto i livelli più elevati in presenza di danni non patrimoniali, per i quali è progressivamente venuto meno l'abbraccio con l'illecito penale che era stato per quasi cinquant'anni l'unica ipotesi in cui il danno non patrimoniale poteva essere concesso.

4. La quantificazione del pregiudizio non patrimoniale.

E veniamo ad affrontare la quantificazione del danno non riparatorio.

Da anni ritengo che, in termini generali, il profilo della quantificazione del danno sia il tema più scottante degli attuali equilibri della responsabilità civile. E proprio nella misura concreta del pregiudizio, infatti, che possono, meglio di ogni altro discorso, trovare conferma le funzioni che si ritengono essere svolte dalle regole di responsabilità civile.

Qualche decennio orsono questo tema non veniva giudicato di interesse scientifico, trattandosi di un aspetto che riguardava solo ed esclusivamente i pratici e che per questa ragione era quasi del tutto trascurato dalla dottrina.

Esso è invece sempre più decisivo e centrale. E questa importanza trova conferma, a maggior ragione, nel settore di danni che si allontanano dal modulo riparatorio poiché essi vogliono anche raggiungere la finalità di *deterrence* ma per i quali il rischio di una situazione di *overdeterrence* è sempre molto concreta.

Alcuni risarcimenti concessi negli ultimi anni indicano infatti non solo un chiaro abbandono della filosofia riparatoria, ma anche un eccesso di deterrenza, o forse qualcosa di assolutamente diverso. Dai due miliardi di euro concessi dal Tribunale di Bologna nel 2014 per il danno non patrimoniale arrecato all'identità e all'immagine dello Stato italiano

dai responsabili della strage di Bologna⁸ ai 90 milioni di euro chiesti, ma non concessi (il risarcimento ridotto raggiunse poi la molto meno elevata somma di 245 mila) per la violazione del diritto costituzionalmente rilevante e protetto ad un processo non viziato da corruzione⁹, l'Italia manifesta una chiara tendenza a verdetti risarcitori ultracompen-sativi: dove la somma richiesta niente ha a che vedere con il pregiudizio concretamente sofferto dal danneggiato (nel caso concreto, lo Stato ha casomai subito un ingente danno patrimoniale mentre la CIR era stata già risarcita per il danno patrimoniale sofferto con 500 milioni).

Il risarcimento del danno in questi casi esprime non la riparazione, ma altre esigenze: Guido Calabresi, in uno dei suoi ultimi interventi, considera i danni punitivi (americani) come una sorta di *societal damages*: un danno che lede l'intera società per l'offesa subita a importanti valori: la sicurezza dei cittadini, l'imparzialità della Magistratura etc., per il cui ristoro solo una somma con almeno nove zeri è adeguata.

Lasciare la determinazione del risarcimento alla sola valutazione del giudice non pare coerente. Bisogna avere indicazioni predeterminate, il che non comporta un abbandono delle finalità di deterrenza. Esse possono essere date o dal legislatore (attraverso criteri prestabiliti o l'indicazione dello scopo da perseguire come l'annullamento del vantaggio) o dalle tabelle giudiziali. Anche per i danni punitivi non può non essere tenuta presente l'esigenza di certezza. Del resto, in questa direzione si è mosso recentemente anche il legislatore con i due decreti legislativi del 15 gennaio 2016, nn. 7 e 8: come completamento della depenalizzazione di alcuni reati (ingiuria, danneggiamento e altri) ha introdotto sanzioni pecuniarie civili che vanno da un minimo di cento euro ad un massimo di dodicimila euro. L'importo è determinato dal giudice secondo i criteri della gravità della violazione, della reiterazione dell'illecito, dell'arricchimento del soggetto responsabile, dell'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione della conseguenza dell'illecito, della personalità dell'agente e delle condizioni economiche dell'agente.

La nuova legge indica quindi con sufficiente chiarezza il futuro dei danni punitivi, chiamati in questa sede sanzioni pecuniarie civili: viene previsto un minimo e un massimo, e si attribuiscono al giudice criteri compositi per provvedere alla relativa quantificazione.

8. Trib. Bologna, 10 ottobre 2014, in *Danno e resp.* 2015, con commento di M. FRANZONI.

9. Si tratta della nota vicenda CIR/FININVEST: Trib. Milano, 9 luglio 2015, in *Danno e resp.*, 2015, con commenti di M. FRANZONI e G. PONZANELLI.

L'OBBLIGAZIONE NEL SISTEMA DEI RIMEDI

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

SOMMARIO: 1. Il ruolo dell'analisi storicistico-comparativa e del sistema dei rimedi nello studio dei rapporti obbligatori. – 2. La “conessione” funzionale delle obbligazioni di *sécurité* alla prestazione. La contrapposizione, in Francia e Germania, tra le concezioni pluralistica e unitaria dell'obbligazione. – 3. “Contatto sociale” *v.* “contatto negoziale”. La responsabilità da *status* professionale e i suoi epigoni. Obbligazioni *ex lege* e integrazione del rapporto secondo buona fede. – 4. Dall’“obbligazione senza prestazione” alla “prestazione senza obbligazione”. *Culpa in contrabendo* e prestazioni “non dovute” come fonte di obblighi di protezione. – 5. Il carattere rimediale delle obbligazioni di *sécurité* e degli obblighi di protezione. – 6. *Segue*. Le obbligazioni di *sécurité* e il loro collegamento con i rimedi delittuali. Le proposte di riforma e *l'Ord.* 2016-131. – 7. La partizione tra obblighi di prestazione e di protezione. L'adozione di un metodo ispirato alla scelta del rimedio (risarcitorio o in forma specifica) in concreto esigibile. – 8. La rispondenza delle dottrine in tema di obbligazione alle esigenze storiche e alle caratteristiche di ciascun diritto. Il fenomeno dell’“equivalenza” e della “simmetria” dei regimi di imputazione e l'unificazione dei modelli di responsabilità nell'itinerario che conduce dalla colpa alla *strict liability*.

1. Il tema dell'obbligazione, che ha rappresentato, in Italia, il campo di elezione della dogmatica giuridica e del correlato mito della neutralità del diritto¹, può essere compreso e ricostruito meglio dal civilista italiano² se si sperimenta un'analisi comparativa di tipo storicistico che abbia ad oggetto non (sol)tanto il problema delle fonti, quanto il complessivo sistema dei rimedi³ previsti da ciascun ordinamento. Così, la pubblicazione di uno dei più celebri saggi della letteratura tedesca del XX secolo⁴ ha arricchito ulteriormente l'itinerario di studi dedicato a questo tema, già intrapreso con la traduzione della “scoperta”⁵, ad opera

1. P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, *passim*.

2. In proposito, sembra opportuno richiamare il fondamentale contributo ermeneutico offerto da Giovanni Furguele allo studio del diritto civile (G. FURGUELE, *Notazioni sull'insopprimibile nesso fra diritto e interpretazione*, in *Quad. fiorentini*, 2010, p. 781 ss.; *Id.*, *Note minime in tema di norma, ordinamento e interpretazione*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, Napoli, 2008, p. 745 s.).

3. Anche se con un diverso approccio, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

4. La traduzione del contributo di HE. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 136, 1932, pp. 257-320, introduce il volume intitolato *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016; ivi i saggi di R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, di M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*.

5. Così, H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957*, II, Tübingen, 1959, B, p. 1 ss.

di Hermann Staub, delle *Grundlagen* delle violazioni positive del contratto⁶ e del più controverso lavoro di Günter Haupt sui rapporti contrattuali di fatto⁷. Non a caso il contributo ha ad oggetto proprio la critica *von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung* ma, piuttosto che provocarne il commiato (*Abschied*), contribuirà alla sua imperitura affermazione. La storia attribuirà ad Heinrich Stoll il merito di aver ideato la dottrina degli obblighi di protezione, anche se non può essere sottovalutato l'essenziale contributo che a tale tema era stato già dato da Hugo Kress⁸ e da altri Autori che, interpretando il pensiero di Rudolf von Jhering⁹, avevano pensato di costruire il rapporto obbligatorio¹⁰ come *Organismus*¹¹, *konstante Rahmenbeziehung*¹² o «rapporto cornice».

Proprio da tali suggestioni parte questa riflessione che, più che essere imperniata sul pensiero di Heinrich Stoll, cercherà di porre in evidenza alcuni dei passaggi più problematici che il tema dell'obbligazione e del suo collegamento con il sistema dei rimedi pone oggi all'attenzione della scienza giuridica. E poiché queste pagine rappresentano il risultato di una ricerca¹³ che è stata oggetto di un lavoro di gruppo, esse muovono proprio dalle idee e dai risultati scientifici ai quali sono pervenuti Rocco Favale e Maria Feola nei loro contributi¹⁴, Autori che si sono misurati già da tempo e con successo in questa materia.

Questo tema nasce nella dottrina tedesca e, forse ancor prima, in quella francese¹⁵, per poi evolvere in una circolazione transnazionale di modelli che condiziona, negli ultimi anni, il diritto italiano. L'aver riproposto, nell'ambito della nostra esperienza, le idee sul rapporto obbligatorio maturate nella scienza giuridica tedesca dello scorso secolo, ma per

6. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, trad. it. di G. Varanese, *Presentazione* di R. Favale, Napoli, 2001.

7. G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012. Tra le opere più recenti è opportuno segnalare le traduzioni del saggio di C.-W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte prima)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 567 ss., *Id.*, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte seconda)*, *ivi*, 1983, p. 793 ss., ad opera di A. di Majo e di M.R. Marella, e del volume di K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, *Istituti*, III ed. con agg. a cura di A. di Majo, trad. it. di E. Cigna e A. Gangemi, Milano, 2011.

8. H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 1 ss.

9. L'opinione è espressa da E. SCHMIDT, *Nachwort*, in occasione della ristampa dei contributi di R. VON JHERING sulla *Culpa in contrahendo* e di H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Bad Homburg v.d. H.-Berlin-Zürich, 1969, p. 132. Sul punto, C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 1 ss.

10. Sull'utilizzo, nel BGB, del termine *Schuldverhältnis*, in luogo della nozione di *Obligation*, v. E. BUCHER, «*Schuldverhältnis*» des BGB: ein Terminus – drei Begriffe. 140 Jahre Wanderung eines Wortes durch die Institutionen, und wie weiter?, in *Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag* a cura di E. Bucher, C.-W. Canaris, H. Honsell, T. Koller, Bern-München, 2005, p. 93 ss.

11. H. SIBER, *Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, p. 1.

12. F. HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)*, in *AcP*, 130, 1929, p. 257 ss.

13. Il PRIN 2010-2011 (cofinanziato MIUR) su «Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice», svolto dall'Unità di Ricerca dell'Università di Napoli Federico II.

14. Oltre agli ulteriori scritti qui citati, mi riferisco soprattutto ai contributi dei due Autori cit. in nt. 4.

15. M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1883, 596 s.; CH. SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles-Paris, 1884, p. 95 ss., p. 118 ss.

risolvere problemi del tutto peculiari di quel diritto, ha spinto la nostra giurisprudenza a recepire quelle idee, al punto da porre in discussione, da un lato, la tradizionale struttura del rapporto obbligatorio fondato sulla sola prestazione, dall'altro, gli stessi confini della responsabilità contrattuale. Però, talvolta, la ricezione travalica l'esatta fisionomia che il modello assume nell'ordinamento di provenienza. Ciò può essere accaduto proprio in ordine a tali temi, almeno per quella dottrina che ha rimproverato le nostre Corti di non aver compreso il reale significato che alcuni istituti di recente apparsi nel diritto italiano (il contatto "sociale" o "negoziale"¹⁶, il contratto con effetti di protezione per terzi¹⁷, la responsabilità da affidamento ingenerato dallo *status* professionale¹⁸, la possibilità di generalizzare un rapporto obbligatorio senza prestazione¹⁹, ad es.) avevano assunto nei paesi d'origine.

Le diverse teorie elaborate in Germania e in Francia nel corso del XX secolo in tema di rapporto obbligatorio trovano la loro spiegazione nell'ambito delle peculiarità sistemiche dei due ordinamenti, con riferimento non soltanto ai problemi dell'inadempimento e del contratto, ma anche alla differente fisionomia (riguardo all'estensione dell'area dei danni risarcibili e ai modelli di imputazione) dei sistemi di responsabilità extracontrattuale. E ciò, non tanto per la consueta contrapposizione tra modelli atipici (art. 1382 *Code civil*) e modelli tipici (§ 823 ss. BGB) di responsabilità delittuale, quanto, soprattutto, per l'esistenza (in Francia e in Italia) di regole di responsabilità oggettiva delittuale (ad es., per i fatti della cosa e *d'autrui*: art. 1384, comma 1, *Code civil* e artt. 2051 e 2049 c.c. it.) che hanno reso più appetibile per la vittima tale regime di responsabilità rispetto ad un'estensione dell'obbligazione (se qualificata "di mezzi") e della conseguente responsabilità contrattuale²⁰.

2. In merito alle più significative differenze esistenti in materia di struttura del rapporto obbligatorio in Francia e in Germania si è rilevato²¹ che le obbligazioni di *sécurité* si caratterizzano per una struttura essenzialmente *accessoria*, ovvero per l'essere pensate in quanto funzionalmente "connesse" rispetto ad un obbligo di prestazione. Da qui una sostanziale analogia di vedute con il pensiero di Heinrich Stoll espresso nell'*Abschied*²², là

16. A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 78 ss.

17. Sul punto, i rilievi di A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di L. Vacca, Torino, 2001, p. 113 ss., e di G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 169 ss. Con la consueta chiarezza, A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 342 ss.

18. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 72 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 385 ss.

19. V. la critica di A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 65 ss.

20. M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 191 ss.

21. Da M. FEOLA, o. c., p. 118 ss.

22. Tuttavia, con riferimento alla relazione intercorrente tra affidamento e rapporto obbligatorio v. HE. STOLL, *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen, 1934, p. 125.

dove giustifica la sussistenza di obblighi di protezione in presenza di un'obbligazione che è diretta alla «realizzazione dell'interesse alla prestazione», allo scopo di «salvaguardare la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione specifica e per mezzo di questa»²³. Nel diritto francese, il dato della accessorietà è confermato dallo stesso lessico utilizzato dalla scienza giuridica: l'essere “di mezzi” o “di risultato” è una nozione che pertiene essenzialmente alla prestazione²⁴ e che l'obbligazione di *sécurité* acquisisce proprio in virtù del fenomeno di connessione funzionale, pur potendo esprimere una qualificazione diversa rispetto alla prestazione alla quale è collegata. Così, ad una prestazione che rappresenta l'oggetto di un'obbligazione “di mezzi” può risultare collegata un'obbligazione di *sécurité* che è “di risultato”, la cui violazione dà luogo ad un regime di responsabilità ben più rigoroso di quello che discende dall'inadempimento dell'obbligo di prestazione. Ma l'esperienza d'oltralpe va anche oltre il dato della accessorietà poiché, soprattutto in talune ipotesi (ad es., obbligazione di «vegliare sulla sicurezza» di un soggetto affidato)²⁵, v'è, sovente, nella prassi, una tendenziale “immedesimazione” dell'obbligazione di *sécurité* con la prestazione. In questi casi l'obbligazione di *sécurité* sfuma dal versante della protezione per affermarsi in quello, preminente, della prestazione.

La verifica di queste asserzioni discende, altresì, dall'esame della struttura del rapporto obbligatorio del professionista sanitario. La scienza giuridica francese, fedele alla qualificazione in termini di obbligazione “di mezzi” sancita nell'*arrêt Mercier*²⁶, professata dalla giurisprudenza dominante e ribadita nell'art. L. 1142-1, comma 1, del *Code santé publ.*, ha distinto l'obbligo di prestazione da quello di protezione ogni qual volta il paziente sia stato vittima di un accidente medico subito «à l'occasion d'une activité d'investigations, de soins ou de traitements», anche al fine di «sapere se l'obbligazione accessoria di *sécurité* sia egualmente di mezzi o possa essere, in certi casi, di risultato»²⁷. Ebbene, la dottrina è unanime nell'affermare che il principio della responsabilità per colpa, che pur in certi casi involge l'idea della *faute virtuelle*, ovvero di quella *faute* «che si deduce *ipso facto* dal danno», perché «inclusa nel danno o indotta dal danno», conosce «due grandi eccezioni»²⁸ in materia di infezioni nosocomiali e di danni causati da prodotti sanitari. Nel primo caso la legge di riforma (art. L. 1142-1, comma 2) ha confermato il precedente orientamento giurisprudenziale che aveva individuato, sia per le infezioni esogene, sia per quelle endogene, «un'obbligazione di *sécurité* di risultato dalla quale non ci si può liberare senza apportare

23. HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 26.

24. In questi termini, M. FEOLA, o. c., p. 120 ss.

25. G. DURRY, *La responsabilité de ceux qui se chargent des enfants d'autrui*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 771, nel commentare Cass., I Ch. civ., 13 janvier 1982.

26. Cass., 20 mai 1936, in *Rec. Dalloz*, 1936, 1, 88, Rapp. L. Josserand.

27. Così, M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité Dr. Civ. sous la direction de C. Larroumet*, II éd., Paris, 2012, p. 894.

28. M. BACACHE-GIBEILLI, o. c., p. 902 e p. 921, ivi la giurisprudenza cit.

la prova della *cause étrangère*²⁹. Tuttavia, accanto alla responsabilità oggettiva delle strutture sanitarie, la responsabilità del professionista sanitario è stata ricondotta comunque all'obbligazione di mezzi. Da qui la scelta della Cassazione «di integrare l'infezione nosocomiale nel contenuto dell'informazione che il medico deve al suo paziente» e il ritorno a una presunzione di *faute*³⁰. Anche in tema di danni causati dai prodotti sanitari la giurisprudenza «non aveva esitato a consacrare un'obbligazione di *sécurité* di risultato»³¹. A seguito della riforma del 2002, la responsabilità «resta oggettiva e rappresenta un'eccezione, consacrata ormai dalla legge, al principio della responsabilità soggettiva in materia»³². Ma qui «da minaccia avverso la giurisprudenza relativa all'obbligazione di *sécurité* di risultato»³³ proviene non tanto dalla riforma del 2002, quanto dalla legge relativa alla responsabilità per il fatto dei prodotti difettosi, che fa gravare sull'attore la prova del danno, del difetto e del nesso di causalità tra il difetto e il danno (art. 1386-9 *Code civ.*).

Il dato della necessaria "accessorietà" dell'obbligazione di *sécurité*, anche nella controversa materia della responsabilità sanitaria, appare una caratteristica notevole del diritto francese che affonda le sue radici nella tradizione giuridica di questo Paese. A differenza dell'esperienza tedesca, che proprio a seguito del contributo di Heinrich Stoll inizierà a individuare nell'ambito dell'obbligazione intesa come rapporto complesso obblighi (*recte*, doveri) di protezione nettamente distinti dalla prestazione; e a differenza di una parte della giurisprudenza italiana che, proprio sulla base di queste acquisizioni, si è allontanata dal modello d'oltralpe per allinearsi all'esperienza germanica; nel diritto francese, malgrado il termine *prestation* sia talvolta usato per indicare il contenuto e/o l'oggetto dell'obbligazione *strictement contractuelle*, la dottrina e la giurisprudenza dominanti non procederanno mai ad una nitida scomposizione della prestazione dalla *sécurité* all'interno di un medesimo rapporto obbligatorio, ma preferiranno discorrere di obbligazioni di *sécurité* che sono connesse alle altre obbligazioni «*strictement contractuelles*», le quali sole permettono di «*procurer au créancier un avantage déterminé, une prestation spécifique à laquelle il ne pourrait prétendre sans contrat*»³⁴. Ecco che, pur comparando saltuariamente nella letteratura giuridica, il termine *prestation* non assume mai il senso di una contrapposizione con la *sécurité* all'interno di un unico rapporto obbligatorio a struttura complessa. Invece di sezionare l'oggetto di un unitario rapporto obbligatorio al fine di discernere l'obbligo (e l'interesse) di prestazione da quelli di protezione, l'obbligazione di *sécurité*, che è obbligazione *ex lege*, conserva una sua completa autonomia strutturale rispetto alle altre obbligazioni "strettamente contrattuali" alle quali è funzionalmente connessa. Sulla base

29. M. BACACHE-GIBEILI, o. c., p. 927 e p. 923.

30. M. BACACHE-GIBEILI, o. c., p. 930.

31. Lo riferisce M. BACACHE-GIBEILI, o. c., p. 933.

32. M. BACACHE-GIBEILI, o. c., p. 942.

33. M. BACACHE-GIBEILI, o. l. u. c.

34. M. BACACHE-GIBEILI, o. c., p. 87 ss.

di questa concezione pluralistica delle obbligazioni, che in un certo senso si contrappone all'idea unitaria di rapporto obbligatorio a struttura complessa propria dell'esperienza tedesca, la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe si interessano essenzialmente di individuare criteri idonei a determinare la disciplina applicabile, in virtù della qualificazione dell'obbligazione di *sécurité* in termini "di mezzi" o "di risultato".

Il diritto francese conosce un ampliamento dei rapporti obbligatori che ruota comunque attorno alle idee di contratto e di prestazione. La configurazione di un unitario rapporto obbligatorio a struttura complessa è, invece, una ricostruzione teorica che pertiene soltanto al diritto tedesco. A differenza di quanto accade in questa esperienza giuridica, in Francia non sono ipotizzabili obblighi di protezione "autonomi" od "obbligazioni senza prestazione"³⁵. La diversa soluzione ideata dal diritto germanico per la responsabilità precontrattuale, ed oggi codificata nel § 311 BGB, è stata necessitata dall'impossibilità di utilizzare il rimedio delittuale. E la giuridicizzazione in termini obbligatori del "contatto negoziale" ha consentito al legislatore della riforma di conservare il tradizionale sistema tipizzato di responsabilità delittuale, ispirato «al principio della piena libertà d'azione di ogni persona (fisica e giuridica), con il solo limite del comportamento antigiuridico espresso nelle forme del dolo e della colpa»³⁶.

L'estensione dell'area dei danni risarcibili nell'ambito della sola responsabilità contrattuale attraverso la codificazione dell'obbligazione come rapporto complesso (§§ 241, comma 2 e 311 BGB), da un lato, risulta in linea con la tradizione, con lo stile e con le esigenze teoriche e pratiche dell'esperienza tedesca, così come si è andata evolvendo nel corso del XX secolo; dall'altro, ha consentito di conservare intatta la scelta originaria compiuta dal legislatore tedesco in tema di responsabilità delittuale. Se si rileggono alcune righe di Claus Wilhelm Canaris vergate alcuni decenni prima della riforma se ne ha una conferma inequivoca: «il riconoscimento di una tutela aquiliana generalizzata» porterebbe con sé «il rischio di uno "straripamento" della tecnica della responsabilità», perché «la cerchia degli aventi diritto al risarcimento minaccerebbe di allargarsi a dismisura»³⁷. L'esistenza, accanto alle regole di comportamento di ordine generale che sono proprie della responsabilità delittuale, di regole «a carattere particolare», espressione di una «più qualificata responsabilità», troverebbe fondamento nel fatto che «il "contatto" contrattuale determina una maggiore possibilità di incidenza sui beni e sugli interessi della controparte»³⁸. «Contratto e rapporto negoziale particolare» costituiscono «punti di riferimento adeguati per la costruzione di una tutela (generale) del patrimonio in quanto, per loro natura, ne

35. Sul punto, K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1982, p. 101.

36. M. FEOLA, *La responsabilità civile al confine tra contratto e torto*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 50.

37. C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 575.

38. C.-W. CANARIS, o. u. c., p. 572 e p. 576.

limitano la portata alla sfera del potenziale creditore (della prestazione risarcitoria), evitando con ciò il pericolo di un aumento incontrollato, ed in particolare, di un'esorbitante risarcibilità dei danni "indiretti"³⁹.

Ecco spiegate, con vent'anni di anticipo, le ragioni e la congruenza sistematica della riforma con riferimento alle peculiarità del diritto tedesco. Proprio quest'ultimo dato ha indotto a contestare un'indiscriminata generalizzazione di queste soluzioni in ordinamenti (come quello italiano) che si caratterizzano per una diversa fisionomia strutturale e sistematica del modello di responsabilità delittuale⁴⁰. E ciò non tanto per l'esistenza di una "clausola generale" che, sulla scia del pensiero di Stefano Rodotà⁴¹, le Sezioni Unite civili hanno a più riprese riaffermato⁴², quanto per la previsione di differenti regimi di imputazione della responsabilità delittuale (ad es., artt. 2051 c.c. e 1384, comma 1, *Code civil*) che prescindono dalla colpa e che, oltre ad invertire l'onere della prova, ne mutano l'oggetto⁴³.

3. L'esistenza di un rapporto obbligatorio in assenza di un contratto e di una prestazione richiede l'individuazione di un ulteriore "atto o fatto" (*ex* art. 1173 c.c.) che ne costituisca la fonte⁴⁴. Malgrado la concezione dei rapporti obbligatori da comportamento sociale tipico⁴⁵ sia stata poi respinta dal suo stesso Autore «nella misura in cui fa riferimento ad un comportamento meramente fattuale senza fondamento negoziale»⁴⁶, l'idea di una responsabilità da affidamento connessa all'inadempimento (*recte*, alla violazione) di un'obbligazione senza prestazione è stata fondata, dalla nostra giurisprudenza, sulla teoria dei rapporti contrattuali di fatto nascenti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*), così come ideata da Günter Haupt⁴⁷, e sulla successiva rielaborazione, effettuata da Hans Dölle⁴⁸, in termini di fattispecie autonome. La Cassazione, quando ha contrattualizzato la responsabilità in presenza di «un obbligato "che non c'è"»⁴⁹, ha individuato la fonte della

39. C.-W. CANARIS, o.u.c., p. 576.

40. Tale argomento è sostenuto, oggi, soprattutto da M. BARCELLONA, *Trattato*, cit., p. 65 ss.

41. *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 107 ss., p. 183 ss. e p. 199 ss. Anche per le ulteriori citazioni bibliografiche, v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, Parte II, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 220 ss.

42. Il *leading case*, com'è noto, è rappresentato da Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2270 ss.; conf. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 25, con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO.

43. Così, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 339 ss.

44. Tra gli altri, M. BARCELLONA, o. c., p. 71.

45. Sostenuta proprio da K. LARENZ fino alla IX edizione (1968) della sua opera (così, G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, in G. HAUPT, *Sui rapporti*, cit., p. 42). Il mutamento di opinione dell'esimio maestro è sottolineato da H. KÖHLER, *Karl Larenz*, in *VersR*, 1993, p. 421.

46. K. LARENZ e M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, IX ed., München, 2004, p. 579.

47. G. HAUPT, o.u.c., p. 50 ss.

48. H. DÖLLE, *Außergesetzliche Schutzpflichten*, in *ZStW*, 103, 1943, p. 67.

49. Con grande efficacia, A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 65.

responsabilità contrattuale non tanto nell'inadempimento di un'obbligazione senza prestazione, o in una generale nozione di responsabilità da affidamento, quanto nella violazione di «obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale»⁵⁰. E così, tra le altre, sono state qualificate da “contatto sociale”, oltre alla celeberrima responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata⁵¹, quella del “prelettore” dipendente da un istituto scolastico per il non aver vigilato «sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica»⁵², quella da «inesatto pagamento» della banca che ha negoziato in favore di un soggetto non legittimato un assegno non trasferibile⁵³, quella “da attività procedimentale” della P.A. nei confronti del cittadino, la quale si caratterizzerebbe per un contatto «specifico e differenziato»⁵⁴. A questi casi va aggiunto quell'indirizzo della Cassazione⁵⁵, dapprima revocato in dubbio⁵⁶ ma poi confermato in giurisprudenza pur in assenza del rinvio alle Sezioni Unite⁵⁷, che ha inquadrato in ambito (quanto meno “prossimo” a quello) contrattuale un'ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A., in virtù di un «contatto sociale” tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è “qualificato” dall'obbligo di “buona fede” e dai correlati “obblighi di informazione e di protezione”, del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c.»⁵⁸.

In altre ipotesi la giurisprudenza, quando si è trovata a dover decidere fattispecie caratterizzate dalla violazione di obblighi (protettivi) di informazione, ha individuato nella determinatezza dei soggetti un requisito essenziale per l'esistenza del rapporto obbligatorio. Così l'azionista detentore di una partecipazione azionaria superiore al 30% del capitale sociale è stato considerato vincolato da una vera e propria obbligazione *ex lege* che ha la sua fonte nell'art. 106 t.u.f., in quanto l'offerta pubblica d'acquisto totalitaria è diretta ad una “cerchia ben definita” di soggetti, individuati in «coloro i quali siano, in quel momento, titolari di azioni emesse dalla società quotata»⁵⁹. Viceversa, nel caso di violazione delle prescrizioni indicate dal legislatore (artt. 92, 94-101

50. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1708, con nota di A. DI MAJO.

51. Basti citare il *leading case*: Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

52. Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2649.

53. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., p. 1708 ss.

54. Già Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, c. 78, e Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, *ivi*, 2006, I, c. 457.

55. Cass., I Sez. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1240 ss.

56. Ad es., Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 755.

57. Inascoltato, sul punto, A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 345.

58. Cass., I Sez., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1051 ss.

59. Già Cass., 10 agosto 2012, n. 14400, in *Giur. it.*, 2012, p. 2043. Discorre di una responsabilità da “contatto sociale”, Cass., I Sez. civ., 13 ottobre 2015, n. 20560.

t.u.f.) per la redazione del prospetto informativo, la responsabilità è stata collocata in ambito extracontrattuale, poiché il dovere d'informazione realizzerebbe la funzione (giuspubblicistica) di regolazione del mercato e, soprattutto, sarebbe diretto «a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti»⁶⁰.

Malgrado il riferimento alla determinatezza dei soggetti del rapporto obbligatorio⁶¹, l'evocazione di un' indefinita responsabilità da "contatto sociale" più o meno qualificato ha rappresentato una soluzione che la nostra giurisprudenza ha ispirato essenzialmente ad esigenze di semplificazione. Ma questa semplificazione ha introdotto, nella specie, una posizione sostanzialmente inedita rispetto alla stessa esperienza tedesca la quale, da un lato, ha rinnegato tale dottrina⁶² soprattutto per i suoi presupposti ideologici, rappresentando essa lo «strumento per giustificare una arbitraria limitazione della libertà (e non soltanto quella contrattuale)», sulla base della «fortissima suggestione esercitata dalle dottrine politico-sociali imperanti nella Germania dell'epoca»⁶³; dall'altro, ha inteso il "contatto negoziale" proprio «in contrapposizione ad un mero "contatto sociale"»⁶⁴. La situazione che si è verificata in Italia è stata considerata paradossale: mentre, «da ormai più di dieci anni, la nostra giurisprudenza invoca il contatto sociale quale possibile fonte» di obbligazioni «nelle situazioni più disparate», in Germania si esclude oggi in maniera «praticamente unanime» che «un semplice contatto sociale possa essere considerato fonte di obbligazioni»⁶⁵.

La Cassazione italiana, anche al fine di riaffermare la responsabilità solidale del medico con la struttura sanitaria, ha individuato la fonte dell'obbligazione in un «semplice "contatto sociale"», ammettendo «che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto»⁶⁶. Nella specie, il medico aveva fatto non «qualcosa che non si sarebbe dovuto fare»⁶⁷, ma non aveva fatto (*culpa in non faciendo*) ciò che avrebbe dovuto fare, cioè «ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale»⁶⁸. A parte l'argomento a effetto⁶⁹, che ribalta la locuzione ideata da Staub⁷⁰ per ricomprendere nelle perturbative dell'adempimento le ipotesi di violazioni (positive) del contratto diverse dall'omissione e dal ritardo, v'è da rilevare che il problema

60. Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in banca dati *DeJure*.

61. Per tutti, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968, p. 43.

62. Lo conferma, da ultimo, C.-W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 5.

63. L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, pp. 20-21.

64. Così, A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 66, in nt. 34.

65. A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 78.

66. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 444.

67. Sul punto, H. STAUB, o. c., p. 40.

68. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 444.

69. Afferma che l'argomento «è di quelli che fanno colpo», A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 447.

70. H. STAUB, o.l.u.c.

risolto dalla Corte non riguardava il tema degli obblighi di protezione. Come ammesso, nella specie, dalla stessa Cassazione⁷¹, la sentenza aveva ad oggetto il solo inesatto adempimento della prestazione da parte di un soggetto, preposto dall'Ente, che non era obbligato nei confronti del paziente. La questione essenziale, quindi, concerneva la teoria delle fonti dell'obbligazione⁷², nel senso di ammettere o meno l'eventualità che, nell'ambito del sistema "aperto" codificato dall'art. 1173 c.c.⁷³, fosse possibile che l'esecuzione, spontanea nei riguardi del paziente, ma dovuta nei confronti dell'Ente, della prestazione configurasse un "atto o fatto" idoneo a costituire un rapporto obbligatorio in conformità dell'ordinamento giuridico. Il problema degli obblighi di protezione era ulteriore ed eventuale rispetto all'esistenza dell'obbligazione: una volta ammesso che questo "contatto sociale" fosse idoneo a produrre un'obbligazione, si poneva il problema di ammettere o meno eventuali obblighi di protezione "connessi" all'esecuzione (inesatta o anche esatta) della prestazione.

Non va sottaciuto, inoltre, che nella gran parte dei casi tipizzati dalla giurisprudenza in termini di "contatto sociale" (medico, "precettore", ecc.) si era in presenza di ipotesi classiche di responsabilità per il fatto degli ausiliari⁷⁴, e le soluzioni accolte per costoro, nel senso della responsabilità contrattuale e non di quella extracontrattuale⁷⁵, non potevano essere difformi da un'interpretazione unitaria dell'art. 1228 c.c. nei riguardi di tutti gli altri ausiliari del debitore. In proposito non sembrava possibile, da un lato, escludere che l'ausiliare del debitore potesse essere «a propria volta debitore», e quindi tenuto a responsabilità contrattuale nei riguardi del creditore⁷⁶; dall'altro, affermare che il medico dipendente da una struttura sanitaria (che è un ausiliare del debitore) fosse direttamente responsabile in via contrattuale nei riguardi del paziente, in virtù di una responsabilità da affidamento derivante dallo specifico *status* professionale.

Il problema, in fine, è stato risolto dal legislatore il quale, ricorrendo al sistema del c.d. "doppio binario", qualifica, stavolta inequivocabilmente, in termini extracontrattuali (art. 7, comma 3, l. 8 marzo 2017, n. 24) la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria che svolgono la propria attività presso una struttura pubblica o privata, «anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa» (comma 1), che eseguano le loro prestazioni anche in regime di libera professione intramuraria, nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica o in rapporto «di convenzione con

71. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443.

72. Così, già A. DI MAJO, o.u.c., p. 449.

73. Sul punto, l'insegnamento di M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 71 ss.

74. Tant'è che la dottrina, allorché esemplifica il fatto dell'ausiliario, cita proprio il caso del «cliente in cura presso una clinica» che «subisce lesioni per colpa di un sanitario di tale clinica» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 64). Così, Cass., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 840.

75. In questi termini è, invece, la dottrina di gran lunga prevalente (per tutti, C.M. BIANCA, o.l.u.c.).

76. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. prin.*, 2009, p. 708.

il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina» (comma 2), salvo che abbiano agito nell'adempimento di obbligazioni contrattuali assunte direttamente con il paziente (comma 3). Accanto a questa responsabilità delittuale per colpa (art. 2043 c.c.) del singolo operatore, si prevede la responsabilità contrattuale (*ex art.* 1218 c.c.) della struttura sanitaria o sociosanitaria che, nell'adempimento della propria obbligazione, si sia avvalsa dei professionisti che operano nelle condizioni descritte.

Se non sembra verosimile, in questa vera e propria lotta tra “formanti” del diritto, che la dottrina e la giurisprudenza possano riconfermare il precedente orientamento⁷⁷, v'è da chiedersi quale impatto tale norma, che appare norma di sistema, possa avere sulla più generale responsabilità da “contatto sociale”. Sicuramente irrilevante per gli obblighi di protezione connessi alla prestazione, altrimenti non può dirsi per le teorie del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione. Se è lecito ipotizzare che anche gli altri casi di responsabilità degli ausiliari dovranno essere ricondotti, per coerenza, nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, l'ipotesi più significativa che sembra residuare è quella della responsabilità precontrattuale. Ma qui la scienza giuridica italiana dovrà imparare a distinguere, sulla scia dell'esperienza tedesca, tra il generico “contatto sociale” e il “contatto negoziale” qualificato dall'obbligazione *ex lege* di comportarsi secondo buona fede (art. 1337 c.c.). Il problema, allora, s'incentra sulle fonti del rapporto obbligatorio: dal mero “contatto sociale” all'esistenza di obbligazioni *ex lege* che trovano il loro fondamento nell'obbligo di buona fede/correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.) il quale, nell'adempiere all'essenziale funzione integrativa del rapporto obbligatorio, risulta altresì espressione del dovere di solidarietà (art. 2 cost.). Malgrado parte della civilistica italiana abbia rilevato una presunta “ambiguità” di tale categoria, anche sulla base della semplicistica affermazione secondo la quale non esisterebbe «obbligazione che non trovi la propria causa nella legge»⁷⁸, sia il diritto francese, che anzi lo codifica (art. 1100) esplicitamente con la riforma del 2016, sia quello tedesco, non hanno mai dubitato che le norme generali del diritto delle obbligazioni valgano «non solo per i contratti, bensì per gli obblighi di *ogni* specie, e così anche per i rapporti obbligatori che hanno fonte nella *legge*, di modo che la responsabilità per l'inadempimento di questi ultimi è uguale a quella che scaturisce dai contratti»⁷⁹. Quindi, più che ipotizzare l'adesione del nostro legislatore del '42 (art. 1173 c.c.) alla tripartizione gaiana piuttosto che alla bipartizione giustiniana⁸⁰, sembra opportuno

77. A seguito della c.d. “legge Balduzzi”, aveva sostenuto la tesi contrattuale, poi divenuta prevalente in giurisprudenza (Cass., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367), M. FEOLA, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 435 ss.

78. F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di Dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2015, p. 118 s. e p. 51.

79. C.-W. CANARIS, o. c., p. 4.

80. Così, invece, V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1061 s.

ribadire, con un'autorevole dottrina germanica, che la *summa divisio* si articola non più tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, bensì tra quest'ultima e la «responsabilità per la violazione di obblighi derivanti da un rapporto obbligatorio»⁸¹ che ha la sua fonte ora nel contratto ora, direttamente, nella legge.

4. La teoria dell'obbligazione senza prestazione, se amputata dal richiamo al “contatto sociale”, non è sembrata in grado di spiegare “come” e “quando” la relazione divenga «categoria essenziale dell'obbligazione»⁸². Malgrado si sia affermato che «Essere in relazione significa doversi già reciprocamente alcunché», e ciò proprio al fine di impedire che possa realizzarsi una «non spiegata inversione tra fatto e diritto»⁸³, poi, in realtà, si è ipotizzato «*ex ante* il carattere “relazionale” del rapporto, per trarne la conseguenza che il dovere di protezione perde la sua natura *aquiliana*, per assumere quella contrattuale»⁸⁴. In tale ricostruzione si anniderebbe una «petizione di principio»: occorrerebbe domandarsi «come fa un dovere e/o un obbligo, privo all'origine di “relazionalità”, a trasferirla *tout court* ad una situazione che si definisce essere di non-rapporto, e cioè non relazionale»⁸⁵. Si finisce per «capovolgere la sequenza tradizionale», mentre è l'obbligazione, «quale, per definizione, situazione “di rapporto” tra soggetti determinati», strutturata attorno all'obbligo di prestazione, «ad attribuire carattere di “concretezza” al “dovere di protezione” di natura *aquiliana*, ove questo venga in esso a innestarsi»⁸⁶.

La protezione, dunque, deve essere «pur sempre funzionale e comunque connessa alla prestazione» o in ogni caso «dovuta in previsione di essa»⁸⁷. Diversamente, l'“azzeramento” di ogni connessione con la prestazione farebbe venir meno «ogni parametro che possa consentire di definire la situazione di responsabilità in base a comportamenti promessi, pattuiti o comunque dovuti»⁸⁸. Il ravvisare un obbligo di protezione anche “in previsione” di una prestazione, oltre ad allineare il nostro diritto alla riforma del diritto tedesco (§ 311 BGB), sembra cogliere il senso di quella obbligazione che, per espressa volontà della legge, sorge nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, impegnando le parti a comportarsi secondo buona fede (art. 1337 c.c.). E così anche per i contratti invalidi o altrimenti inefficaci. In assenza di una disciplina analoga⁸⁹, il diritto francese, fedele all'idea di “connessione” funzionale dell'obbliga-

81. Con la consueta chiarezza di pensiero, C.-W. CANARIS, o.l.u.c.

82. L'A. richiamato è C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.

83. C. CASTRONOVO, o.u.c., p. 73 e p. 61.

84. A. DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 9.

85. A. DI MAJO, o.l.u.c.

86. A. DI MAJO, o.l.u.c.

87. A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 65.

88. A. DI MAJO, o.l.u.c.

89. Tuttavia v. le innovazioni introdotte dalla recente riforma del diritto dei contratti, *infra*, § 6, in fine.

zione di *sécurité* rispetto alla prestazione ed al contratto, ha collocato la responsabilità precontrattuale nell'alveo della responsabilità extracontrattuale. Ma, in Italia, è proprio il testo degli artt. 1337 e 1338 c.c. che può indurre a ravvisare un «rapporto obbligatorio autonomo, da classificarsi tra i rapporti *ex lege*, *inter partes* e “relativi”⁹⁰ la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale.

La soluzione dei problemi delle responsabilità precontrattuale o postcontrattuale, quindi, è indipendente dalla generalizzazione della regola di buona fede oggettiva prevista dall'art. 1337 c.c., poiché concerne il solo “contatto negoziale” avanzato, specificamente individuato nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Con tale norma il legislatore ha inteso disciplinare non un'ipotesi di contatto sociale qualificato dall'affidamento ingenerato dalla «qualità di parte che la legge attribuisce ai soggetti in trattativa»⁹¹, ma «la particolare relazione che si trova a ridosso del contratto» e che è, «intrinsecamente, affine al rapporto che sorge da un contratto»⁹². Si tratta di quel “contatto negoziale” del quale parla il legislatore tedesco nel § 311, non, invece, di una responsabilità da mero contatto sociale. Proprio la “specificità” della *culpa in contrahendo* è tale da giustificare «il passaggio dalla situazione di non-rapporto a quella di rapporto»: ma non sembrerebbe «consentito “navigare” oltre di essa, nel “mare aperto” di rapporti aventi diversa natura e collocazione»⁹³.

La teoria dell'obbligazione senza prestazione, così come è stata attuata dalla giurisprudenza, malgrado gli annunciati propositi di generalizzazione, in concreto è stata applicata ad alcuni casi di responsabilità da affidamento derivante dallo *status* professionale rivestito dal danneggiante. Più recenti dottrine, invece, riflettendo ora sul tema delle prestazioni non dovute⁹⁴, ora sull'espressione *ähnliche geschäftliche Kontakte* (§ 311, comma 2, n. 3 del BGB)⁹⁵, hanno esaminato ipotesi assai rilevanti, nelle quali l'obbligazione c'è, ma riguarda un soggetto diverso (è il caso, ad es., delle prestazioni eseguite dagli ausiliari del debitore), o nelle quali la relazione, semmai fondata su una promessa, è considerata “non giuridica”⁹⁶ in virtù dell'incoercibilità (ad es., rapporti di cortesia) e della spontaneità (ad es., gestione di affari altrui, obbligazioni naturali, adempimento del terzo) della prestazione.

Ecco che, allora, il problema si sposta dall'ontologia dell'“obbligazione senza prestazione” alla pragmatica della “prestazione senza obbligazione”. L'intuizione di Adolfo di

90. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 369, anche in nt. 16. In argomento, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 67 ss., p. 126 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, p. 459 ss.

91. Così, invece, C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 698.

92. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 386.

93. A. DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, cit., p. 11.

94. F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 109 ss.

95. A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 91 ss.

96. G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 312.

Majo, che in origine poteva sembrare una benevola provocazione espressa mediante un abile gioco di parole, è stata oggetto di un'attenta riflessione. Premesso che «uno dei temi più dibattuti» ha riguardato proprio la possibilità di individuare doveri di protezione non collegati a un obbligo di prestazione, e che non è parsa «sufficientemente dimostrata la generalizzazione dell'indicazione proveniente dall'art. 1337», poiché «a tal fine forse non basta il riferimento alla categoria, *puramente logica*, della *relazione*»⁹⁷, è sembrato «necessario argomentare su basi normative» in cosa debba consistere il “contatto sociale” che può creare i doveri di protezione. Ma più che di “contatto sociale”, di per sé inidoneo a costituire un'obbligazione sulla base del generico riferimento all'art. 1173 c.c.⁹⁸, l'indagine ha riguardato quelle ipotesi, tipicamente previste dalla legge (ad es., adempimento del terzo, delegazione di pagamento, contratto nullo ma eseguito, gestione di affari altrui, indebito pagamento, pagamento al creditore apparente, ecc.) nelle quali, pur in assenza di una previa obbligazione, l'ordinamento consente l'esecuzione di una prestazione⁹⁹. In questi casi la nascita di obblighi di protezione potrebbe spiegarsi con il fatto che entrambe le parti accettano «consapevolmente la legge dell'obbligazione»¹⁰⁰, con la quale si trovano ad interferire sia pure sul terreno del solo adempimento. Qui l'esecuzione di una prestazione non dovuta instaura quella «speciale relazione giuridica»¹⁰¹, quel «rapporto particolare»¹⁰² che espone entrambe le sfere giuridiche al rischio di «incidere su persone e cose dell'altra parte»¹⁰³. La relazione che si instaura per effetto dell'esecuzione di una prestazione non dovuta, ma consentita dalla legge, cioè di una prestazione senza obbligazione, può generare obblighi di protezione il cui scopo è quello di proteggere la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione specifica e per suo tramite¹⁰⁴. Ma, in questo caso, diversamente da quel che si afferma, si tratta non di obblighi di protezione “autonomi”¹⁰⁵, ma di obblighi di protezione comunque funzionalmente “connessi” all'esecuzione (inesatta o esatta) di una prestazione, sia pure non dovuta. Gli obblighi di protezione sorgono non per effetto della previa costituzione di un rapporto obbligatorio, bensì a causa dell'esecuzione, *secundum legem*, di una prestazione senza obbligazione.

In proposito si è rilevato che il terzo che esegue una prestazione non dovuta nei riguardi del creditore (art. 1180 c.c.) instaura una relazione giuridica che potrebbe ge-

97. Le espressioni tra virgolette sono di F. VENOSTA, o. c., p. 109 s., pp.112-113.

98. In questi termini, A. ZACCARIA, o. c., p. 92 ss.

99. L'indagine è stata svolta soprattutto da F. VENOSTA, o. c., p. 109 ss. Sul punto, S. DELLE MONACHE, *Tutela risarcitoria e inadempimento contrattuale* (a proposito delle “prestazioni senza obbligazione”), in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Camerino-Napoli, 2016, p. 399 ss.

100. A. DI MAJO, o.u.c., p. 13, in nt. 30.

101. Della quale parla già HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 25.

102. C.-W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., p. 572 ss., p. 808 ss.

103. HE. STOLL, o.u.c., p. 25 s.

104. Secondo le parole di HE. STOLL, o.u.c., p. 26.

105. *Contra*, F. VENOSTA, o. c., p. 119.

nerare obblighi di protezione nei suoi riguardi. In questo contesto un ruolo ancor più significativo è assunto dall'esecuzione di prestazioni che costituiscono l'oggetto di obbligazioni non coercibili, perché qualificate dalla legge come «esecuzione di doveri morali o sociali» (ad es., l'art. 2034 c.c.), o considerate dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti come attuazione di obblighi “non giuridici”, perché non connotati dalla realizzazione di un interesse economico del promittente e/o dall'esercizio dell'attività in forma professionale¹⁰⁶. Il discorso involge i cc.dd. rapporti di cortesia, che le esperienze francese, tedesca e italiana hanno confinato, per tradizione, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale per colpa. Da rilevare, tuttavia, che il criterio della professionalità nell'esercizio dell'attività è un criterio che prova troppo (o troppo poco), poiché esso non connota tutti i contratti (onerosi o gratuiti) che sono considerati giuridicamente rilevanti. Il dato dell'interesse del promittente, poi, se si esamina la giurisprudenza in materia, è stato inteso spesso in modo ambiguo e poliseno, avendo dato luogo a decisioni incerte e contraddittorie¹⁰⁷. Nell'ambito della circolazione stradale la distinzione tra trasporto oneroso, gratuito e di cortesia ha causato un'ingiustificata disparità di trattamento tra le vittime (semmai, di un medesimo incidente). Mentre i trasportati a titolo oneroso e gratuito hanno potuto giovare, in Francia, del regime di responsabilità oggettiva contrattuale derivante dall'*inexécution* di un'obbligazione di *sécurité* di risultato e, in Italia, dell'inversione dell'onere della prova previsto dal più sibillino art. 1681, comma 1, c.c., sui trasportati a titolo di cortesia è continuato a gravare l'onere di provare la colpa del vettore ai sensi degli artt. 1382 *Code civil* o 2043 c.c.

A questa situazione di diseguaglianza ha posto rimedio, in Francia, fin dal 1968, la *Chambre mixte* della Cassazione¹⁰⁸, la quale ha consentito sia ai trasportati “di cortesia”, sia alle vittime *par ricochet* di potersi avvalere del regime di responsabilità oggettiva delittuale previsto dall'art. 1384, comma 1, “equivalente”¹⁰⁹ a quello previsto, ma in sede contrattuale (obbligazione di *sécurité-résultat*), per i trasportati a titolo oneroso o gratuito. A fronte della proposta (inascoltata nella nostra esperienza giuridica) di considerare il trasporto gratuito e quello di cortesia nell'ambito di un unico paradigma normativo che caratterizza il trasporto «senza corrispettivo»¹¹⁰, il problema è stato risolto dai legislatori francese e italiano, almeno con riguardo al trasporto mediante veicoli a motore. Sia la *Loi Badinter* (art. 1 della l. n. 85-677), sia il Codice delle assicurazioni private (art.

106. Su questi due criteri, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 171 ss.

107. Cfr., ad es., la giurisprudenza cit. da V. BUONOCORE, *I contratti di trasporto e di viaggio*, in *Tratt. di dir. comm.* diretto da V. Buonocore, Torino, 2003, pp. 69-71, anche in nt. 115.

108. Cass., Ch. Mixte, 20 décembre 1968, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 37.

109. Per una ricerca sulle ulteriori regole “equivalenti” che inducono la giurisprudenza a qualificare la responsabilità in termini ora delittuali ora contrattuali, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 35 ss., p. 222 ss. e *passim*.

110. V. BUONOCORE, o. c., p. 65 e p. 79 s.

141 d.lgs n. 209 del 2005) hanno unificato la disciplina dei trasportati a titolo oneroso, gratuito o di cortesia prevedendo un regime di responsabilità oggettiva che, nel trovare il suo fondamento nel contratto di assicurazione, rappresenta il superamento della tradizionale partizione tra le due specie della responsabilità civile attraverso «une unification des régimes d'indemnisation»¹¹¹.

Per quanto riguarda gli altri rapporti di cortesia, il carattere della patrimonialità o no dell'interesse del promittente non sembra possa continuare ad essere considerato decisivo. Sia perché, com'è noto, la prestazione può corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale del creditore (art. 1174 c.c.)¹¹²; sia perché, piuttosto che vagliare il carattere economico o meno dell'interesse, sarebbe prioritario verificarne la sua meritevolezza di tutela ai sensi dell'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2, c.c.). D'altronde anche la prestazione cortese, per quanto incoercibile, non può non essere ispirata al principio di correttezza/buona fede che permea tutte le attività che possono definirsi "prestazione", «quale che ne sia il titolo ed anche se non sono giuridicamente dovute»¹¹³.

In Germania una soluzione analoga è stata prospettata sulla base dell'interpretazione dell'espressione *ähnliche geschäftliche Kontakte* (§ 311, comma 2, n. 3 BGB). Se non si vuole intendere tale locuzione come un riferimento inutilmente ripetitivo a quei contatti negoziali "di minore intensità", comunque simili a quelli già previsti nei precedenti nn. 1 e 2, l'espressione potrebbe essere riferita «proprio ai rapporti di cortesia "puri", in considerazione della loro affinità con i contatti negoziali» e della loro attitudine a generare obblighi di protezione sulla base di «un principio di tutela dell'affidamento analogo a quello che anima la teoria della responsabilità *in contrahendo*»¹¹⁴.

5. Un altro aspetto che è stato posto nitidamente in evidenza¹¹⁵ è quello del carattere *rimediale* dell'obbligazione di *sécurité-résultat*, tant'è che essa è definita come un'«obligation indemnitaire» con caratteristiche utilitarie e funzionali assai marcate¹¹⁶. La nascita stessa dell'obbligazione di *sécurité* testimonia un'indiscutibile funzione *rimediale*, consistente nell'esigenza di tutelare il trasportato – in presenza di una lacuna del *Code Napoléon* (art. 1782 ss.) – mediante la previsione di un regime di responsabilità oggettiva contrattuale che esimesse il creditore della prestazione di trasportare dalla prova (diabolica) della *faute précise* richiesta, invece, dalla disciplina di diritto comune in tema di responsabilità

111. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, III éd., Paris, 2006, p. 1289 ss.

112. In proposito, M.R. MARELLA, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorganni*, Napoli, 2007, p. 175 ss.

113. F. VENOSTA, o. c., p. 143.

114. Così, A. ZACCARIA, o. c., pp. 90-91.

115. Da M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 126 ss.

116. D. MAZEAUD, *Le régime de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1201.

extracontrattuale (art. 1382)¹¹⁷. La successiva evoluzione della giurisprudenza in tema di trasporto confermerà questa tendenza. Ma poiché la qualificazione in termini “di mezzi”¹¹⁸ dell’obbligazione del vettore di “prendere le misure di sicurezza” avverso gli *accidents de gare* e *de quai* non era altrettanto propizia per la vittima contraente, ingenerando anzi una disparità di trattamento¹¹⁹ con il “terzo” (al quale si applicava la ben più favorevole disciplina di responsabilità oggettiva delittuale di cui all’art. 1384, comma 1), con il caso Valverde¹²⁰ la giurisprudenza procederà a “decontrattualizzare” il regime di responsabilità anche per il trasportato, sulla base dell’idea (già espressa nel caso “Caramello”)¹²¹ che può esservi un’obbligazione di *sécurité* (di risultato), e quindi una tutela contrattuale, soltanto durante l’esecuzione del contratto, cioè dal momento in cui il passeggero inizia ad entrare nel mezzo di trasporto e fino all’istante in cui ha terminato di uscirne¹²².

Anche in Germania e in Italia la scoperta degli obblighi di protezione ha assolto un ruolo rimediabile, contribuendo a realizzare una più intensa tutela della vittima, rispetto a quella che sarebbe conseguita sulla base dell’applicazione delle regole in tema di responsabilità delittuale. Già Hermann Staub¹²³, a due anni dall’entrata in vigore del BGB, aveva individuato un’ulteriore incongruenza nella diversa disciplina in tema di responsabilità degli ausiliari “nell’adempimento” e “nell’attività”¹²⁴. Non v’è dubbio che questa problematica caratterizzerà l’esperienza germanica per tutto il XX secolo¹²⁵, se è vero che un’autorevole dottrina ha individuato la medesima «funzione della teoria dei “doveri di protezione”» proprio nel «rendere applicabile il par. 278 BGB» in luogo del § 831¹²⁶, al fine di escludere la prova liberatoria prevista dalla disciplina extracontrattuale e di estendere il rimedio risarcitorio anche agli ausiliari indipendenti¹²⁷. Un ulteriore vantaggio per la vittima v’è anche sul terreno dell’onere della prova poiché, mentre ai sensi della responsabilità extracontrattuale esso «grava in linea di principio sul creditore»¹²⁸, nel caso della

117. In tal senso, le conclusioni del Procuratore Generale L. SARRUT, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 254 ss., in ordine a Cass., 21 novembre 1911, e Cass., 27 janvier 1913, *ivi*, I, p. 253 ss. Sul punto, R. RODIÈRE, *Le régime légal de l’obligation de sécurité due par les transporteurs à leurs voyageurs*, in *Sem. jur.*, 1952, I, *Doctr.*, 997, e l’attenta ricostruzione storica di J.-L. HALPÉRIN, *La naissance de l’obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1178.

118. Intervenuta con il caso “Dame Decharme”: Cass., I Ch. civ., 21 juillet 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 ss.

119. Considerata «scioccante» da C. MASCALA, *Accidents de gare: le «déraillement» de l’obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1991, *Chron.*, p. 81.

120. Cass., I Ch. civ., 7 mars 1989, in *Gaz. Pal.*, 1989, II, *Jur.*, p. 633, con nota di G. PAIRE.

121. Il quale (Cass., I Ch. civ., 1 juillet 1969, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 640 s.), tra l’altro, aveva dato origine all’articolata evoluzione giurisprudenziale.

122. Cass., 1 juillet 1969, *cit.*, p. 640.

123. *Le violazioni*, *cit.*, p. 70 s.

124. Anche HE. STOLL, *Commiato*, *cit.*, p. 50.

125. M. FEOLA, *La responsabilità civile*, *cit.*, p. 55.

126. C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte seconda)*, *cit.*, p. 802.

127. C.-W. CANARIS, *Il “contatto sociale”*, *cit.*, pp. 2-3.

128. C.-W. CANARIS, *o.u.c.*, p. 3.

responsabilità contrattuale è il debitore che deve dare la prova di non dover rispondere dell'inadempimento (§ 280, comma 1, BGB). La teoria delle *Schutzpflichten* e l'estensione degli effetti di protezione anche nei riguardi di terzi, poi, hanno consentito di tutelare interessi non protetti ai sensi della responsabilità delittuale (ad es., danni meramente economici, danni da *culpa in contrahendo* e da contratti nulli, danni da inesatte informazioni, ecc.), sulla base della convinzione che debba essere proprio il contratto – e non la responsabilità delittuale – «il tipico strumento di salvaguardia degli interessi patrimoniali»¹²⁹.

In Italia l'importazione della dottrina degli obblighi di protezione e della controversa idea di “contatto sociale” ha consentito, quanto meno in specifici settori, di prevedere una tutela rafforzata per la vittima. Soprattutto in campo sanitario (ma un discorso analogo può valere anche per altre ipotesi individuate dalla S.C.), più che ad un superamento¹³⁰ della partizione, si è assistito ad una trasformazione pura e semplice dell'originaria obbligazione “di mezzi” in un'obbligazione “di risultato”¹³¹. L'allegazione di un inadempimento solo «astrattamente idoneo a causare il danno lamentato» inverte, nella sostanza, l'onere della prova della causalità, dovendo il debitore “dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante”¹³². Ai fini dell'interruzione del rapporto causale «è del tutto irrilevante la prova della diligenza nell'adempimento, dovendo il debitore dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore» e gravando su di lui «il rischio della causa ignota e non accertabile»¹³³. Nel qualificare come obbligazione “di risultato” un'obbligazione che fino ad allora era stata considerata “di mezzi”, la giurisprudenza italiana ha emulato quella funzione *rimediabile* che l'obbligazione di *sécurité* ha assunto nell'esperienza francese.

6. Nell'evoluzione successiva, la qualificazione dell'obbligazione di *sécurité* in termini “di mezzi” o “di risultato” è stata puntualmente effettuata dalle Corti al fine di individuare la disciplina applicabile al concreto rapporto, soprattutto allorché tale obbligazione è stata inserita (come nella gran parte dei casi è accaduto) all'interno di un contratto atipico. Il numero e la varietà dei contratti ai quali la giurisprudenza ha collegato questa figura «sono impressionanti», al punto che ci si è chiesti se «il campo di questa obbligazione non si estenda a qualsiasi convenzione la cui esecuzione possa ledere, in un qualsiasi momento e in qualunque maniera, la sicurezza fisica di uno dei contraenti o anche quella dei beni che sono stati affidati dall'altra parte»¹³⁴.

Tuttavia, la discutibile idea secondo la quale, nella tradizione francese, la *faute civile* rappresenti ancora l'unitaria nozione ordinante le responsabilità sia delittuale sia contrat-

129. C.W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 576.

130. Così Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790.

131. A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 875.

132. In questi termini, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366.

133. M. FEOLA, o.l.u.c.

134. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., p. 458.

tuale¹³⁵ farà sì che, almeno ogni qual volta il danno sia cagionato da una cosa in custodia, il rimedio contrattuale fondato sull'obbligazione di *sécurité* "di mezzi" diverrà più sfavorevole per la vittima di quanto non lo sia il rimedio delittuale fondato sull'art. 1384, comma 1. La tutela contrattuale dell'obbligazione di *sécurité* "di risultato" risulterà circoscritta ad ipotesi specifiche¹³⁶ e non sempre pregnanti sotto il profilo sociale. Se si eccettuano alcune decisioni più recenti, la Cassazione, oltre al contratto di trasporto terrestre, individua un'obbligazione di risultato a carico dei gestori di funivie¹³⁷ (mentre una diversa disciplina riguarderà seggiovie e sciovie)¹³⁸, di villaggi turistici¹³⁹, di *manège* di altalene¹⁴⁰, di auto-scontro¹⁴¹ e di montagne russe¹⁴², a carico del ristoratore o del gestore di altre strutture (alberghi, colonie, villaggi turistici) con riguardo alla qualità degli alimenti¹⁴³ e della nutrice *professionnelle* cui sono affidati fanciulli che non sono in grado di vegliare sulla propria sicurezza¹⁴⁴. Nella quasi totalità degli altri "contratti", invece, la giurisprudenza, fedele al principio del *non-cumul*, assegna una tutela risarcitoria contrattuale, ma sulla base di un'obbligazione di *sécurité* "di mezzi". E sarà proprio la *prolifération*¹⁴⁵ delle obbligazioni di *sécurité-moyens* a spingere la dottrina a contestare con veemenza tale fenomeno: da un lato si ravviserà lo "snaturamento" del modello obbligatorio, il quale, se ha ad oggetto la *sécurité*, deve essere "di risultato"¹⁴⁶; dall'altro, si constaterà che in molte ipotesi (ad es., nel caso in cui il danno sia cagionato da una cosa in custodia) la qualificazione in termini contrattuali della tutela nuoce sicuramente alla vittima, in quanto la sottopone ad un regime fondato sulla prova della *faute contractuelle* del debitore, non consentendole di invocare

135. In argomento, basti citare la più avvertita trattatistica (G. VINEY et P. JOURDAIN, o. c., p. 363 ss., p. 428 ss.).

136. Per le quali si rinvia a M. FEOLA, o.u.c., p. 233 ss., p. 251 ss., p. 346 ss. e *passim*.

137. Per un'esplicita qualificazione in termini di obbligazione "di risultato" cfr., ad es., Cass., I Ch. civ., 17 février 1987, in *Sem. jur.*, 1988, II, 21082.

138. Per la giurisprudenza, M. FEOLA, o.u.c., p. 235 ss.

139. Pur non richiamando esplicitamente l'obbligazione "di risultato", esclude che sul *dub* gravasse un'obbligazione "di mezzi", Cass. crim., 1 juillet 1997, in *Rec. Dalloz*, 1997, *Inf. rap.*, p. 212.

140. Un esplicito riferimento ad una «obbligazione di risultato, per quanto concerne la sicurezza dei suoi clienti», è in Cass., I Ch. civ., 18 février 1986, in *Rec. Dalloz*, 1986, *Inf. rap.*, p. 235. Sul punto, J. HUET, *Entreprise d'attraction pour enfant: obligation de résultat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 770 ss.

141. Discorrono di un'obbligazione "determinata" o "di risultato", Cass., I Ch. civ., 3 avril 1973, in *Rec. Dalloz*, 1973, *Somm.*, p. 91; Cass., 12 février 1975, *ivi*, 1975, *Jur.*, p. 512; Cass., 17 juin 1975, *ivi*, 1975, *Inf. rap.*, p. 216.

142. Con esplicito riferimento all'obbligazione "di risultato", Cass., I Ch. civ., 13 novembre 1974, in *Sem. jur.*, 1974, II, *Jur.*, 18344; Cass., I Ch. civ., 28 octobre 1991, in *Rec. Dalloz*, 1992, *Somm. comm.*, p. 271, sulla scia di Req., 13 mai 1947, in *Sem. jur.*, 1948, II, *Jur.*, 4032. Cfr. P. JOURDAIN, *L'exploitant d'un toboggan est tenu d'une obligation de sécurité de résultat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 397.

143. Anche qui, con esplicito riferimento all'obbligazione di *sécurité* "di risultato", Cass., I Ch. civ., 2 juin 1981, in *Gaz. Pal.*, 1982, I, *Pan.*, p. 9.

144. Cass., I Ch. civ., 13 janvier 1982, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770.

145. Il termine è utilizzato da G. VINEY et P. JOURDAIN, o. c., p. 453 ss.

146. P. JOURDAIN, *Le fondement de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1198. In maniera del pari incisiva, afferma che «l'obligation de sécurité est par sa nature une obligation déterminée», Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1994, *Chron.*, p. 84.

la ben più favorevole disciplina di responsabilità oggettiva delittuale di cui all'art. 1384, comma 1, *Code civ.*¹⁴⁷ In tal modo l'elaborazione della giurisprudenza avrebbe perso di vista quel «carattere puramente utilitaristico e funzionale» che ha caratterizzato «la scoperta, cioè l'invenzione»¹⁴⁸ dell'obbligazione di *sécurité*.

Tramontato l'importante tentativo giurisprudenziale di introdurre un regime generale di responsabilità oggettiva contrattuale «du fait des choses»¹⁴⁹, analogo a quello previsto dall'art. 1384, comma 1 in ambito delittuale, che avrebbe consentito di risolvere nel senso dell'obbligazione di *sécurité* «di risultato» la maggior parte dei casi sottoposti al giudizio delle Corti attraverso la «unificazione delle regole di responsabilità»¹⁵⁰, la scienza giuridica francese si è orientata in maniera divergente. La giurisprudenza ha iniziato a operare, ma «caso per caso»¹⁵¹ e limitatamente a taluni settori, una «ri-qualificazione»¹⁵² delle obbligazioni di *sécurité* (considerate fino ad allora) «di mezzi» in obbligazioni «di risultato». Ciò è accaduto, ad esempio, nel campo delle agenzie di viaggi¹⁵³ e dei *tour operator*¹⁵⁴. La dottrina, invece, ha cominciato a chiedersi «se non sia più semplice» e meno artificioso «decontrattualizzare» l'obbligazione di *sécurité*¹⁵⁵. Ciò consentirebbe, da un lato, di «preservare il contratto»; dall'altro, di «evitare che l'allargamento artificiale» del rapporto obbligatorio possa rappresentare un attentato alla funzione risarcitoria della responsabilità extracontrattuale; dall'altro ancora, di tutelare meglio il creditore-vittima, consentendogli di «collocarsi sul terreno delittuale» al fine di poter «beneficiare» del regime di responsabilità oggettiva *du fait des choses* fondato sull'art. 1384, comma 1, *Code civil*¹⁵⁶. Da qui le proposte di riforma del diritto della responsabilità civile che, per un verso, hanno previsto un regime di concorso¹⁵⁷ in deroga al principio del *non-cumul* (pur enunciato nel comma 1 dell'art. 1341 dell'Avant-projet Catala) per la sola ipotesi in cui l'*inexécution* abbia causato un danno all'integrità psicofisica, consentendo al contraente di poter «ottenere egualmente la riparazione di questo danno» ai sensi della responsabilità delittuale (art. 1386-17, comma 2, prop. di legge L. Bétaille) o di poter «optare in favore delle regole che

147. Tra i tanti, D. MAZEAUD, *Le régime*, cit., p. 1202 ss.; P. JOURDAIN, o.u.c., p. 1198 ss.

148. G. VINEY et P. JOURDAIN, o. c., p. 472.

149. Il *leading case*, detto anche «du cerceau brisé» (M. BACACHE-GIBEILLI, o. c., p. 236) fu deciso da Cass., I Ch. Civ., 17 janvier 1995, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 351. L'abbandono di questa giurisprudenza fu immediatamente colto da P. JOURDAIN, *La responsabilité contractuelle du fait des choses: la Cour de cassation aurait-elle des regrets?*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 632.

150. G. VINEY et P. JOURDAIN, o. c., p. 799.

151. M. BACACHE-GIBEILLI, o. c., p. 238.

152. Il termine è utilizzato da M. FEOLA, o. u. c., p. 594.

153. Già Trib. Civ. Nouméa, 12 août 1991, in *Rec. Dalloz*, 1992, *Jur.*, 437, con nota di P. DIENER.

154. Cass., I Ch. civ., 2 novembre 2005, in *Rec. Dalloz*, 2006, *Jur.*, p. 1016.

155. M. BACACHE-GIBEILLI, o. c., p. 239.

156. M. BACACHE-GIBEILLI, o. c., pp. 129-130 e p. 239.

157. Tale soluzione era già stata prospettata da P. JOURDAIN, *Le fondement*, cit., p. 1200.

gli sono più favorevoli» (art. 1341, comma 2, Avant-projet Catala); per altro verso, ancor più radicalmente, si sono proposte di “decontrattualizzare” l’obbligazione di *sécurité*, disponendo che «salvo disposizioni particolari, le lesioni dell’integrità fisica o psichica della persona sono risarcite» ai sensi della responsabilità delittuale «anche qualora siano causate in occasione dell’esecuzione di un contratto» (art. 3 del Prog. Terré).

Con la riforma «*du droit des contrats*» introdotta con *Ordonnance* n. 2016-131 il legislatore non ha effettuato, per ora, alcuna modifica. La disciplina della responsabilità extracontrattuale è testualmente riproposta negli artt. 1240-1244, che vanno così a sostituire gli artt. 1382-1386. E la rinuncia a riformare la disciplina della responsabilità civile può essere letta, almeno fino al prossimo preannunciato intervento legislativo, come una validazione di oltre due secoli di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Anzi, le disposizioni secondo le quali le obbligazioni hanno la loro fonte non soltanto in atti e fatti giuridici, ma anche nella «*autorité seule de la loi*» (art. 1100) e i contratti devono essere sia «*négociés*» e «*formés*», sia «*exécutés de bonne foi*» (art. 1104), sulla base di una regola che è esplicitamente qualificata «di ordine pubblico», sembrano richiamare in maniera implicita il sistema delle obbligazioni di *sécurité*, così come avvenuto per gli obblighi di protezione nella Germania del XX secolo sulla base del § 242 BGB. L’inedito riferimento alla *bonne foi* anche nel corso «*des négociations précontractuelles*» (art. 1112), con esclusione del rinvio alla responsabilità extracontrattuale (contenuto, invece, nell’art. 12 del *Projet de réforme*)¹⁵⁸, esprime una nozione di buona fede in senso oggettivo, la cui violazione è fonte di un risarcimento del danno che, però, «non può avere ad oggetto di compensare la perdita dei vantaggi attesi dal contratto non concluso». Il legislatore non qualifica la responsabilità precontrattuale come contrattuale o extracontrattuale, ma si limita a prevedere una figura che si caratterizza per i limiti all’entità della riparazione, resi palesi dalla codificazione del principio dell’interesse c.d. negativo.

7. A seguito della riforma del BGB, i problemi che interessano la dottrina tedesca in tema di rapporto obbligatorio sono in parte mutati. Limitata la rilevanza degli obblighi di protezione “autonomi” al problema della responsabilità precontrattuale (§ 311 BGB), l’esperienza germanica si interessa oggi soprattutto di studiare e di classificare gli obblighi di protezione che sono, in qualche maniera, strutturalmente e/o funzionalmente “connessi” alla prestazione. Come si è opportunamente rilevato¹⁵⁹, mentre prima della riforma il problema era quello del fondamento e della latitudine degli obblighi di protezione, dopo l’intervento del legislatore la questione centrale è divenuta proprio quella del rapporto tra obblighi di protezione ed obblighi di prestazione. Cioè, quella di esaminare il tipo di connessione e il ruolo che assolvono gli obblighi di protezione

158. V. il Progetto di riforma pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 819.

159. Da R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 78 ss.

rispetto alla prestazione, al fine di poterli inquadrare, quali *leistungsbezogene Nebenpflichten*, nel primo comma del § 241, ovvero, quali *nicht leistungsbezogene Nebenpflichten*, nel secondo comma del § 241. La distinzione non è di secondaria importanza poiché, mentre la violazione degli obblighi di cui al comma 1 del § 241 fa operare tutti i rimedi previsti «nei §§ 280, 282, 283, 311a, 323, 326 BGB, secondo le diverse perturbative dell'impossibilità, del ritardo, dei vizi della prestazione», nel caso di violazione degli obblighi contemplati nel secondo comma del § 241 risulterebbero applicabili le sole norme di cui ai §§ 280, 282 e 324 BGB¹⁶⁰. V'è quindi il rilevante problema, per gli obblighi di protezione rientranti nel comma 2 del § 241, di poter esigere non soltanto il rimedio risarcitorio, ma anche il loro adempimento in forma specifica.

La questione era già stata individuata, anche se con riguardo al diverso operare dell'onere della prova¹⁶¹, proprio da Heinrich Stoll. Nel rilevare come non sia «sempre facile accertare se si tratta solamente della violazione dell'interesse di protezione o anche dell'interesse alla prestazione», l'illustre Autore aveva considerato come violazione del solo interesse alla prestazione, a titolo esemplificativo, le ipotesi nelle quali: «il locatore di un appartamento non mantiene in ordine la scala o [...] non illumina gli accessi all'abitazione»; «l'appaltatore danneggia il materiale che gli è stato consegnato custodendolo in modo negligente»; «il vettore ha fatto sì giungere le persone trasportate a destinazione nel luogo esatto e in orario, ma con delle ferite»; «il barbiere cagiona delle lesioni a un suo cliente durante la rasatura»¹⁶². Sulla base della convinzione che l'interesse alla prestazione «deriva sempre dall'intero contenuto del contratto», egli rileva, ad es., che «la locazione non è soltanto consegnare la cosa locata, ma anche mantenerla in stato idoneo all'uso», e che nel contratto d'appalto «l'interesse alla prestazione consiste proprio nell'utilizzo fruttuoso dei materiali forniti o nella realizzazione dell'opera»¹⁶³. Senza voler entrare nel merito di queste affermazioni, è opportuno rilevare come egli stesso dia inconsapevolmente la prova delle difficoltà dogmatiche che possono riguardare la distinzione tra obblighi di prestazione ed obblighi di protezione «accessori» o funzionalmente «connessi», se è vero che tale esemplificazione poneva in discussione, in Germania, proprio i primi casi (in tema di trasporto, di locazione e di contratto d'opera) nei quali la giurisprudenza aveva individuato effetti di protezione del contratto «a favore» di terzi¹⁶⁴; in Francia, la medesima «scoperta» dell'obbligazione di *sécurité* nel contratto di trasporto e la sua successiva esten-

160. In questi termini, R. FAVALE, o.u.c., p. 78.

161. HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 34, anche in nt. 136, p. 44 ss.

162. HE. STOLL, o.u.c., p. 34, nt. 136.

163. HE. STOLL, o.l.u.c. (il corsivo è dell'A.).

164. Basti citare, in tema di contratto di trasporto, RG, 7 giugno 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 64, e soprattutto il c.d. *Klosterfall* (RG, 18 novembre 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 289); in materia di contratto di locazione, il celeberrimo c.d. *Tuberkulosefall* (RG, 5 ottobre 1917, ivi, 91, 1918, p. 21); in materia di contratto d'opera, il c.d. *Gasbrenfall*, deciso dal *Reichsgericht* il 10 febbraio 1930, in *RGZ*, 127, 1930, p. 218 ss.

sione ai contratti “analoghi” e a quelli “diversi”; in Italia, la struttura bipartita dell’art. 1681, comma 1, c.c. che chiaramente distingue la responsabilità del vettore «per il ritardo e per l’inadempimento nell’esecuzione del trasporto», alla quale l’unanime scienza giuridica applica la disciplina di “diritto comune” di cui all’art. 1218 c.c.¹⁶⁵, dall’obbligazione di sicurezza avverso i «sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio», per i quali il vettore è tenuto a provare di «avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno». Le conclusioni alle quali perviene Heinrich Stoll, poi, sembrano ancor più problematiche, se è vero, come egli afferma, che il dovere di protezione deve rappresentare «il rovescio», ma pur sempre «l’integrazione dello scopo positivo dell’obbligazione»¹⁶⁶.

In un settore che oggi è di grande attualità, come quello della responsabilità degli operatori sanitari, già Luigi Mengoni aveva ammonito come fosse facile confondere l’obbligo di prestazione con quello di protezione¹⁶⁷. In proposito, la stessa Cassazione, allorché procede alla “scoperta” della responsabilità da “contatto sociale” del medico dipendente, esclude la possibilità di «condividere la tesi di coloro che sostengono che nella fattispecie sarebbe ravvisabile un contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo (il paziente)», poiché questa figura «si avrebbe ogni qualvolta da un determinato contratto sia deducibile l’attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale, *come accade sicuramente nel caso del paziente*»¹⁶⁸, ma a non violare un interesse di protezione. Una posizione più articolata può riguardare gli obblighi d’informazione ai quali è tenuto il professionista. Se l’informazione rappresenta l’oggetto del contratto¹⁶⁹, sicuramente si verterà in tema di obbligo di prestazione. Se, invece, l’informazione rappresenta un obbligo accessorio cui implicitamente è tenuto il sanitario al fine di assicurare la sicurezza del paziente, in questo caso, ma al pari di tutti gli altri, valutato il grado di connessione con la prestazione, sarà possibile ravvisare un obbligo di protezione.

Pur prescindendo dalle ipotesi nelle quali si è confuso *sic et simpliciter* l’obbligo di protezione con la prestazione¹⁷⁰, una netta distinzione tra quest’ultima e gli obblighi di protezione che sono funzionalmente “connessi”, talvolta in maniera inscindibile, nei riguardi della prestazione appare decisamente problematica e, comunque, nella maggior parte dei casi non sembra prestarsi ad essere effettuata sulla base di criteri generali e astratti. Lo schema delineato dall’art. 1174 c.c. individua «solo la dotazione elementare del rapporto, il quale, in realtà, comprende anche tutte le attività accessorie e strumentali all’esecuzione

165. Per tutti, M. IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 77.

166. HE. STOLL, o.u.c., p. 34.

167. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., pp. 371-372.

168. Così, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443 (il corsivo è nostro).

169. Sul punto, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 497; M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, in *Riv. crit. dir. prin.*, 2014, p. 95 ss.

170. Come nel caso del c.d. *Testamentfall* (W. LORENZ, *Anmerkung* a BGH, 6 luglio 1965, in *JZ*, 1966, p. 141 ss.).

della prestazione»¹⁷¹. Ne consegue che «l'obbligo di protezione finisce per affiancarsi all'obbligo principale ribadendo inevitabilmente il primato di quest'ultimo nella misura in cui soltanto le condotte intese alla esecuzione (o alla ricezione) della prestazione potranno proporsi quali veicoli di una possibile lesione dello *Schutzinteresse*»¹⁷².

È proprio l'incontrovertibile idea dell'obbligazione come rapporto complesso, quale «struttura unitaria funzionalmente orientata»¹⁷³ a rendere estremamente difficile discernere a priori, in maniera netta e precisa, ciò che va ascritto al primo o al secondo comma del § 241 BGB. Il problema consiste proprio nell'individuare parametri idonei ad effettuare e, nel contempo, a suffragare inequivocabilmente la partizione. Sia il criterio dello «scopo» dell'obbligo accessorio, nel senso di considerarlo tra gli obblighi di prestazione là dove è diretto alla protezione esclusiva della prestazione principale¹⁷⁴; sia il requisito della «prossimità» dell'obbligo accessorio alla prestazione¹⁷⁵; sia il rilievo attribuito al ruolo che la violazione dell'obbligo accessorio assume nei riguardi della prestazione, nel senso di ledere l'*Äquivalenzinteresse* ovvero l'*Integritätsinteresse*¹⁷⁶; sia la caratteristica dell'azionabilità in giudizio dell'obbligo accessorio, cioè la possibilità di esigere il rimedio dell'adempimento rispetto alla mera tutela risarcitoria¹⁷⁷, sono tutti parametri che, sulla base della volontà delle parti e del complessivo assetto degli interessi divisati, possono essere utili al fine di distinguere gli obblighi accessori legati alla prestazione (di cui al comma 1 del § 241 BGB) dagli obblighi di protezione (di cui al comma 2). Ma proprio la molteplicità e l'eterogeneità dei criteri proposti indicano la problematicità della partizione e l'impossibilità di fondarla su un giudizio *a priori*, universalmente valido per ogni obbligazione e per ogni contratto. Per pervenire ad una classificazione esaustiva e completa bisognerebbe esaminare l'intero diritto delle obbligazioni e dei contratti, «tipici» ma soprattutto «atipici». La qualificazione, quindi, non può che essere effettuata caso per caso, sulla base del complessivo regolamento d'interessi e di un giudizio comparativo di prevalenza che involga i diversi parametri con riferimento al caso di specie.

Il problema appare meno complesso, però, se si invertono i termini della questione. Piuttosto che effettuare preventivamente, sulla base di un metodo dogmatico-tassono-

171. L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. prin.*, 2014, p. 48.

172. L. NIVARRA, o. c., p. 51, e S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. prin.*, 2014, p. 796.

173. Così, lo stesso C. CASTRONOVO, *La relazione*, cit., p. 69.

174. D. MATTHEUS, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts*, in *JuS*, 2002, p. 211; H.-J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, München, 2002, p. 92 ss.; A. TEICHMANN, *Nebenverpflichtungen aus Treu und Glauben*, in *JÄ*, 1984, p. 546.

175. V. EMMERICH, *Das Rechts der Leistungsstörungen*, München, 2003, p. 335; S. MADAUS, *Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht*, *JURA*, 2004, p. 291 ss.

176. D. MEDICUS, *Der Regierungsentwurf zum Recht der Leistungsstörungen*, in *ZfBR*, 2001, p. 511; P. HUBER e F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002, p. 131 ss.

177. Già K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Allgemeiner Teil*, München, 1976, p. 9 ss.; E. KRAMER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1994, p. 82 ss.

mico, la qualificazione dell'obbligo in una delle due categorie ai fini dell'applicazione (della disciplina e) delle tutele (che la dottrina collega al primo o al secondo comma del § 241 BGB), individuare, in concreto, il tipo di rimedio esigibile. Ma ciò comporta che sia superato il luogo comune secondo il quale la violazione dell'obbligo di protezione consentirebbe di esperire la sola tutela risarcitoria. Infatti l'obbligo di protezione «non rileva soltanto, al pari del dovere generico di astensione, quando la lesione dell'altrui sfera giuridica si è ormai consumata, ossia nella fase dell'illecito (non più extra) contrattuale e del risarcimento del danno, ma soprattutto nella fase di attuazione del rapporto, munito com'è di una sua precettività in grado di orientare le parti, di prevenire l'inesecuzione o di assicurare l'esecuzione in punto di rimedi inibitori o in forma specifica»¹⁷⁸.

Là dove la «prossimità/interferenza» ha già «sprigionato tutta la sua carica negativa» – e sono, queste, le ipotesi di gran lunga più ricorrenti nella prassi – alle *Schutzpflichten* non può che corrispondere «uno schema puramente reattivo, nel senso che la tutela accordata al portatore dell'interesse prende la forma del risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'obbligo»¹⁷⁹. In questo caso il rimedio previsto assolve ad una funzione tipicamente conservativa, dovendo «restaurare l'integrità del patrimonio (comprensivo dei valori economici ed esistenziali) del soggetto che abbia subito un'interferenza indebita nella sua sfera giuridica»¹⁸⁰.

Tuttavia, la generale esigibilità della tutela risarcitoria *ex contractu*, sia pur distinta sulla base della duplice funzione assolta nella reintegrazione del «plus contractuel»¹⁸¹ o del risarcimento del danno consequenziale, non esclude che per taluni obblighi, pur qualificati «di protezione», sia possibile chiedere l'adempimento e gli ulteriori rimedi che usualmente sono ricondotti alla violazione dell'obbligazione, unitariamente considerata quale rapporto complesso. Una volta «accettata l'idea che il dovere di protezione fa parte del contenuto del rapporto obbligatorio, sarebbe illogico negare ad esso quella forma di tutela (*specificu*) che assiste l'obbligo di prestazione»¹⁸². Anzi è proprio nell'eventuale possibilità di esperire forme di tutela ulteriori rispetto al risarcimento del danno che si può cogliere una sicura peculiarità della dottrina degli obblighi di protezione rispetto alla tutela aquiliana. Gli obblighi di protezione possono avere un contenuto sia positivo (doveri di fare), sia negativo (doveri di astensione). Si pensi, ad esempio, all'eventualità che il locatore di un immobile possa esigere che il conduttore si astenga dal compiere atti che mettano in pericolo la stabilità della cosa locata; o, viceversa, alla possibilità che il conduttore o

178. S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. prin.*, 2003, p. 659.

179. L. NIVARRA, o. c., p. 72 e p. 49.

180. L. NIVARRA, o. c., p. 50.

181. Sul tale nozione, G. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1978, *passim*.

182. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 126 ss.

i prestatori di lavoro subordinato esigano, rispettivamente, dal proprietario o dal datore comportamenti positivi tendenti a garantire la statica dell'immobile ovvero a proteggere l'integrità psico-fisica (e, per quanto riguarda i lavoratori, anche la «personalità morale»: art. 2087 c.c.) dei soggetti che abitano o che operano in quegli ambienti. In questi ed altri casi non sembra possano essere esclusi il rimedio dell'adempimento in forma specifica, la possibilità di esigere l'esecuzione forzata di cui agli artt. 2930 ss. c.c. e, trattandosi di una situazione di pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile, i provvedimenti di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. Così, proprio nei rapporti di durata la violazione degli obblighi di protezione potrà rappresentare un giustificato motivo di recesso¹⁸³.

Più controversa è la questione relativa all'eventualità che la violazione di obblighi di protezione consenta alla controparte di chiedere la risoluzione del contratto o di avvalersi della eccezione di inadempimento, non rientrando, per comune opinione, gli obblighi di protezione nel *sinallagma* del contratto. Tuttavia, se è vero che «il *sinallagma* non possa farsi coincidere con il vincolo che lega le sole prestazioni», poiché esso «è il legame formale attraverso il quale si esprime l'equivalenza dei costi cui ciascuna delle parti è tenuta per l'esecuzione del contratto», la mancata osservanza degli obblighi di protezione potrebbe rappresentare un comportamento idoneo a squilibrare la relazione contrattuale, «sicché ad essa si deve conformemente potere agire con i rimedi *sinallagmatici*»¹⁸⁴. La questione sembra doversi risolvere comunque in senso affermativo là dove le parti abbiano esplicitamente contemplato specifici obblighi di protezione in una clausola risolutiva espressa, in quanto la valutazione dell'importanza dell'inadempimento è stata già effettuata dai contraenti sulla base di un apprezzamento soggettivo ma concorde che non può non essere vincolante per l'interprete. Una diversa soluzione rappresenterebbe un'indebita «intromissione» nella sfera di autonomia delle parti che «non sarebbe propria né opportuna»¹⁸⁵.

8. La nascita e il successivo itinerario percorso, in Germania, dalla dottrina degli obblighi di protezione e dal *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* e, in Francia, dalle obbligazioni di *sécurité* e dalla, seppur residuale, applicazione della *stipulation pour autrui tacite* trovano il loro fondamento e la loro spiegazione non in costruzioni avulse dalla realtà sociale, ma nelle specifiche ragioni ed esigenze storiche e giuridiche che caratterizzano i due ordinamenti.

Problemi sociali simili posti dallo sviluppo del macchinismo e dalla rivoluzione industriale¹⁸⁶ spingono «l'immaginazione di una dottrina generosa»¹⁸⁷ e, sulla sua scia, le Corti

183. A. DI MAJO, o.u.c., p. 127.

184. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., p. 6.

185. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV ed., Torino, 2014, p. 242 ss., anche in nt. 305.

186. Così, R. RODIÈRE, *Le régime*, cit., 997, § 2.

187. R. RODIÈRE, o.l.u.c.

francesi e tedesche a individuare soluzioni analoghe sotto il profilo operativo, ma che si attagliavano alle peculiarità e allo stile dei due diversi diritti. Anche se la disciplina dell'inadempimento sarà l'occasione per iniziare a pensare la dottrina degli obblighi di protezione, le soluzioni a volta a volta assunte dalle scienze giuridiche tedesca e francese saranno condizionate soprattutto da scelte sistematiche (il principio del *non-cumul* o del concorso, ad es.) e dalla diversa fisionomia dei modelli di responsabilità extracontrattuale. Come si è lucidamente posto in evidenza¹⁸⁸, in Francia, a differenza di quanto accaduto in Germania, la partita si gioca sulla base dell'"equivalenza" di due regimi di imputazione della responsabilità che, nella sostanza, segnano il superamento della tradizionale partizione tra responsabilità delittuale e responsabilità contrattuale.

Da un lato v'è un unitario sistema di responsabilità per colpa, che è simmetrico in ambito delittuale e contrattuale, perché costruito sulla base di un'unica nozione di *faute civile*. Malgrado un'autorevole dottrina abbia dimostrato come la disciplina dell'inadempimento, in Francia, debba prescindere del tutto dalla nozione di *faute*, sia per ragioni sistematiche, sia sotto lo stesso profilo esegetico¹⁸⁹, la giurisprudenza ha continuato a costruire il regime dell'*inexécution* dell'obbligazione "di mezzi" (sia essa o meno di *sécurité*) sulla base degli elementi strutturali (enunciati nel testo dell'art. 1382) che sono propri della responsabilità delittuale per *faute prouvée*.

Dall'altro v'è un unitario sistema di responsabilità oggettiva, che è simmetrico in ambito delittuale e contrattuale e che trova il suo prototipo nell'"equivalenza"¹⁹⁰ dei regimi della responsabilità per il «fait des choses» (art. 1384, comma 1) e per l'inadempimento dell'obbligazione "di risultato".

Ha contribuito a creare questa "simmetria" la Corte di Cassazione quando, in epoca anteriore alla "scoperta" del principio del *non-cumul*¹⁹¹, e in un periodo in cui l'art. 1384, comma 1, sarebbe stato difficilmente applicabile al caso di specie¹⁹², non avendo ancora conosciuto la straordinaria espansione che poi si avrà nel corso del XX secolo, seguì le indicazioni dei "partigiani"¹⁹³ della responsabilità contrattuale, codificando l'obbligazione di *sécurité* di risultato nell'ambito del trasporto di persone, al fine di esimere i trasportati dal

188. M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité "di mezzi" e "di risultato" nell'uniformazione dei modelli di imputazione delle responsabilità*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, o. c., p. 574 ss., p. 580 ss., p. 587 ss.

189. Cfr. D. TALLON, *L'inexécution du contrat: pour une présentation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 223 ss.; ID., *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, 1995, p. 429 ss.; P. RÉMY, *La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss.

190. In questi termini già M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 228 ss., p. 407 ss. e *passim*.

191. Che viene collocata nel 1922, ad opera di Cass. civ., 11 janvier 1922, ora in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, a cura di H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, tome 2, XII éd., Paris, 2008, p. 279 ss.

192. Non mancano, tuttavia, alcuni tentativi in tal senso, effettuati da qualche Corte di merito (ad es., App. Paris, 9 novembre 1909, in *Rec. Dalloz*, 1911, II, p. 357, I espèce; App. Besançon, 15 décembre 1909, *ivi*, 1911, II, p. 357, II espèce).

193. Così J.-L. HALPÉRIN, *La naissance*, cit., p. 1179 ss.

regime di responsabilità delittuale per colpa di cui all'art. 1382 *Code civil*¹⁹⁴. Ha continuato a ragionare sulla base di questa "simmetria" la Suprema Corte quando, successivamente ai limiti posti dal "caso Caramello"¹⁹⁵ all'obbligazione di *sécurité-résultat*, ha, prima, contrattualizzato, ma sul modello dell'obbligazione "di mezzi"¹⁹⁶, e poi "decontrattualizzato", proprio sulla base dell'art. 1384, comma 1¹⁹⁷, la responsabilità del "vettore" per gli *accidents de gare e de quai*. Così ha ragionato la *Chambre mixte* della Cassazione¹⁹⁸ quando, allo scopo di porre rimedio alla disparità di trattamento per i trasportati a titolo "di cortesia", ha consentito sia a costoro, sia alle vittime *par ricochet* di potersi avvalere del regime di responsabilità oggettiva delittuale previsto dall'art. 1384, comma 1, "equivalente" a quello previsto, ma in sede contrattuale (obbligazione di *sécurité-résultat*), per i trasportati a titolo oneroso e gratuito. E così ha continuato a ragionare la S.C. sulla base di questa "simmetria", in presenza del principio del *non-cumul*, quando, suo malgrado, ha operato lo «chambardement»¹⁹⁹ delle obbligazioni di *sécurité* "di mezzi" non soltanto nei contratti analoghi al trasporto, ma anche in tutti gli altri contratti²⁰⁰, prevalentemente atipici, nei quali v'era l'esigenza di assicurare la protezione dei contraenti in maniera "equivalente" a quanto disposto dall'art. 1382 in ambito delittuale. Ed ha continuato a ragionare in funzione di questa "simmetria" la Cassazione quando, nel tentare di porre fine alla disparità di trattamento tra contraente (gravato dallo sfavorevole regime della prova della *faute contractuelle* che caratterizza l'*inexécution* dell'obbligazione "di mezzi") e terzo (che, invece, poteva beneficiare del regime di responsabilità oggettiva delittuale di cui all'art. 1384, comma 1, nel caso in cui il danno fosse causato dal «fait des choses»), ha proposto, ma con scarsa fortuna, il regime di responsabilità contrattuale *du fait des choses*²⁰¹. E continua a ragionare sulla base di questa simmetria la dottrina allorché, venuto meno tale tentativo, e preoccupata dal *deficit* di protezione che l'obbligazione di *sécurité* "di mezzi" offre rispetto all'art. 1384, comma 1, ha proposto al legislatore il regime del concorso ispirato all'idea del «trattamento più favorevole» o, addirittura, la "decontrattualizzazione" delle obbligazioni di *sécurité-moyens*.

Questa simmetria ha trovato un temperamento, ma anche una conferma, nella partizione tra «obligations de moyens renforcées» e «obligations de résultat atténuées»²⁰² ca-

194. Il «regno» incontrastato della responsabilità delittuale (così, R. RODIÈRE, o.u.c., 997, § 3) è sancito dalla decisione sull'*affaire Recillet* (Cass. civ., 10 novembre 1884, in *Rec. Sirey*, 1885, I, p. 129).

195. Deciso da Cass., I Ch. civ., 1 juillet 1969, cit., p. 640 ss.

196. Sulla base del caso "Dame Decharme": Cass., I Ch. civ., 21 juillet 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 ss.

197. Così, nel "caso Valverde", Cass., I Ch. civ., 7 mars 1989, cit., p. 632 ss.

198. Cass., Ch. Mixte, 20 décembre 1968, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 37.

199. H. GROUTEL, *Vers un chambardement de l'obligation de sécurité dans les contrats?*, in *Resp. civ. ass.*, 1989, *Chron.*, n. 16.

200. Sui quali, P. DELEBECQUE, *La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1184 ss.

201. Cass., I Ch. civ., 17 janvier 1995, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 350 ss.

202. Cfr. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, 2, *Contrat*, Paris, VI éd., 1998, p. 419; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, VI éd., 1996, p. 452; C. LARROUMET, *Droit civil*,

ratterizzate, entrambe, da una «présomption de faute»²⁰³ a carico del debitore, suscettibile di prova contraria. La giurisprudenza è ricorsa, spesso implicitamente, a queste categorie intermedie dagli incerti confini, sia in presenza di contratti considerati analoghi al trasporto (*toboggan* acquatici²⁰⁴, organizzazione di “passeggiate a cavallo”²⁰⁵, ad es.), sia per disciplinare rapporti che prescindevano dal trasferimento della persona nello spazio, svolgendosi, invece, all’interno di stabilimenti, locali e perimetri conchiusi (piscine²⁰⁶, piste di pattinaggio²⁰⁷, parchi zoologici²⁰⁸, ecc.), quando ha ritenuto di dover offrire una maggior tutela alla vittima (di quella derivante dal regime di *faute prouvée* che è proprio dell’obbligazione “di mezzi”), perché giudicata particolarmente meritevole di protezione (si pensi, ad es., alle ipotesi di affidamento di minori o di soggetti diversamente abili ai gestori di colonie, di associazioni e di altre istituzioni analoghe)²⁰⁹, senza dover effettuare esplicitamente un *revirement* consistente nel qualificare “di risultato” un’obbligazione che per tradizione era sempre stata considerata “di mezzi”. Tale soluzione si è talvolta imposta per rimediare ad una disparità di trattamento allorché, mentre la Prima Sezione civile della Cassazione continuava ad applicare a queste ipotesi «le regole della responsabilità contrattuale, ravvisando, a carico del debitore, un’obbligazione di prudenza e di diligenza», la Seconda Sezione faceva beneficiare «il danneggiato minore delle regole della responsabilità delittuale, considerando le “colonie turistiche, i patronati, i diversi *clubs* come *custodi* degli oggetti utilizzati dai bambini”»²¹⁰.

Le obbligazioni di mezzi “rinforzate”, secondo la dottrina, si distinguerebbero da quelle di risultato in ordine al diverso oggetto della prova: mentre per queste la liberazione del debitore dalla responsabilità contrattuale sarebbe limitata alla «prova positiva della

Tome 3, *Les obligations. Le contrat*, Paris, IV éd., 1998, p. 626.

203. Testualmente, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., p. 517, p. 519.

204. Ad es., App. Montpellier, I Ch. civ., 20 janvier 1992, in *Sem. jur.*, 1993, II, *Jur.*, 22125, p. 372.

205. Il *revirement* (così, M. FEOLA, o.u.c., p. 271) rispetto alla mera obbligazione “di mezzi” (Cass., I Ch. civ., 16 mars 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 421; sul punto, G. DURRY, *Le loueur de chevaux n'est tenu que d'une obligation de moyens*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 161) è deciso da Cass., I Ch. civ., 27 mars 1985, e da Cass., I Ch. civ., 11 mars 1986, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 768, con i commenti di J. HUET, *Entreprise de promenade équestre: obligation de moyen, mais appréciée avec sévérité*, ivi, 1986, p. 768 s., e di P. RÉMY, *Le coup de l'étrier «américain»; distinction du louage de chevaux et de l'entreprise de promenade à cheval*, ivi, 1986, p. 608 s.

206. Pur senza qualificare l’obbligazione di *sécurité* come “di mezzi” o “di risultato”, App. Lyon, I Ch., 21 juin 1973, in *Rec. Dalloz*, 1973, *Inf. rap.*, p. 116.

207. La condanna del gestore della pista è pur sempre formalmente collegata alla violazione di un’obbligazione “di mezzi” consistente nell’«assicurare la sicurezza degli utenti» e nell’«impedire i giochi e gli esercizi pericolosi» (Cass., I Ch. civ., 8 février 1961, in *Rec. Dalloz*, 1961, *Jur.*, p. 254).

208. Trib. gr. inst. de Moulins, 10 mai 1977, in *Rec. Dalloz*, 1978, *Inf. rap.*, p. 324, con nota di C. LARROUMET.

209. Per alcune ipotesi cfr., ad es., Cass., I Ch. civ., 21 juin 1977, in *Sem. jur.*, 1979, II, *Jur.*, 19066 (I espèce); Cass., I Ch. civ., 10 juillet 1979, in *Rec. Dalloz*, 1980, *Inf. rap.*, p. 47 ss.; Cass., I Ch. civ., 10 février 1993, ivi, 1993, *Jur.*, p. 605. Afferma che, in molti di questi casi, l’esistenza della *faute* è dedotta «dal semplice verificarsi dell’incidente», G. DURRY, *La responsabilité de ceux qui se chargent des enfants d'autrui*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770.

210. M. FEOLA, o.u.c., p. 294, e già F. C(HABAS), *Note* a Cass., II Ch. civ., 13 mai 1981, in *Gaz. Pal.*, 1982, I, *Pan.*, p. 9.

causa del danno, che deve essere estranea all'attività del debitore»²¹¹ (*cause étrangère*, caso fortuito o forza maggiore), nelle prime la (inversione della) prova, gravante sul debitore, si caratterizzerebbe in senso negativo, concernendo l'assenza di *faute*. La dubbia consistenza teorica di questa partizione, però, è testimoniata sia da quegli autori che, pur criticando la tendenza a considerare obbligazioni di risultato (sia pure *atténuées*) quelle obbligazioni che determinano una presunzione di *faute*, hanno preferito includere queste fattispecie nella categoria delle «obligations de moyens renforcées»²¹²; sia da quella dottrina che, al contrario, piuttosto che di obbligazioni di mezzi “rinforzate”, preferisce discorrere di obbligazioni di risultato “attenuate”, identificando, esplicitamente o implicitamente²¹³, le une con le altre. Così le obbligazioni di mezzi «rinforzate o aggravate» si vengono a trovare «in questo pericoloso viaggio, sul versante delle obbligazioni di risultato»²¹⁴.

Il principio di “equivalenza” tra i regimi di imputazione delle responsabilità contrattuale e delittuale, che spinge al superamento della tradizionale partizione imperniata sulla natura delle fonti dell'obbligazione, interessa oggi anche il diritto italiano. Ma una qualche diversità è ravvisabile, almeno a livello declamatorio, in ordine alla disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione “di mezzi” che, sulla base del principio di riferibilità o di vicinanza della prova²¹⁵, dovrebbe essersi emancipata – quanto meno in tema di responsabilità delle strutture sanitarie²¹⁶ – dal modello di responsabilità delittuale per colpa prescritto dall'art. 2043 c.c. Inoltre, la “contrattualizzazione” della responsabilità non appare un processo ineluttabile e incontrovertibile. Diversamente da quanto accade nell'esperienza francese, se si eccettuano i pochi casi nei quali le Corti hanno individuato un “contratto di protezione” o una responsabilità da “contatto sociale” qualificato²¹⁷, nella quasi totalità delle ipotesi nelle quali pur v'è un contratto o una relazione giuridicamente rilevante tra le parti, il principio del “concorso” ha consentito alla giurisprudenza di disapplicare la disciplina in tema di responsabilità contrattuale e di decidere la controversia sulla base di una regola di responsabilità delittuale (l'art. 2051 c.c., soprattutto) che prescrive un regime (più favorevole per la vittima) di responsabilità oggettiva²¹⁸. Ciò è accaduto, ad es., allorché la Cassazione ha deciso per le responsabilità del gestore di una piscina per i danni patiti da una minore che, nel tuffarsi, aveva impattato il fondale²¹⁹; di un titolare di un maneggio per i danni subiti da un cliente che, nel corso di una passeggiata organizzata, si

211. C. LARROUMET, *Droit civil*, cit., p. 626.

212. Cfr., ad es., C. LARROUMET, o.l.u.c.

213. Un'esplicita identificazione delle due categorie di obbligazioni è sostenuta da B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, o.l.u.c. Anche G. VINEY et P. JOURDAIN, o. c., p. 516 ss. e p. 519 ss., pur trattando le due categorie di obbligazioni separatamente, non sembrano indicare elementi sufficienti a giustificare la partizione.

214. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, o. c., p. 452.

215. Enunciato, com'è noto, da Cass., Sez. Un. Civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1567 ss.

216. Cass., Sez. Un. Civ., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

217. Cfr. S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 21 ss., p. 69 ss.

218. Esplicitamente, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 713, in *Danno e resp.*, 2010, p. 921 ss.

219. Cass., Sez. III, 2 marzo 2011, n. 5086, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1715 ss.

era lasciato cadere dal cavallo allorché lo stesso, spaventato dalla presenza di un animale sul percorso, era partito al galoppo²²⁰; di una società che gestiva un'autostrada (a pagamento), per la morte di un conducente di un veicolo che, uscito di strada per cause non accertate, aveva terminato la sua corsa in un raccoglitore dell'acqua piovana²²¹; di gestori di strutture alberghiere per i danni subiti dai clienti che erano inciampati nel percorrere una scala di marmo²²², che erano scivolati nella sala da pranzo a causa della presenza sul pavimento di residui di cibo²²³, che erano caduti in una vasca da bagno predisposta ad essere impiegata anche come doccia, ma senza essere dotata degli indispensabili presidi antiscivolo e di sostegno²²⁴. Eguale sorte ha riguardato il custode-albergatore per i gravi danni subiti da una studentessa che, durante una gita scolastica, dopo aver superato il parapetto del proprio balcone e avuto accesso al lastrico solare, era caduta la suolo²²⁵. La scelta per una regola di responsabilità oggettiva extracontrattuale è stata confermata anche nelle ipotesi di danni "da custodia" della Pubblica Amministrazione²²⁶. Ma la Cassazione, condizionata dalla tradizione colpevolista della responsabilità civile, ha talvolta contaminato in senso soggettivo l'interpretazione dell'art. 2051 c.c.²²⁷, secondo una prospettiva che pare difficilmente compatibile con la struttura e con la storia di questo testo.

Ecco che, allora, una ricostruzione dogmatica unitaria dell'obbligazione come rapporto complesso cede il passo, in Germania, in Francia così come in Italia, alla tradizione giuridica ed alle scelte sistemologiche profonde di ciascun diritto. Ogni trapianto giuridico implica un necessario «processo di assimilazione», in conseguenza «della diversità del contesto nel quale la figura originaria viene inevitabilmente a trovarsi»²²⁸. A seguito della collocazione in ambito delittuale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria (art. 7 l. n. 24 del 2017), le tematiche del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione potrebbero progressivamente "eclissarsi" dalla scena del nostro diritto civile, il quale continua a inquadrare²²⁹, così come in Francia e nel diritto europeo²³⁰, la stessa responsabilità precontrattuale in ambito extracontrattuale²³¹.

Piuttosto che interrogarsi sulle mobili frontiere della responsabilità civile, si potrebbe iniziare a pensare al superamento di una partizione che è ispirata alle fonti dell'obbliga-

220. Cass., Sez. III, 21 gennaio 2010, n. 979, in *Danno e resp.*, 2010, p. 913 ss.

221. Cass., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2360, in *Danno e resp.*, 2010, p. 555 ss.

222. Cass., Sez. III, 9 novembre 2005, n. 21684, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1807 ss.

223. Cass., Sez. III, 4 agosto 2005, n. 16373, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 720.

224. Cass., Sez. III, 28 novembre 2007, n. 24739, in *Danno e resp.*, 2008, p. 782.

225. Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Danno e resp.*, 2012, p. 755 ss.

226. Ad es., Cass., 9 maggio 2012, n. 7037, in *Danno e resp.*, 2012, p. 799; Cass., 18 ottobre 2011, n. 21508, ivi, 2012, p. 614.

227. Ad es., Cass., Sez. III, 4 ottobre 2013, n. 22684, in *Danno e resp.*, 2014, p. 616 ss.

228. Così, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 150.

229. Almeno fino a un prossimo intervento delle Sezioni Unite.

230. Corte Giust. U.E., 17 settembre 2002, C. 334/00, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 400 ss.

231. R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. di Dir. Civ.* diretto da R. Sacco, t. II, Torino, III ed., 2004, p. 247 ss.

zione, prevedendo unitari regimi di responsabilità per specifiche attività, a prescindere dalla qualificazione in termini di responsabilità delittuale o contrattuale. In alcuni settori la tendenza alla unificazione dei regimi della responsabilità civile è stata sancita dal legislatore, sulla base di un unico modello di imputazione. Al trasportato a titolo di cortesia si applica, finalmente, il medesimo regime di responsabilità che concerne i trasportati a titolo oneroso o gratuito. Il risarcimento del danno cagionato da un prodotto difettoso può essere ottenuto sulla base delle medesime “conditions” da qualsiasi danneggiato, a prescindere dalla qualifica di contraente o di terzo utilizzatore. A un eguale esito si potrebbe pervenire, ad esempio, per le responsabilità professionali, una volta introdotto l’obbligo di assicurazione, prevedendo una normativa unitaria, a prescindere dalla circostanza che ci si trovi in presenza di una prestazione senza obbligazione, di informazioni destinate ad una “cerchia ben definita” di soggetti o ad un “insieme ancora indeterminato” di persone. Un importante risultato in tal senso è stato raggiunto in materia di responsabilità sanitaria. Nel collegare il regime unitario di responsabilità per *faute* (art. L. 1142-1 I *Code santé publ.*) a modelli di assicurazione obbligatoria e di sicurezza sociale (gravante sulla *solidarité nationale*), il diritto francese ha provveduto a unificare il sistema di responsabilità civile in materia di sanità pubblica e privata, sulla base di uno “statuto” autonomo e speciale che ha consentito di superare la tradizionale partizione tra *faute contractuelle* e *faute délictuelle* che, ormai, «non aveva più alcun significato»²³². In Italia, pur in presenza del perdurare (anche a seguito della l. n. 24 del 2017) di un’incredibile forma di contrattazione obbligatoria asimmetrica, che vede obbligati soltanto le strutture e i professionisti sanitari, senza che un correlato obbligo a contrarre sussista anche a carico delle imprese di assicurazione, la tutela per la vittima diviene ancora più marcata. Da un lato, la chiara prevalenza assunta dal regime di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (art. 7, comma 1) che, nell’adempimento della propria obbligazione, si sia avvalsa dell’opera di esercenti la professione sanitaria «a qualunque titolo operanti» (art. 10, comma 1), non potrà non esaltare la regola di responsabilità oggettiva contrattuale codificata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite²³³. Dall’altro, l’introduzione dell’obbligo di assicurazione e, soprattutto, dell’azione diretta (art. 12) esperibile dalla vittima nei riguardi dell’impresa di assicurazione, a seguito dell’insuccesso del tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 8), sposta definitivamente il sistema, così come avvenuto per la RC auto, dalla responsabilità individuale per colpa (art. 7, co. 3) verso un modello di socializzazione dei rischi.

In attesa di ulteriori interventi diretti a disporre l’unificazione dei regimi delle responsabilità nei settori di maggiore rilevanza sociale, la storia dimostra come, nella gran

232. Afferma, infatti, che non ci si può non «felicitarne per questa scelta unificatrice», P. SARGOS, *Deux arrêts «historiques» en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au maquement d’un médecin à son devoir d’information*, in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1523.

233. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 792.

parte dei casi, la scelta per il rimedio contrattuale o per quello delittuale è stata effettuata dalle Corti, in sistemi improntati sia al regime del concorso, sia a quello del *non-cumul*, per assicurare alla vittima il risarcimento del danno sulla base del più favorevole regime di imputazione della responsabilità. La stessa “scoperta” del principio del *non-cumul*²³⁴ ha avuto la funzione di difendere la tutela contrattuale della vittima, impedendo che essa, garantita (fin dal 1911-1913) dall’esistenza di un’obbligazione di *sécurité* di risultato, potesse vedere affievolita la sua tutela con il richiamo alla regola di responsabilità extracontrattuale per colpa, in un periodo in cui sarebbe stata storicamente impraticabile l’applicazione dell’art. 1384, comma 1, *Code civil*²³⁵.

Nel percorrere l’itinerario che conduce alla progressiva elaborazione di un “diritto comune”²³⁶ delle responsabilità, le Corti (francesi, ma anche italiane e tedesche), nell’indicare una disciplina “simmetrica” ed “equivalente” in tema di responsabilità delittuale e contrattuale, fondata ora sulla prova della *faute*, ora su una disciplina di responsabilità oggettiva, individuano il problema primario e del tutto preminente (sulle altre “conditions”) negli standard di imputazione della responsabilità e nella tendenza alla loro unificazione. Piuttosto che continuare a suddividere il campo della responsabilità civile in due modelli non comunicanti, ispirati al dato formale delle fonti dell’obbligazione, può farsi strada l’idea che in entrambi gli ambiti la partizione ordinante sia quella tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva, nella consapevolezza che l’esistenza di sistemi intermedi caratterizzati da “presunzioni di responsabilità” rappresenti un correttivo temporaneo (introdotto dalla giurisprudenza) nel corso di un itinerario che conduce, quanto meno in alcune branche del diritto, e al precipuo scopo di tutelare interessi particolarmente meritevoli di protezione, dalla responsabilità individuale per colpa a regimi di responsabilità oggettiva fondati sull’assicurazione obbligatoria e sulla *social security*²³⁷.

234. Cass., 11 janvier 1922, cit., p. 279 ss.

235. In questi termini, M. FEOLA, *L’obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 191 ss.

236. In argomento sia consentito rinviare ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Hacia un “Derecho Común” de la Responsabilidad Civil*, in *La Responsabilidad Civil*, a cura di C. Fernández Sessarego, Vol. III, Lima (Perù), 2010, p. 41 ss. Una significativa adesione a questa idea si è avuta nel diritto francese: intitola a «Le droit commun de la responsabilité civile» la “Première partie” del suo trattato, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations*, cit., p. 133.

237. Secondo un’idea (esposta in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1992), che è stata occasione di ulteriore dibattito (Id., *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, relazione tenuta al Convegno «La responsabilità civile fra presente e futuro», Perugia, 30-31 maggio 1997, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, pp. 763-828; Id., *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale. A proposito del modello neozelandese*, vers. it. della relazione tenuta al Convegno Internazionale «Personal Injury Beyond National Experiences», Pisa, Scuola Sup. S. Anna, 30 ottobre 1997, in *Rass. dir. cin.*, 1998, pp. 599-647).

OGGETTO DEL PROCESSO E OGGETTO DEL GIUDICATO NELLE AZIONI CONTRATTUALI

ANDREA PROTO PISANI
Prof. emerito Università di Firenze

0. Nell'ambito del corso di lezioni di procedura civile, un punto sempre molto delicato è (per me era) costituito dal raccordo fra le lezioni tenute sull'oggetto del processo con quelle relative all'oggetto del giudicato. Ciò specie ove si volessero raccordare le soluzioni esposte sul primo argomento (l'oggetto del processo) con quelle esposte nel secondo (l'oggetto del giudicato) esemplificando -come a me appariva e appare doveroso- con riguardo alle azioni contrattuali.

Trattando dell'oggetto del processo, del *petitum* sostanziale ai sensi del n. 3 dell'art. 163 (o 414), esigenze di semplificazione inducevano a richiamare l'attenzione sulla circostanza che l'oggetto sostanziale del processo (diritto di cui l'attore chiedeva la tutela ai sensi dell'art. 24, 1° comma, Cost.) fosse sempre e solo il diritto fatto valere in giudizio, mentre *causa petendi*, titolo ai sensi dell'art. 163 n. 4 (o 414) fossero solo i fatti (comprensivi dei fatti diritti) che giustificavano l'esistenza (o l'inesistenza) del diritto azionato. Esemplificando con riferimento alle azioni contrattuali e utilizzando lo schema del contratto di compravendita veniva da dire che *petitum* sostanziale fosse la singola obbligazione (di pagare il prezzo, di consegnare la cosa) e *causa petendi* il singolo contratto che ne costituiva il fondamento.

A livello di trattazione del tema dell'oggetto del processo, del diritto di cui si domandava la tutela, il discorso aveva una sufficiente tenuta logica.

Quando però si passava all'esame del tema dei limiti oggettivi del giudicato e, dopo avere illustrato la premessa fondamentale secondo cui i limiti oggettivi incontravano il proprio limite nel diritto fatto valere in giudizio, cominciavano le complicazioni specie se per coerenza si continuava ad esemplificare con riferimento alle azioni contrattuali ed in particolare allo schema del contratto di compravendita. Se, trattando dell'oggetto del processo non si era fatta una espressa riserva circa la necessità di ritornare sul tema allorché si sarebbero esaminati i limiti oggettivi del giudicato, l'esemplificazione secondo cui oggetto del processo era la singola obbligazione (di pagare il prezzo, di consegnare la cosa) di per sé portava alla conseguenza, assurda sul piano pratico, secondo cui il giudicato formatosi sull'obbligo di pagare il prezzo non precludeva, nel secondo processo avente ad oggetto l'obbligo di consegnare il bene, la possibilità di ridiscutere (o discutere per la prima volta) della esistenza, validità ed efficacia del contratto¹.

1. Un qualcosa di affine si ha riguardo all'azione di rivendica avente ad oggetto immediato l'obbligo di

L'assurdità sul piano pratico della conseguenza imponeva un ripensamento delle premesse, cosa che però per l'insegnante italiano (e non solo italiano) di procedura civile non era affatto agevole, poiché la dottrina o ignorava del tutto il problema o si esprimeva in modo confuso, cioè oscuro.

Oggi per fortuna le cose sono cambiate. gli approfondimenti svolti innanzi tutto da Sergio Menchini, ma anche da Augusto Cerino Canova, Claudio Consolo, Remo Caponi, Ilaria Pagni, Alessandro Motto ecc., consentono, pur nella differenza delle prospettive, di dare soluzione ragionevole al tema dell'oggetto del processo e del giudicato nelle azioni contrattuali.

In questo contesto si collocano saldamente le sentenze 2642 e 2643 del 2014 delle sezioni unite.

In questo mio intervento, che trae chiaramente spunto da queste due sentenze, io vorrei nella prima parte svolgere alcuni rilievi di carattere dommatico generale sulle azioni contrattuali, e nella seconda parte sfruttare le sentenze in esame per chiarire come la dommatica debba sempre fare i conti sia con le opzioni valutative, sia con il contesto storico in cui si situa.

1. È giunto il momento di esaminare quale sia l'oggetto del processo e tendenzialmente (con alcuni importanti temperamenti) del giudicato nelle azioni contrattuali.

Estremamente importante a tale fine è la distinzione tra contratto, suoi effetti c.d. finali (pretesa, facoltà, obbligo, soggezione, ma si pensi anche all'effetto trasferimento del diritto di proprietà e costituzione di diritti reali), sua invalidità o inefficacia, nonché la nozione tutta concettuale di "rilevanza" del contratto (o, secondo altra terminologia, rapporto giuridico nel suo complesso, effetto fondamentale del contratto² ecc.).

La rilevanza del contratto: un effetto giuridico, o fenomeno giuridico, una situazione giuridica intermedia fra il contratto (*fatto*) e i suoi effetti finali (pretesa, facoltà, obbligo, soggezione), destinata sempre a costituire oggetto del processo e (tendenzialmente) del giudicato in tutte le azioni contrattuali sia di adempimento sia di impugnativa.

Esaminiamo l'utilità di tale concetto nelle principali azioni contrattuali.

restituire le cose al proprietario derivante dal diritto di proprietà, diritto di proprietà che a stretto rigore logico formale costituisce il fatto costitutivo dell'obbligo di restituzione e non immediatamente il *petitum* sostanziale. La questione è stata da me esaminata ne *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 73 ss.

2. Non è questa la sede per soffermarsi sul concetto di rilevanza giuridica. Basti qui osservare che la rilevanza si pone a livello di fattispecie (semplice o complessa) dopo i fatti ma prima della efficacia. È la presa in considerazione da parte del diritto di un fatto (o di una serie di fatti), fatto suscettibile -ove sussistano ulteriori requisiti- di divenire efficace. Si considerino gli esempi dell'atto soggetto a condizione sospensiva, del contratto nullo o anche probabilmente del residuo del diritto prescritto. Sulla rilevanza restano fondamentali i contributi di Angelo Falzea, Renato Scognamiglio, e, da ultimo, Natalino Irti su cui v. se vuoi la mia *Trascrizione* cit. pp. 111-113 ed ivi ampie citazioni della dottrina classica.

1.1. Nelle azioni di adempimento del contratto oggetto del processo è non solo la singola situazione finale (totale o parziale) dedotta in giudizio ai sensi del n. 3 dell'art. 163 (o del primo comma dell'art. 24 cost.), ad esempio l'obbligo di pagare il prezzo o di consegnare la cosa, ma anche e prima la rilevanza del contratto.

In tale ipotesi costituisce dato del tutto pacifico l'onere per il convenuto di eccepire tutti i possibili fatti impeditivi (ed estintivi) della rilevanza del contratto (nullità, annullamento, rescissione, simulazione, sopravvenuta risoluzione) e della singola situazione finale azionata (prescrizione, adempimento, compensazione ecc.) per la c.d. preclusione da deducibile. Se si vuole la c.d. preclusione da deducibile può essere anche indicata con l'espressione giudicata implicito di rigetto di tutti i fatti impeditivi o estintivi non dedotti.

Oggetto del giudicato sarà normalmente la rilevanza o irrilevanza del contratto nonché l'esistenza o inesistenza della singola situazione finale azionata.

Riservandomi di approfondire con l'ampiezza necessaria il tema, è da notare sin d'ora che, ove sia stato dedotto in giudizio una singola parte del diritto azionabile, ad es. l'adempimento della singola rata del prezzo e il convenuto si sia limitato ad eccepire la prescrizione o l'adempimento della singola rata; in tal caso l'art. 187, 2° comma, consente al giudice di rigettare la domanda sulla base della sola questione dedotta dal convenuto, senza nulla dire esplicitamente o implicitamente sulla rilevanza del contratto: e ciò allo scopo di consentire alle parti ed al giudice di commisurare il loro impegno a ciò di cui si contende esplicitamente.

1.2. Procedendo oltre nell'esame delle azioni contrattuali è da dire che nelle c.d. azioni di impugnativa negoziale, cioè di nullità, annullamento, rescissione, risoluzione per inadempimento o per eccessiva onerosità, simulazione del contratto, oggetto sarà sempre (salvo le sole azioni di restituzione) la (ir) rilevanza (originaria o sopravvenuta nel caso della risoluzione) del contratto. Poiché la nullità sul piano logico è sempre questione pregiudiziale (non solo della azione di adempimento ma anche -o come finalmente ritenuto anche dalle sezioni unite del 2012 e del 2014- delle c.d. impugnative negoziali) la rilevanza d'ufficio della nullità si giustifica, si impone (salve tutte le previsioni necessarie riguardo alle c.d. nullità di protezione) anche ove l'azione esercitata sia di annullamento, rescissione, risoluzione, simulazione.

In tal modo grazie alle recenti decisioni si è fatto un notevole passo avanti nel rispetto del principio di eguaglianza, di parità di trattamento delle parti, ponendo anche a carico dell'attore che agisce in impugnativa negoziale l'onere di dedurre sotto pena del giudicato da deducibile (o il che è lo stesso, sotto pena di giudicato implicito) tutti i motivi di irrilevanza del contratto.

A ciò non si oppone la (falsa) teoria del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale. Mi sia consentito al riguardo di leggere due pagine della sentenza del 2014.

“Appare decisiva l’obiezione di chi ha sostenuto che ricondurre l’oggetto del processo alla fattispecie del diritto potestativo (sostanziale *tout court*, ovvero “a necessario esercizio giudiziale”) risulta viziata da un eccesso di concettualismo, destinato, anziché aiutare a spiegare la realtà, *i.e.* a identificare quale sia il bene della vita in oggetto della disputa tra le parti, ad offuscarla inutilmente, volta che il diritto potestativo civilistico inteso quale autonoma situazione soggettiva potrebbe al più costituire oggetto del processo *prima* del suo esercizio, e mai *dopo*: una volta esercitato, in via giudiziale o stragiudiziale, il diritto potestativo è destinato a estinguersi per consumazione, mentre, a seguito del suo esercizio, la contesa delle parti nel processo non è più sull’esistenza o meno del diritto potestativo, bensì sull’esistenza o meno dei fatti modificativi-impeditivi-estintivi ai quali l’esercizio di quel diritto ha preteso di dare rilevanza, ossia *le situazioni soggettive sostanziali*”.

Salvo gli approfondimenti già indicati *sub* 1.1, anche in ipotesi di impugnative negoziali è da dire che ove la singola impugnativa esplicitamente esercitata sia rigettata dal giudice senza che la discussione abbia investito il contratto nel suo complesso, esigenze di economia processuale inducono a ritenere che il giudicato sia limitato alla sola impugnativa che ha costituito motivo “portante” della decisione.

Ma su ciò v. *infra* 3.

2. Le soluzioni proposte (in gran parte frutto anche del dibattito aperto dalle sentenze delle sezioni unite del 2012 e del 2014) non sono le sole soluzioni in astratto prospettabili.

Esse sono solo, a mio avviso, le soluzioni più ragionevoli alla luce delle analisi concettuali (fondamentali a tale riguardo le nozioni di rilevanza e il ridimensionamento della nozione di diritto potestativo sostanziale) e del principio di eguaglianza fra le parti del processo (preclusione del deducibile anche a danno dell’attore e non solo del convenuto).

Le sezioni unite del 2014 hanno piena consapevolezza del fatto che interpretare significa anche fare scelte sia pure “senza pretesa di definitività in ragione del carattere storicamente determinato che ne andrà a permeare il fondamento teorico”. La premessa da cui esse si muovono è la affermazione che in tutte le azioni contrattuali (di esecuzione o di impugnativa) l’oggetto del processo è sempre il “rapporto giuridico sostanziale” nel suo complesso (io preferirei dire: la rilevanza) che scaturisce dal contratto con l’importantissima conseguenza che come il convenuto in esecuzione del contratto è onerato (dalla preclusione del dedotto e deducibile) di fare valere in via di eccezione tutti i motivi di invalidità o inefficacia del contratto, così l’attore in impugnativa negoziale è onerato (in base alla medesima preclusione del deducibile) di fare valere tutti i motivi di invalidità o inefficacia del contratto (salvo i temperamenti di cui *infra* 3).

Argomenti fondamentali di una simile “scelta” sistematica sono (prima ancora che il radicale ridimensionamento della figura teorica del diritto potestativo quale possibile oggetto del processo e del giudicato):

a) Innanzi tutto *il principio di eguaglianza formale tra le parti*, rendendo così deducibile *tout court* anche per l’attore ciò che è sempre deducibile dal convenuto con la conseguenza che “si ritiene di generale applicazione il principio secondo il quale l’autorità del giudicato, tendente ad impedire un *bis in idem* e un eventuale contrasto di pronunce, copre il dedotto e il deducibile, vale a dire non solo le ragioni giuridiche dedotte in quel giudizio, ma anche tutte le altre, proponibili in via di azione o di eccezione, le quali, benché non dedotte specificatamente, si caratterizzano per la loro inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente fatte valere”;

b) In secondo luogo l’esigenza di certezza per le parti e di economia per il giudice di evitare “di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all’infinito” come invece conseguirebbe al ritenere che oggetto del processo sia il singolo diritto potestativo posto a fondamento della singola impugnativa negoziale;

c) In terzo luogo l’esigenza, che è a fondamento della giurisprudenza sull’infrazionabilità di un credito anche risarcitorio dell’attore derivante da un unico rapporto obbligatorio, e cioè “la necessità che il giudice dichiarare, in sede di tutela costitutiva e non solo, e in modo vincolante per il futuro, il modo d’essere (o di non essere) del rapporto sostanziale che, con la sentenza, andrà a costituirsi, modificarsi, estinguersi?” e comunque ad essere accertato.

3. Come già accennato nella prima parte di questo intervento, l’aver colto nella rilevanza irrilevanza del contratto il nucleo base dell’oggetto del processo (e del giudicato) nelle azioni contrattuali, non significa che sempre tali azioni portino ad un giudicato sulla rilevanza irrilevanza.

Le sezioni unite consapevoli delle esigenze (privatistiche e pubblicistiche) che sottostanno al principio della ragionevole durata del processo e soprattutto consapevoli che gli sforzi delle parti di attacco e difesa sono commisurati all’entità effettiva della posta in gioco nel singolo processo, enunciano, anche qui al massimo della chiarezza esigibile, un notevole temperamento alle esigenze derivanti dalla premessa sistematica che si è tentato di sintetizzare sopra.

Il temperamento può essere così enunciato: l’art. 187, 2° comma, c.p.c. prevede esplicitamente la possibilità di isolare una singola questione pregiudiziale di merito (relativa ad un singolo specifico fatto impeditivo o estintivo) e di consentire che, ove il giudice ritenga fondata la questione, emani perciò solo (se le parti non gli chiedano esplicitamente di pronunciarsi anche e prima su altre questioni pregiudiziali sul piano logico) una sentenza definitiva (evidentemente) di rigetto.

Ad esempio -come si è accennato *supra sub 1*- proposta domanda di adempimento di una singola rata eccepita la sua mancata scadenza, o la sua prescrizione, il giudice (ove le parti, la parte attrice o convenuta, non gli chiedano di pronunciarsi anche sulla questione logicamente pregiudiziale della nullità ecc. del contratto da cui deriva la singola rata) può (e deve) emanare immediatamente sentenza definitiva di rigetto dell'obbligazione di pagamento della singola rata non ancora scaduta o prescritta.

Questo fenomeno è chiamato dagli addetti ai lavori (e anche dalle sentenze delle sezioni unite) principio del primato della ragione più liquida.

Nell'adeguamento a questo principio, principio che, io ripeto, trova la sua base normativa nell'art. 187, 2° comma, c.p.c. le sentenze in esame correttamente individuano un (notevole) temperamento alle premesse sistematiche prima riassunte.

In forza di tale principio si può avere uno scollamento tra oggetto del processo e oggetto del giudicato, oggetto del giudicato che sarà relativo non più al rapporto sostanziale nel suo complesso ma *solo* alla "questione" relativa all'esistenza o no di un singolo fatto impeditivo o estintivo.

Il giudicato di rigetto può avere una portata oggettiva più ristretta rispetto all'oggetto del processo, nel senso che oggetto del giudicato di rigetto dell'azione contrattuale può essere solo il motivo specifico di rigetto (cioè la risoluzione della *sola* questione relativa all'esistenza del singolo fatto estintivo o impeditivo) e non già la rilevanza o irrilevanza del contratto nel suo complesso.

Conseguentemente, sempre con riferimento alle azioni contrattuali, proposta azione risoluzione, ove questa sia stata rigettata senza alcun esame della eventuale validità del contratto, il giudicato di rigetto nulla dice circa la rilevanza in generale del rapporto contrattuale, e quindi non preclude (come nel caso che aveva occasionato la prima sentenza (del 2014) la successiva azione di nullità.

Al riguardo le sentenze del 2014 svolgono un approfondito esame del principio del primato della ragione più liquida, fra l'altro, specificando che "maggiore liquidità della questione significa, in particolare, che, nell'ipotesi di rigetto della domanda, occorre dare priorità alla ragione più evidente, più pronta, più piana che conduca ad una decisione di rigetto". "Alla base di tale criterio... vi è un'evidente esigenza di una maggiore economia processuale, poiché la sua applicazione consentirà di ridurre l'attività istruttoria e quella di stesura della motivazione. Così riducendo i tempi del processo".

Entro questi limiti -si precisa- la decisione delle sezioni unite costituisce precedente vincolante ai sensi e nei limiti dell'art. 374, 3° comma, c.p.c., "senza estendersi a tutte le ulteriori argomentazioni svolte in guisa di *obiter dictum* o comunque nella parte motiva della sentenza". Col che -almeno a me così sembra- l'efficacia di precedente delle sentenze delle sezioni unite non può però non estendersi alla parte relativa all'individuazione dell'oggetto del processo delle azioni contrattuali e del relativo normale oggetto del giu-

dicato (premessa sulla cui sola base ha ragion d'essere la seconda parte relativa al temperamento in caso di giudicato di rigetto).

Col che, in ipotesi sempre residuali, si finisce per poter avere un giudicato di rigetto che può essere più ristretto dell'oggetto del processo: un giudicato, si è detto, a geometria variabile. Sì, è ben possibile che ciò accada ma è la conseguenza della circostanza che la scienza giuridica è una scienza pratica e non vanamente astratta.

RIFIUTO ANTICIPATO DI ADEMPIERE E TUTELA DEL CREDITORE

VINCENZO PUTORTI
Prof. associato Università Firenze

SOMMARIO: 1. I termini del problema – 2. L'inadempimento anticipato – 3. Il superamento dell'impostazione tradizionale e l'attuale valenza dinamico funzionale dell'obbligazione – 4. Rifiuto anticipato di adempiere e rimedi esperibili. A) la tutela cautelare – 5. (Segue). I rimedi a carattere finale – 6. Conclusioni

1. I termini del problema.

La persistente attenzione degli interpreti verso la rilevanza e gli effetti che può assumere il rifiuto di adempiere manifestato dal debitore *ante diem*¹, è dettata soprattutto dall'odierna crisi finanziaria che ha inciso sensibilmente sulle condizioni economiche dell'impresa e del mercato. Tale manifestazione di volontà è infatti strettamente legata al fenomeno della c.d. "gestione del conflitto determinato dell'inadempimento"² che ha po-

1. Sul punto vedi V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, p. 215 ss; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013; Id. *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica "anticipata"*, in *Contr. Impr.* 2015, p. 461 ss; M. DELLA CHIESA, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 556 ss; id. *Dichiarazione di non voler adempiere e interpretazione del contratto*, in *I Contratti*, 2006, p. 540 ss; F. ASTONE, *Anticipatory breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto*, in *Corr. Giur.* 2015, p. 1520 ss. F.P. PATTI, *Risoluzione per inadempimento anteriore alla scadenza del termine*, in *Giust. Civ. com.* 10 giugno 2014; F. ADDIS, "Il mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti, Milano, 2013; M. DELLA CASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 553; In passato il tema era stato trattato da F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 2, p. 610; G. MIRABELLI, *Richiesta e rifiuto di adempimento*, in *Foro it.* 1954, IV, c. 31; L. MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 38; F. BENATTI, *La costituzione in moradel debitore*, Milano, 1968, p. 160; M. FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, in *Riv. dir. comm.* 1966, p. 249; G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, p. 252; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975; C.M. BIANCA *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. al cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1980; id. *Diritto civile*, V, *La Responsabilità*, Milano, 2012, p. 15; Cass. 22 5 2015 n. 10546; Cass. 21. 12 2012 n. 238232; Cass. 9 gennaio 1997 n°97, in *Danno resp.*, 1997, p. 727, con nota di A.M. PRINCIGALLI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, Cass. 7 maggio 1982 n°2843, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, p. 287; Cass. 12 dicembre 1975 n° 9089, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1614; Cass. 8 ottobre 1963 n°2677, in *Giust. civ.* 1964, I, p. 651.

2. Così M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 66; F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato fra codici e diritto europeo*, p. 97, che sottolinea la rilevanza che ha assunto oggi il tema dell'inadempimento a causa non solo della crisi economica, ma anche dei particolari eventi bellici, politici, climatici e atmosferici che hanno avuto una forte ricaduta sul piano commerciale e produttivo. È in questi contesti, infatti, che acquista sempre più rilievo l'inadempimento anticipato, finalizzato a valutare l'opportunità di un inadempimento efficiente, non potendosi escludere che il debitore ripensi all'affare concluso e reputi l'inadempimento (es la vendita ad un terzo del bene negoziato) più vantaggioso dell'adempimento, poiché il prezzo

sto al centro del dibattito la questione relativa all'ammissibilità, anche nel nostro sistema, di una fattispecie di inadempimento anticipato (c.d. *anticipatory breach*) e della conseguente individuazione dei rimedi azionabili contro di esso.

In realtà, i più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali hanno messo in luce i diversi profili problematici concernenti il rifiuto anticipato di adempiere, i quali non possono essere risolti né tramite il rinvio alla previsione normativa di cui all'art. 1219 c.c., né adottando soluzioni rigide, astratte e precostituite. Essi, viceversa, richiedono valutazioni duttili e diversificate, che tengano conto della specifica fattispecie concreta, del mutato assetto delle fonti e della natura del rimedio invocato dal creditore. Infatti, solo in tal modo è possibile pervenire ad esiti ragionevoli e coerenti con il nostro attuale sistema ordinamentale, quale esso risulta composto dai testi di origine nazionale e sovranazionale³.

In questa sede, peraltro, l'analisi sul valore da assegnare alla manifesta volontà di non adempiere sarà circoscritta ai contratti *sub die*, e precisamente ai contratti nei quali il rinvio nel tempo della prestazione è imposto da un preventivo – e spesso complesso – processo formativo dell'atto solutorio finale (c.d. contratti ad esecuzione prolungata), esaminando se, ai fini della esistenza di un inadempimento *ante diem*, il rifiuto anticipato di adempiere assuma rilievo in sé o se debba essere confermato da concreti contegni materiali in grado di rendere “evidente” (“*clear*”) la mancata o inesatta esecuzione della prestazione finale⁴. Situazione, questa, che non coincide esclusivamente con l'impossibilità oggettiva, assoluta e definitiva di adempiere, potendosi identificare anche con la ragionevole certezza (o alta probabilità) che il regolamento contrattuale, alla scadenza del termine, non venga esattamente adempiuto.

In questa logica, muovendo dagli approdi della giurisprudenza e della dottrina, si tenderà a ricostruire sistematicamente il rapporto tra la manifestata volontà di non adempiere e l'inadempimento anticipato, prendendo in considerazione, altresì, sia le più recenti linee di tendenza normativa interna e sovranazionale, sia le soluzioni adottate da taluni codici nazionali⁵.

ottenuto dal terzo consente un utile differenziale superiore all'eventuale risarcimento che verosimilmente dovrà corrispondere all'originario partener contrattuale. Sul c.d. “*efficient breach*” vedi POSNER *Economic Analysis of law*, Boston Toronto Londra, 1992, p. 117 ss.; R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, *Il mercato delle regole (analisi economica del diritto civile)* Bologna 2006, p. 385; M. FRANZONI, MARCHESI *Economia e politica economica del diritto*, Bologna, 2006, p. 10 ss.

3. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2006 p. 645, che chiarisce come il diritto internazionale o comunitario non individuino ordinamenti autosufficienti rispetto a quello dei Paesi membri, capaci di un'autonoma applicazione, ma a tal fine devono integrarsi con quello dei singoli Stati, costituendo insieme ad esso un unico sistema ordinamentale.

4. L'art. 72 della Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili (CISG) prevede che il contratto possa risolversi prima della scadenza del termine se è evidente “*it is clear*” che una delle parti commetterà un inadempimento essenziale

5. Tale istituto ha trovato un significativo riconoscimento formale nell'art. 72 della Convenzione delle

2. L'inadempimento anticipato.

L'inadempimento anticipato, sebbene affondi le sue radici nei sistemi di *common law*⁶, ha trovato nel corso degli anni una forte carica espansiva, tant'è vero che è stato recepito da una pluralità di testi e progetti di diritto contrattuale uniforme, da alcune convenzioni internazionali, ratificate anche dall'Italia, e da alcuni codici civili nazionali⁷. Non solo, ma anche nel nostro sistema, vi sono alcune fattispecie tipiche che prevedono la possibilità per il creditore di sciogliere il rapporto obbligatorio prima che la prestazione finale sia divenuta esigibile. Il riferimento è alle ipotesi codicistiche di cui agli artt. 1662 in tema di appalto e 2224 in tema di contratto d'opera, che attribuiscono al committente, durante l'esecuzione dei lavori – e dunque prima che il bene sia stato ultimato – il potere di diffidare l'appaltatore ad eliminare i vizi, le difformità e i difetti del bene riscontrati all'esito delle verifiche e dei controlli effettuati in corso d'opera, di guisa che, ove dette irregolarità non vengano eliminate entro un congruo termine, il contratto si risolverà automaticamente.

Nonostante le predette indicazioni normative, parte della dottrina continua a ritenere però che nel nostro sistema, a differenza di ciò che accade negli ordinamenti di *common*

Nazioni Unite sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG), nell'art. 9:304 dei *Principles of European Contract Law (PECL)*, nell'art. 7.3.3 dei *Principles of international Commercial Contract (UNIDROIT)*; nel par 318 dell'*Uniform Commercial Code*; nell'art. III.–3:504 del *Draft common frame of reference*; nell'art. 116 del progetto di regolamento per un diritto comune europeo della vendita 2011/635 (CESL) e nel par 323 del BGB, dimostrando in tal modo di essere figura non più estranea ai sistemi dell'area "civil law".

6. Il fenomeno dell'*anticipatory breach* viene definito: «*the essence of a contract relation is justified expectation of performance. The essence of contract creation is the shifting of risks, limited risks, for a price. The problem of anticipatory-repudiation is to work out an adjustment between these two factors: to allow the contracting party a legal avenue of escape from due to wrongful repudiation of the obligation owing him, risk of which he should not be made to bear, while still requiring him to suffer those risks which the agreement was designed to impose upon him*». Sull'*anticipatory breach of contract* nei paesi di common law, vedi: G.H. TRETTEL, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford, 2004, p. 344; id. *The law of contract*, London, 2003, p. 857 ss.; H. COLLINS, *The law of contract*, London, 2003, p. 370 ss.; R.G. LAWSON, *Remedies of English law*, London, 1980; M. MUSTIL, *Anticipatory Breach, Butterworth Lectures 1989-1990*, London, 1990, p. 1 ss.; R. GOODE, *International Restatement of Contract and English Contract Law, Uniform Law Review*, 1997, 231 ss.; K.A. ROWLEY, *A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract*, in *U. Cinc. L. Rev.*, (69) 2001, p. 565 ss.; A.M. SQUILLANTE, *Anticipatory Repudiation and Retraction*, in *Valp. L. Rev.*, (7) 1973, p. 373 ss.; T. LUNDMARK, *Common Law Tort & Contract*, Münster, 1998, p. 181. Nel *leading case Hochster v. De La Tour* del 1853, in *2E. and B.678*. la Corte ha stabilito che la lettera del maggio 1852 con la quale *De La Tour* comunicava al suo accompagnatore *Hochster* di non aver bisogno dei suoi servizi in occasione del viaggio turistico che voleva intraprendere il primo giugno e per il quale lo aveva assunto con apposito contratto integrava gli estremi di inadempimento anticipato. In questo senso, vedi pure *Vitol S.A. v. Norelf LTD*, 1995.

7. Regole simili all'*anticipatory breach* si trovano, ad esempio, nei sistemi svedese, finlandese e greco. Diversamente da quanto stabilito dal par. 323 del BGB, che legittima il recesso dal contratto ogniqualvolta il vincolo obbligatorio è pregiudicato da cause che "rendano evidente" il verificarsi di un futuro inadempimento, il legislatore francese non ha dettato alcuna norma che espressamente preveda l'*inexécution (o résolution) anticipée*. E tuttavia, nonostante ciò, dottrina e giurisprudenza, facendo leva sugli artt. 1613 e 1663 del codice napoleonico, che disciplinano l'*exception d'inexécution*, ammettono concordemente che il comportamento del debitore possa dar luogo ad un inadempimento anticipato. Y. M. LAFFIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Parigi, 2007, p. 553

*law*⁸, mancando una norma specifica che preveda e disciplini l'*anticipatory breach* l'inadempimento, non possa ritenersi esistente un principio generale che sancisca la rilevanza di siffatta vicenda⁹. In particolare, si ritiene che, a tal fine, non possano invocarsi né le norme di *soft law*, in quanto prive di precettività, né la CISG, visto che detta Convenzione riguarderebbe solo i contratti aventi ad oggetto beni mobili caratterizzati da elementi estraneità, né le disposizioni di cui agli artt. 1662 e 2224 c.c., poiché esse, in quanto norme speciali, sarebbero inidonee a fondare un principio di portata generale ed a organizzare un compiuto apparato rimediale¹⁰.

8. Si è evidenziato infatti che l'*anticipatory breach* è influenzata dalle diverse ricostruzioni teoriche elaborate sulla struttura e sulla funzione dell'obbligazione. Nei paesi di *common law* l'obbligazione viene concepita come mero effetto del contratto ed attratta nell'ambito della disciplina che governa tale atto. Il che determina una coincidenza tra il fenomeno dell'inadempimento e la nozione di *breach of contract*, che ingloba tutti gli eventi lesivi degli interessi sottesi al programma contrattuale; programma che contiene un'enunciazione di azioni e di risultati ed esplica la sua capacità propulsiva anche sulla vicenda esecutiva. (A. DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali*, cit., p. 203).

9. In questo senso, sotto la vigenza del codice civile del 1865, vedi C.A. COBIANCHI, *Sui diritti del creditore a termine di fronte alla dichiarazione fatta dal debitore di considerarsi esonerato dalla prestazione*, in *Riv. Dir. comm.*, 1916, II, p. 475; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. IV, Torino, rist. 1930, p. 516. Dopo l'entrata in vigore del codice del '42, negano l'ammissibilità di un inadempimento *ante diem* E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* I, Milano, 1953, p. 94 e ss.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 227; D. RUBINO, *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949 e più di recente, G. IUDICA, *Le asimmetrie dell'art. 1662 cod.civ.*, in *Nuova Giur. civ. comm.* 2015, p. 317ss; L. FOLLIERI, *L'appalto tra rimedi sinallagmatici generali e speciali*, in *Obbl. contr.* 2012, p. 521ss.; A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera cit.*, p. 461 ss. F. PIRAINO, *Inadempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli 2011, p. 214. In giurisprudenza vedi: Cass. 4 marzo 1987 n°2255, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1987, p. 761; Cass. 19 novembre 1994 n° 9802, in *Rass. loc.*, 1995, p. 65; App. Milano 3 marzo 1994, in *Dir. soc.*, 1994, p. 508. In ordine ai contratti *sub die*, vedi: Cass. 29 gennaio 1993 n°1149, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1467; Cass. 2 aprile 1992 n°4056, *ivi*, 1992, I, c. 1746.

10. In relazione al rapporto tra regole generali e norme speciali, vedi G. FURGIUELE, *Intervento tenuto nell'Università degli Studi di Firenze il 5 febbraio 2013 in occasione della presentazione del volume di G. Alpa, Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, in *Quaderni, fior. storia pens. giur. mod.*, 2013, p. 568 ss; N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore. Atti del Convegno, Pisa, 25-26 maggio 2007*, a cura di Navarretta, Milano, 2007, p. 8 ss.; BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., p. 61 ss; P. PERLINGIERI, *Lezioni di diritto civile*, 1993, p. 207; G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 649 ss; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 51 ss.; Id., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. Impr.*, 1988, p. 327 ss.; VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *ivi* 1988, p. 801 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 705 ss.; GORGONI *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, Torino, 2005; VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. privato*, 2004, p. 313 ss.; ID. *Il contratto del terzo millennio*, in *Persona e merc.*, 2010, 3, p. 216 ss. che richiama il dibattito sulla preminenza della parte generale o di quella speciale all'interno del codice per stigmatizzare il mutamento della situazione di fronte alla crisi dei codici. In particolare, per ciò che concerne il rapporto tra le norme dettate in tema d'appalto e le norme generali sulla risoluzione, vedi G. IUDICA, *Le asimmetrie dell'art. 1662 cod. civ.*, in *Nuova giur. Civ. comm.* 2015, p. 317 ss; S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti tra disciplina generale e norme speciali nell'appalto*, Napoli, 2004, p. 36 ss; E. LUCCHINI GUASTALLA, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, in *Tratt. respons. Contr. II, I singoli contratti*, diretto da Visintini, Padova, 2009, p. 254 ss.; F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, in

Secondo questo indirizzo, la nozione di inadempimento, nel nostro sistema, continuerebbe ad essere intrinsecamente collegata alla situazione di obbligo e si identificherebbe unicamente con la mancata o inesatta esecuzione della prestazione finale, coincidendo con il mancato conseguimento del bene o del risultato da parte del creditore. Di qui l'affermazione secondo la quale il rifiuto anticipato di adempiere sarebbe inidoneo ad integrare gli estremi di un inadempimento immediatamente rilevante, essendo tale evento indissolubilmente legato all'epoca in cui la prestazione finale è divenuta esigibile, e dunque all'aver il termine esaurito la sua funzione tipica, che è quella di spostare nel tempo l'adempimento dell'obbligo¹¹.

Tale impostazione è stata recepita anche da una parte della giurisprudenza, la quale, seppur con qualche oscillazione, in un primo tempo, ha escluso che la predetta dichiarazione sia in grado di legittimare l'immediato ricorso ai rimedi di carattere finale¹². Ciò sia in virtù della previsione dell'art. 1219 2° comma c.c., che limita le conseguenze di siffatta dichiarazione all'automatica costituzione in mora del debitore, escludendo qualsiasi incidenza sulla responsabilità, sia in forza del carattere di inesigibilità che in tale fase del rapporto caratterizza la prestazione¹³. Cosicché, là dove il debitore abbia dichiarato di non voler adempiere nessun inadempimento sarebbe dato riscontrare, non potendosi proporre alcuna equiparazione tra un'attuale e grave crisi del rapporto obbligatorio sorta *ante diem*, che rende ragionevolmente certa la mancata o inesatta esecuzione della prestazione finale, e l'inadempimento definitivo¹⁴.

I contratti di appalto privato, a cura di Cuffaro, Torino, 2011, p. 301 ss.; G. MUSOLINO, *Norme generali e norme speciali per le obbligazioni nascenti dal contratto di appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1994, II, p. 233 ss. Sull'operatività delle citate regole codicistiche e sulla loro insufficienza a soddisfare le esigenze sottese all'inadempimento anticipato vedi, da ultimo, F. PADOVINI, op. cit. p. 97, che evidenzia come esse richiedano una preventiva diffida cui segue, la risoluzione *ipso iure* del vincolo (art. 1662 c.c.) o la nascita di diritto di recesso per giusta causa (art. 2224 c.c.).

11. G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, p. 111; D. RUBINO, op. cit., p. 62, il quale nega che la dichiarazione di non voler adempiere legittimi la risoluzione immediata del contratto, riconoscendo, in tal caso, al creditore soltanto la possibilità di ottenere una sentenza di risoluzione in futuro. Con la conseguenza che, una volta scaduto il termine, se il debitore adempie, la sentenza rimane priva di effetti, mentre le spese giudiziali andrebbero a carico dell'attore; G. IUDICA, op. cit. p.319; N. MAIONE S. SERAFINI, *Il rapporto tra gli artt. 1453-1455 e gli artt. 1662 e 1668, c.c.*, in *Contr.*, 2007, p. 187 ss.; V. PORRIELLO, *Il diritto di verifica del committente nel contratto di appalto*, in *Giust. civ.* 2008, p. 91 ss., F. ROMANO, op. cit., p. 607, che definisce "illogica" la proposizione giurisprudenziale affermativa dell'inadempimento prima del termine a causa del rifiuto di adempiere del debitore.

12. La soluzione negativa era stata affermata da Cass. 14 dicembre 1891, in *Temi ven.*, 1892, p. 114; Cass. 13 giugno 1924, in *Rep. Foro it.*, 1924, voce *Obbligazioni* n°130; App. Genova 2 maggio 1916, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 473; App. Bologna 7 gennaio, 1924, in *Temi emil.*, 1924, p. 349. Diversamente, avevano ritenuto ammissibile un inadempimento prima del termine: App. Milano 4 febbraio 1908, in *Giur. it.*, I, 2, p. 239; App. Venezia 26 giugno 1913, in *Rep. giur. it.*, 1913, voce *Obbligazioni e contratti* n°110.

13. Individuano il limite massimo di efficacia della predetta dichiarazione nell'esonero dall'intimazione in mora: F. ROMANO, op. cit., p. 613; U. NATOLI-L. BIGLAZZI GERI, *Mora del creditore* in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 2.

14. In questo senso, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* I, Milano, 1953, p. 94 ss. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 227; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano,

3. Il superamento dell'impostazione tradizionale e l'attuale valenza dinamico funzionale dell'obbligazione.

I presupposti sui quali si fonda l'orientamento tradizionale sembrano tuttavia aver perso oggi parte della loro valenza significativa. Innanzitutto si è messo in luce come la rilevanza dell'anticipato rifiuto di adempiere in nessun modo possa considerarsi esclusa dalla norma di cui all'art. 1219 n. 2 c.c., visto che essa si riferisce alle sole dichiarazioni rese *post diem*, e dunque riguarda un ambito del tutto diverso da quello in cui si colloca il problema dell'inadempimento anticipato¹⁵. Non solo, ma è soprattutto in virtù della crescente importanza acquisita dai principi contenuti nei testi di origine europea e internazionale, che espressamente prevedono e disciplinano le conseguenze derivanti dalla dichiarazione anticipata di non voler adempiere, che è dato definire il rilievo e il ruolo che detta dichiarazione assume oggi nel nostro sistema. Il riferimento è in primo luogo alla CISG, la quale rappresenta un testo normativo di diritto materiale uniforme, vigente in moltissimi ordinamenti¹⁶, che ha assunto un'importanza centrale nell'attuale assetto contrattuale, rappresentando, nell'ambito delle dinamiche di sviluppo internazionale, un sistema privatistico uniforme di fonte convenzionale ampio e incisivo. Essa, pur riguardando la vendita di beni mobili caratterizzata da elementi di estraneità, ha un raggio d'azione particolarmente esteso, poiché si applica a tutti i contratti internazionali caratterizzati dalla consegna di un bene mobile e dal trasferimento della proprietà contro il corrispettivo di un prezzo¹⁷,

1957, p. 58 ss.

15. Rilievo, questo, che è comune tra gli interpreti F. ASTONE, op. cit. p. 1522; VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato* cit., p. 7 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 446; D. MEMMO, *L'inadempimento e il ritardo nelle obbligazioni*, in *Le Obbligazioni, I, Le obbligazioni in generale (artt. 1173-1320)* a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, p. 948.

16. Il successo ottenuto dalla Convenzione nel perseguire l'obiettivo di uniformare il diritto del commercio internazionale è dimostrato dal fatto che essa è stata recepita da oltre 80 Paesi, tra cui la quasi totalità degli Stati dell'Unione Europea, Gli Stati Uniti d'America, il Canada, la Russia la Cina, l'Australia, alcuni Stati dell'Africa, dell'America Latina e del Medio ed Estremo Oriente, così divenendo il punto di riferimento costante per la regolamentazione degli scambi a livello mondiale (M. GARDENAL, C. MONTANA, *Convenzione di Vienna: la vendita internazionale di merci e il crescente numero di Stati aderenti*, in *Il sole 24 ore, Diritto*, 28 marzo 2012). E, tuttavia, a differenza di quanto è accaduto in altri Paesi europei a noi vicini (Austria, Francia, Germania, Paesi Bassi), che rappresentano nostri importanti *partners* commerciali e le cui Corti Supreme hanno già emesso molte pronunzie in tema di risoluzione per inadempimento, in Italia il numero delle decisioni emesse è limitato, e non particolarmente significativo, in quanto si tratta di sentenze che per la maggior parte escludono l'applicazione della Convenzione. Tant'è vero che la prima sentenza in tema di risoluzione è quella del Tribunale di Padova dell'11 gennaio 2005 pubblicata su internet all'indirizzo http://www.unile.info/case.cfm?pid=1&do=case6_id=1005&step=fulltext, che è stata emessa dopo oltre quindici anni dall'entrata in vigore della CISG.

17. Sull'importanza che assume il momento della consegna del bene rispetto al trasferimento della proprietà e del passaggio del rischio, vedi F. FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, in *Comm. cod. civ. Scialoja/Branca*, Bologna Roma, 1994, p. 53 ss.; F. RAGNO, *Convenzione di Vienna e Diritto europeo*, Padova, 2008, p. 23 ss.; A. BOVIO, N. LANDI, L. MASTROMATTEO (a cura di), *La vendita internazionale*, Padova, 2013, p. 68 ss.; che sottolineano come la Convenzione abbia svincolato la disciplina dei rischi sia dal profilo della titolarità del diritto, sia da

indipendentemente dal momento in cui si verifica l'effetto traslativo, che può essere anche successivo alla stipulazione dell'atto di privata autonomia¹⁸

In questa stessa logica si inseriscono altresì i testi di diritto contrattuale uniforme, i quali, traendo spunto dalle previsioni contenute nella predetta Convenzione, disciplinano in modo analogo sia gli effetti conseguenti alla dichiarazione di non voler adempiere che l'inadempimento prima del termine, prevedendo, a tal fine, un apposito sistema rimediale. Tant'è vero che si è rilevato come tali dati normativi "attraverso la riaffermazione del metodo sistematico, in una visione non intrasistemica, ma transnazionale, aspirino alla creazione di un ordinamento europeo"¹⁹, concorrendo a mettere in luce le importanti convergenze che sussistono con le soluzioni prospettabili in ambito domestico²⁰ ed estendendo la portata operativa del rimedio risolutorio anche alle ipotesi in cui la prestazione non sia ancora esigibile²¹.

A tali disposizioni di origine sovranazionale, si aggiungono inoltre gli artt. 1662 e 2224 c.c. e il principio di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. che governa l'intera dinamica negoziale²² e si pone quale fonte di regolazione del comportamento delle parti

quello dell'inadempimento contrattuale, definendo il rischio come "evento non imputabile alle parti". Pertanto, là dove esso ricada sul compratore ex art. 66, quest'ultimo è tenuto comunque ad eseguire la prestazione nei confronti della controparte anche in caso di perdita o deterioramento della merce, proprio perché il bene è già nella sua disponibilità.

18. In questo senso, vedi Trib. Padova 11 gennaio 2005 cit., il quale ha confermato i precedenti giurisprudenziali sia italiani che stranieri (Trib. Padova 25 febbraio 2004, in *Giur. it.*, 2004, I.1, p. 1405 ss.; Trib. Rimini 26 novembre 2002, ivi, I, 1, 2003, p. 896 ss.; *Tribunal Cantonal de Vaud* 11 marzo 1996 n°1061, pubblicate su internet all'indirizzo <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=18do=case&id=320&step>.) che hanno ricompresso il contratto di somministrazione nell'ambito della Convenzione. In dottrina vedi: F. FERRARI, *La vendita internazionale*, cit., p. 29 ss. Tuttavia, in Germania si è ritenuto che siano soggetti alla disciplina prevista dalla legge uniforme non solo la vendita a termine e quella a consegne ripartite, ma anche il contratto di concessione, di distribuzione esclusiva e di fornitura di cose da fabbricare Cfr. G. REINHART, *Dieci anni di giurisprudenza tedesca sulla legge uniforme della vendita internazionale di beni mobili*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 411 ss.

19. M. ZACCHEO, *Diritto privato e buona fede*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, cit., p. 809.

20. Sui rapporti tra le normative di diritto comunitario e diritto interno e sull'ineludibile compito che spetta all'interprete nel cogliere i punti significativi della nuova disciplina, individuando le consonanze e le differenze rispetto alle regole di diritto interno, anche con riguardo ai rimedi esperibili dal contraente, vedi N. LIPARI, *Introduzione*, in *Diritto Privato europeo*, (a cura di Lipari), Padova, 1998; P. RESCIGNO, *Il sistema delle preleggi e la disciplina comunitaria*, in *Diritto Privato europeo* cit., p. 55 ss.; U. BRECCIA, *Considerazioni sul diritto privato sovranazionale fra modelli interpretativi e regole effettive*, in *Studi in onore di Sacco*, Milano, 1994, p. 121 ss.; G. VETTORI, *Introduzione*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti* (a cura di Vettori), Padova, 1999, p. XVII; A. LUMINOSO, *L'interpretazione del diritto privato comunitario (regole e tecniche)*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 237 ss.

21. F. PADOVINI, op. cit., pp. 99-100, che sottolinea come tale linea di tendenza contribuisca a dare maggiore sostegno agli orientamenti che, anche nel nostro sistema, riconoscono la possibilità di configurare una fattispecie di inadempimento anticipato idonea a legittimare la risoluzione del contratto. Rimedio, questo, che in tempo di crisi non deve essere incentivato al fine di assicurare piena tutela ai traffici commerciali, "evitando spirali di inadempimenti a catena con una crescita esponenziale dei danni risarcibili".

22. G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, pp. 147-148, che rileva come gli obblighi derivanti dalla regola di buona fede non soltanto pre-

durante tutto l'*iter* attuativo del rapporto²³, offrendo utili spunti per una ricostruzione sistematica della rilevanza assunta dall'inadempimento *ante diem* e del rilievo da attribuire al rifiuto anticipato di adempiere²⁴. In particolare, è *ius receptum* che la regola di buona fede si ponga oggi quale fonte di obblighi autonomi e strumentali che si affiancano con "una portata implicante o addirittura contrastante" alle obbligazioni espressamente previste nel regolamento contrattuale²⁵, contribuendo a rendere obbligatorie una serie di condotte che possono anche modificare o integrare quanto le parti hanno contrattualmente stabilito²⁶. È in questa veste che la buona fede può operare anche in funzione di garanzia circa il futuro adempimento della prestazione finale, consentendo di attribuire, *medio tempore*, rilievo immediato ai comportamenti o alle dichiarazioni (quale quella di non voler adempiere) che con essa si pongano in contrasto e che sono in grado di pregiudicare il raggiungimento degli scopi che l'obbligazione mira a realizzare.

scindano dalla volontà delle parti, ma interessino altresì l'intero arco della vicenda contrattuale: dalla sua genesi alla sua attuazione, assumendo rilievi diversi che riguardano sia il piano dell'atto che quello del rapporto

23. U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1967, pp. 128-129, il quale precisa che la buona fede è un criterio che regola l'attività di relazione ed è assistito dal carattere di reciprocità. Ciò a differenza della diligenza che è invece un criterio che regola "l'attività di prestazione" in senso stretto e, dunque, riguarda l'adempimento dell'obbligo.

24. Sul punto vedi V. PUTORTI, op. cit. p. 42 ss. Sostengono che la dichiarazione anticipata di non voler adempiere, in quanto contraria la vincolo obbligatorio, rappresenti una violazione degli obblighi di buona fede che governano l'attuazione del rapporto ex art. 1175 e 1375 c.c. F. ROMANO, op. cit., p. 612; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995 p. 151ss.; G. MURARO, op. cit., p. 278; G. VISINTINI - L. CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, Torino, 1999, p. 245; A.M. PRINCIGALLI, op. cit., p. 500.

25. E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in Roppo (a cura di) *Tratt. contr., Regolamento, II*, Milano 2006, p. 416.

26. Sulla funzione correttiva della buona fede, quale *proprium* del ruolo ad essa attribuito dall'ordinamento, vedi: U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede* cit. 135 che sottolinea come l'obiettivo finale sia quello di evitare che le parti pur potendo soddisfare o comunque non pregiudicare "l'altrui interesse si rifiutino di farlo, trincerandosi dietro una (pretesa) applicazione formalistica della legge"; L. BIGLIAZZI GERI, *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, che sottolinea come attraverso la buona fede acquistino rilievo "interessi altrimenti destinati, in una utilizzazione formalistica del diritto, a non acquistare adeguato risalto", fungendo da correttivo "ai rigori del *jus strictum* tramite una valutazione degli interessi coinvolti nella singola vicenda diversa da quella che conseguirebbe al puro e semplice accertamento della corrispondenza di un fatto ad una previsione di legge". A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.* 2005, pp. 352-354, che attribuisce alla buona fede c.d. integrativa la capacità di agire in una duplice direzione: garantire una migliore attuazione del programma negoziale e favorire una maggiore attenzione all'interesse di entrambe le parti, così da evitare che la *lex contractus* segni "l'egemonia della parte più furba o provveduta dell'altra". Funzioni, queste, che sarebbero comunque compatibili con il modo tradizionale di costruire il contratto, considerato nelle sue fonti e componenti di regolazione. Il che peraltro richiede una visione del regolamento di interessi di tipo non antagonistico, nel quale permangono le opposte esigenze dei contraenti (così P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409, e già G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, p. 471), ma di tipo consociativo che tende ad escludere l'esistenza di un conflitto permanente tra le parti (cfr. P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso* cit., p. 1354, che critica l'impostazione di Osti in quanto mette sullo stesso piano motivi delle parti ed accordo contrattuale, senza tener conto che ciò che il contratto tende a comporre sono le opposte esigenze dei contraenti).

Così, pure, particolarmente significative sono le disposizioni di cui agli artt. 1662 e 2224 c.c. le quali, dettate nell'ambito del contratto d'appalto e del contratto d'opera, possono comunque applicarsi a tutti i casi in cui l'esecuzione della prestazione richiede il preventivo compimento di un'attività preparatoria²⁷. Le norme sui singoli contratti, infatti, hanno assunto oggi un ambito di operatività ben più ampio di quello che gli veniva riconosciuto in passato, essendo destinate ad operare non solo nell'ambito dello schema contrattuale per il quale sono state espressamente previste, ma in tutti i contesti nei quali si ravvisino le medesime esigenze di tutela²⁸. Cosicché, là dove l'adempimento della prestazione richieda necessariamente il compimento di un'attività preparatoria *lato sensu* intesa²⁹, è dato ritenere che, se il debitore si rifiuti di adempiere ed ometta di compiere detta attività, con conseguente grave pregiudizio per l'esatta attuazione del regolamento di interessi, il committente potrà avvalersi dei rimedi previsti dagli artt. 1662 II° comma e 2224 c.c.³⁰ Sempre che l'inadempimento anticipato sia sanabile entro un congruo termine, dal momento che se la situazione fosse irreversibile, essendosi in presenza di un'impossibilità assoluta di adempiere, nessuna utile funzione potrebbe svolgere l'ulteriore termine intimato al debitore con

27. Da questo punto di vista, è opportuno precisare che nel contratto di appalto le norme di diritto comune esplicano una triplice importante funzione. Innanzitutto forniscono i criteri di riferimento per inquadrare ed interpretare la disciplina speciale. In secondo luogo, consentono di integrare le disposizioni particolari dettate per l'appalto relativamente a quanto da esse non espressamente previsto, in tal modo concorrendo a regolare la fattispecie concreta, oppure a disciplinarla in via esclusiva là dove manchi una normativa speciale. Infine, le norme generali possono essere utilizzate in alternativa a quelle speciali, lasciando al committente la scelta se avvalersi delle une o delle altre, così come avviene nel caso di concorso tra il rimedio speciale di cui all'art. 1662 c.c. e quello generale previsto dall'art. 1453 c.c. Cfr. S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti tra disciplina generale e disciplina speciale nell'appalto*, Napoli, 2004, p. 90 ss.; Id. *Codice annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di G. Perlingieri, IV, Napoli, 2010, p. 1653; E. LUCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, p. 150 ss.

28. In questo senso, vedi G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 739, che sottopone a revisione critica l'opinione secondo la quale le regole ritenute eccezionali rispetto alle norme generali sul contratto avrebbero un campo d'azione limitato alla singola fattispecie alla quale si riferiscono, poiché l'eventuale carattere di eccezionalità di una norma non esclude affatto che la stessa possa essere applicata in tutti i contesti nei quali ricorrano le medesime esigenze di tutela.

29. G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.* 1943, I, p. 458 ss.; Id. In *Scritti giuridici, III, Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 219 ss.; N. IRTI, *Testo e contesto*, , *Una lettura dell'art. 1362 c.c.*, Padova, 1996, p. 107; D. RUBINO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, vol. VII, t. III, Torino, 1980, p. 271; D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. al codice civile* Scialoja-Branca, IV, Bologna-Roma, 1992, p. 134.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 85 ss.

30. In questo senso A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato* cit., p. 205, che rileva come gli artt. 1662 e 2224 c.c. esprimano un più ampio principio generale in virtù del quale è possibile considerare immediatamente responsabile il debitore che, con la sua condotta, pregiudica l'esecuzione della prestazione finale, omettendo di compiere, con la dovuta esattezza, l'attività a ciò necessariamente e funzionalmente preordinata.

la diffida³¹. Coticché, in questi casi, l'unico rimedio esperibile non può che essere l'azione generale di risoluzione ex art. 1453 c.c., che si pone come lo strumento tecnico idoneo a reagire contro tutte le situazioni - siano esse riferibili a contratti c.d. ad esecuzione prolungata o a esecuzione istantanea - nelle quali l'inadempimento è definitivo e assoluto³².

Tuttavia, per giungere a tali conclusioni, è necessario considerare la prestazione non come singolo atto, bensì come attività³³, spostando l'attenzione dal momento solutorio finale all'intera fascia di comportamenti che i contraenti, durante l'iter attuativo del rapporto, sono tenuti ad osservare per poter far sì che l'obbligazione realizzi lo scopo cui è destinata: l'esatta e puntuale attuazione del complessivo assetto di interessi sotteso all'affare negoziale³⁴. Muovendo da siffatta più ampia nozione di prestazione e inquadrando il rapporto obbligatorio in un'ottica di tipo dinamico-funzionale, in grado di far spiccare

31. V. PUTORTI, op. cit. p. 38 ss.

32. P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.* 2011, p. 3, che precisa come, ai fini dell'applicazione del rimedio, l'interprete debba analizzare attentamente il caso concreto per poi individuare la normativa che risulti la più ragionevole e adeguata a disciplinarlo.

33. R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, pp. 554 ss., che rileva come il nostro sistema indichi quale contenuto dell'obbligo, alla cui attuazione è deputato l'adempimento, "un contegno, un comportamento, una attività personale, in definitiva la *prestazione* intesa in senso subiettivo". Sul tema vedi F. ALCARO, *Statica e attività nel rapporto tra soggetto e attività: processo di circolarità. Nuove prospettive funzionalistiche*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista, Atti del 1° Convegno Nazionale S.i.s.d.c.*, Napoli, 2006, p. 253, che rileva come sia proprio la prospettiva funzionale e dinamica a dimostrare che la giuridicità di un fenomeno non va ricercata solo nel dato strutturale e nella sua formale sistemazione, ma anche "nella fisiologica dinamica dell'esplicarsi delle situazioni in seno all'attività"; ID. *L'attività: profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Napoli, 1996, p. 23 ss., dove si mettono in rilievo i positivi riflessi che possono derivare in sede di attuazione del rapporto obbligatorio là dove si accogla del fenomeno giuridico una visione funzionale e dinamica.

34. La prestazione infatti è comunemente definita come comportamento diretto verso uno scopo, e dunque come attività non fine a se stessa, ma tesa alla realizzazione di un risultato di valore economico. L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus* 1952, p. 168; M. GIORGIANNI, voce *Pagamento. Diritto civile*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 321 ss.; A. DI MAJO, voce *Pagamento. Diritto privato*, in *Enc. dir.* vol. XXI, Milano, 1981, p. 548 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1978, p. 1 ss.; M. BESSONE - A. D'ANGELO, voce *Adempimento*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, p. 1 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni* in *Trattato di dir. priv.*, Iudica-Zatti, Milano, 1991, p. 447; G. CIAN, voce *Pagamento*, in *Digesto IV, disc. priv.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 234 ss.; C.A. CANNATA, *L'adempimento in generale*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno, Obbligazioni e contratti*, vol. IX, 1984, p. 62 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1998, p. 260; A. D'ANGELO, *Lezioni di diritto civile, Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, Torino, 1914, p. 137. Utili indicazioni, sul concetto di inadempimento si traggono anche dalla CISG e dai principi UNIDROIT, i quali ultimi definiscono l'inadempimento in maniera del tutto analoga a quanto previsto dall'art. 1218 c.c., poiché anche il *non performace* è concepito in maniera unitaria ed ingloba sia la mancata esecuzione della prestazione, sia l'adempimento tardivo o inesatto, ossia tutte quelle fattispecie nelle quali la prestazione eseguita non risulti conforme, qualitativamente o quantitativamente, a quella dedotta in obbligazione. Il che spinge a proporre una più attenta riflessione che, partendo dalla predetta somiglianza, consenta di focalizzare alcuni spunti problematici relativi all'individuazione degli elementi richiesti affinché il debitore possa rispondere delle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo incombente sulla sua sfera giuridica (F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità, contrattuale*, Napoli, 2011, p. 410 ss.)

la sua complessità ed unitarietà ed in cui le varie tappe nelle quali esso si articola facciano emergere “tanto le relazioni intertemporali quanto le relazioni causali dei fatti”,³⁵ si mettono nella giusta luce i concreti interessi dei contraenti che al rapporto si ricollegano e si dà rilievo anche alle posizioni soggettive dei contraenti di carattere non definitivo nelle quali detti interessi si formalizzano³⁶.

In tal modo, si supera la prospettiva interpretativa tradizionale, di tipo essenzialmente strutturalistico e formale – secondo la quale sarebbe solo l’obbligazione contrattuale tipica ad esprimere gli interessi autonomamente rilevanti nell’economia dell’affare – e si legge l’obbligazione in connessione con i dati contenuti nel titolo da cui trae origine, con la qualità dei soggetti, con gli specifici accordi intercorsi *inter partes*, con la natura della prestazione e con le concrete circostanze e situazioni soggettive e oggettive che vengono valutati tutti in un quadro d’insieme “sulla base di un unitario ed autonomo procedimento di interpretazione e qualificazione” e “nel rispetto delle concrete peculiarità e dei reali interessi e valori coinvolti”³⁷.

È proprio valutando il rapporto obbligatorio in questa prospettiva, certamente più sensibile alle reali e recenti esigenze dei rapporti di scambio, che, da un lato, si legittima una valutazione dei comportamenti tenuti dal debitore in funzione degli scopi che l’obbligazione è destinata a perseguire; dall’altro, si rende possibile rapportare il rimedio agli effettivi bisogni di tutela richiesti dall’interesse leso³⁸, secondo i principi di adeguatezza e ragionevolezza che devono ispirare ogni tecnica rimediale³⁹.

35. È questa la prospettiva di P. PERLINGIERI, *La centralità del rapporto giuridico nel sistema di Mario Allara*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 138 ss.; *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, ivi, 2006, p. 425 ss., che qualifica il rapporto obbligatorio come “regolamento programmatico”, ossia come fenomeno che implica un riferimento differenziato a tutti i fattori sopra menzionati e che si attua in funzione della realizzazione dei concreti interessi in esso coinvolti.

36. In questo senso, vedi: G. FURGIUELE, *Vendita di cosa futura e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, p. 34 ss.; il quale osserva che in presenza di una fattispecie a formazione progressiva, allorché la posizione del contraente che attende l’acquisto del diritto diviene oggetto di apposita valutazione normativa, ben può attribuirsi a tale posizione autonoma rilevanza giuridica in quanto espressiva di un interesse attuale ed autosufficiente.

37. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1975; *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976, II, il quale rileva come la concezione tradizionale dell’obbligazione, se indubbiamente corrispondeva ad una esigenza di certezza del diritto, oggi non sembra più idonea a far spiccare “le nuove istanze di giustizia sociale ed i valori solidaristici che hanno interessato tutte le strutture giuridiche e che hanno trasformato il quadro socio-economico e quello normativo-sistematico di riferimento, mutando, nel contempo, sia il contenuto e la relazione esistente tra le diverse situazioni giuridiche che vivono nell’ambito del rapporto, sia il nesso esistente tra l’obbligazione ed i fatti dai quali essa trae origine.

38. G. VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015, p. 23.

39. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 143, che sottolinea “l’innegabile valenza normativa dei principi” e il loro operare mai isolatamente, ma sempre attraverso attente operazioni di bilanciamento, poiché è proprio il bilanciamento tra essi che “preclude ogni forma di tirannia o di abuso dettato dall’eventuale esistenza od operatività di un solo principio o valore”.

4. Rifiuto anticipato di adempiere e rimedi esperibili: a) la tutela cautelare.

Alla luce delle considerazioni esposte, è dato rilevare, però, come il rifiuto di adempiere, in sé e per sé considerato, non sempre si rifletta in modo decisivo e determinante sulla realizzazione dell'assetto di interessi sotteso al rapporto obbligatorio. Non pare, cioè, che detta manifestazione di volontà, ove non si traduca in concreti contegni materiali gravemente pregiudizievoli dell'*iter* attuativo del rapporto, sia in grado di assicurare quel grado di ragionevole certezza, e dunque di definitività e stabilità dell'inadempimento, capace di legittimare l'ingresso dei rimedi a carattere finale⁴⁰.

Conseguentemente, a fronte della condizione d'incertezza che il rifiuto di adempiere crea, in attesa di una chiarificazione della vicenda contrattuale, altri e diversi sono i rimedi diretti a soddisfare in maniera adeguata il bisogno di tutela reclamato dall'interesse creditorio⁴¹. Più precisamente, è dato ritenere che, in tale fase del rapporto, detto interesse sia adeguatamente soddisfatto dai rimedi di natura dilatoria e cautelare, che consentono alla controparte di sospendere la propria prestazione e di richiedere idonee garanzie in ordine all'assolvimento degli impegni assunti. Garanzie che, soprattutto nei rapporti tra imprenditori, non necessariamente si identificano con quelle tipiche reali o personali, ma possono anche tradursi in particolari doveri di informazione, in limiti all'assunzione di ulteriori indebitamenti, nel divieto di concedere (altre) garanzie a terzi e, più in generale, nel divieto di compiere determinati atti di disposizione⁴². Così, sarà solo là dove la suddetta situazione di incertezza si protragga oltre un certo spazio di tempo – da valutarsi

40. F. ROMANO, op. cit., p. 610, che precisa come nella fase esecutiva del rapporto ciò che assume rilevanza ai fini dell'importanza dell'inadempimento sia non già la mera dichiarazione di volontà del contraente, ma il suo concreto comportamento che, contrario agli obblighi di buona fede e correttezza, pregiudichi la realizzazione del programma contrattuale, impedendo che esso si attui nei termini in cui era stato prefigurato al momento dell'assunzione del vincolo. Criticano l'equiparazione della dichiarazione del debitore di non voler adempiere all'inadempimento anche: A. MAGAZZU, *Mora*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 940 ss.; U. NATOLI - L. BIGLIAZZI GERI, op. cit., p. 3, che rilevano come detta dichiarazione non possa, di per sé, ritenersi lesiva dell'interesse del contraente fedele ad ottenere tempestivamente ed esattamente la prestazione, in quanto non dà alcuna certezza circa il futuro inadempimento. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. contr. Roppo, V, Rimedi*, Milano, 2006, p. 92, secondo il quale nulla impedirebbe al debitore di mutare avviso e in un secondo tempo decidere di eseguire la prestazione, per cui lo strumento tecnico di cui il creditore potrebbe avvalersi in questi casi sarebbe la diffida ad adempiere.

41. F. ADDIS, *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Remedies in Contract. The common Rules for a European Law* a cura di G. Vettori, Padova, 2008, p. 18.

42. Si tratta delle c.d. garanzie negative (*negative pledge*), le quali mirano a ridurre i rischi per il creditore di dover concorrere con altri soggetti sui beni del debitore (*claim dilution*) o di dover subire variazioni nella composizione del patrimonio del debitore (*asset substitution*). Esigenze, queste, che possono essere soddisfatte dalla presenza nei contratti tra debitore e creditore di particolari clausole, quali, ad esempio, quelle con le quali il debitore si obbliga a non concedere per tutta la durata del finanziamento garanzie specifiche a terzi creditori e, nell'eventualità in cui tali garanzie vengano concesse, a costituire garanzie equivalenti a favore del finanziatore (c.d. *pari passu*) e le clausole che impongono vincoli all'assunzione di indebitamenti ulteriori, alla distribuzione di dividendi e all'effettuazione di investimenti o di operazioni finanziarie straordinarie.

alla stregua delle concrete circostanze che caratterizzano la singola operazione contrattuale⁴³ – che potranno trovare ingresso il rimedio risarcitorio, risolutorio o, in alternativa, l'adempimento coattivo. Sempre che, ovviamente, le richieste garanzie non siano state prestate e il debitore abbia posto in essere concreti contegni materiali che lascino ragionevolmente presagire la mancata (o inesatta) realizzazione dell'assetto di interessi contrattualmente programmato.

Sotto questo profilo, è opportuno rilevare, infatti, che la manifestata volontà di non adempiere non sempre è frutto di un reale e concreto intento di non voler eseguire la prestazione, potendo spesso essere dettata da motivazioni eterogenee⁴⁴. Basti pensare alle dichiarazioni emesse dal debitore per la premura di informare la controparte circa l'esistenza di alcune difficoltà incontrate nell'esecuzione del contratto o per millanteria, oppure in virtù di una specifica interpretazione dei “dati fattuali e giuridici che determinano i contenuti del rapporto obbligatorio” e che nessuna incidenza esplica sulla fattispecie di inadempimento⁴⁵. Affermazione, quest'ultima, che, sebbene giustificata dalle peculiarità del caso di specie, non sembra tuttavia avere valenza assoluta, visto che, sia nell'ambito

43. A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali, Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civ. comm.* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, *sub art. 1460-1461*, Milano, 2011, p. 95 ss.

44. G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, pp. 488-492, che rileva come la soluzione elaborata dalla più ortodossa dottrina di *common law* sia troppo rigida, in quanto non tiene conto delle motivazioni per le quali il debitore emette una siffatta dichiarazione. Ragioni che, potendo essere piuttosto eterogenee coincidere anche “con il gusto un po' gradasso di pavoneggiarsi agli occhi dei terzi” non sempre escludono che ad essa possa “seguire un puntuale ed esatto adempimento a tempo debito”. Diversamente, M. DELLACASA, *op.cit.*, pp. 8-15, che, sebbene annoveri la dichiarazione di non voler adempiere tra le ipotesi idonee a dare ingresso ai rimedi dilatori, ritiene poi che detta dichiarazione, in sé considerata, determinando un affidamento ragionevole nello scioglimento del rapporto, possa legittimare anche il ricorso alla tutela risolutoria. In via esemplificativa, riprendendo alcuni casi piuttosto controversi, può dirsi che il compratore di un certo quantitativo di merci, a fronte del comportamento della controparte che, dopo essersi obbligata a consegnare i beni con un determinato mezzo entro un giorno prefissato, dichiara di non voler adempiere, senza che a tale dichiarazione faccia seguito alcun concreto e oggettivo impedimento, non possa avvalersi dei alcun rimedio a carattere finale. Così, pure, ad analoga conclusione sembra doversi pervenire là dove l'artista o il professionista, dopo aver stipulato un contratto avente ad oggetto lo svolgimento della propria attività artistica o professionale, con largo anticipo rispetto alla scadenza del termine, dichiara di non voler adempiere o di voler sciogliere il vincolo obbligatorio, dal momento che anche in tal caso, non sussistendo alcun concreto evento impeditivo all'esecuzione della prestazione, è possibile che il debitore cambi idea e, prima della scadenza del termine, revochi la predetta dichiarazione, consentendo che lo scambio si attui secondo le modalità e con le prerogative originariamente pattuite.

45. Cass. 2 agosto 2005 n° 16164, *cit.* In detta pronunzia la Suprema Corte ha ribadito il principio (già espresso da Cass. 24 maggio 2000 n°6839, in *De iure*) secondo il quale non può qualificarsi come inadempimento l'intenzione di non adempiere le proprie obbligazioni sulla base di una certa interpretazione del regolamento contrattuale, poiché ciò rappresenta l'esercizio di facoltà rientranti nell'ambito del generale e fondamentale diritto di difesa. Infatti ciò che l'ordinamento sanziona – per la Cassazione – è l'inadempimento dell'obbligo e non anche “l'esternazione [...] delle ragioni di diritto per le quali il debitore ritiene di non essere tenuto all'adempimento, che non possono produrre, in sé considerate, pregiudizi diversi ed autonomi rispetto all'inadempimento”. Tali affermazioni, sebbene giustificate dalle peculiarità del caso di specie, non sembrano tuttavia

dei procedimenti di formazione degli schemi negoziali utilizzati dalle parti, sia in sede di attuazione del rapporto obbligatorio, le norme sull'interpretazione forniscono una serie di criteri ermeneutici che hanno come momento unificante il principio di buona fede e che sono utilizzabili anche dai contraenti⁴⁶.

È in questa logica, del resto, che si chiarisce l'orientamento giurisprudenziale volto a subordinare il ricorso all'immediata risoluzione del contratto al preventivo esperimento dei rimedi dilatori, in tal modo allargando sensibilmente il campo di incidenza delle eccezioni contemplate dagli artt. 1460 e 1461 c.c., le quali sono state considerate come il punto di riferimento di un'ampia e generale tutela che può essere azionata in tutti i casi in cui sussista "un attuale pericolo d'inadempimento"⁴⁷. Il che è in perfetta sintonia con quanto previsto dall'art. 71 della CISG, che, in presenza di una situazione di incertezza, proceduralizza l'iter che conduce allo scioglimento anticipato del contratto, consentendo al creditore, dapprima, di sospendere l'adempimento delle proprie obbligazioni e, successivamente, di risolvere il contratto là dove il comportamento del debitore lasci ragionevolmente presumere il futuro inadempimento⁴⁸.

Né, sotto tale profilo, assume rilievo assorbente la circostanza che il rifiuto di adempiere sia stato manifestato in forma scritta. Anche in tal caso, non sembra che detta manifestazione di volontà, pur integrando gli estremi di una condotta contraria agli obblighi di lealtà e correttezza che governano le dinamiche negoziali, sia di per sé idonea ad assicurare quella ragionevole certezza circa l'inattuazione dell'assetto di interessi sotteso al rapporto obbligatorio⁴⁹, che costituisce il presupposto irrinunciabile per lo scioglimento anticipato del vincolo. Il requisito formale è indubbiamente indice di una maggiore ponderazione e serietà della volontà di non adempiere, ma non conferisce alla dichiarazione quel grado di stabilità e definitività dell'inadempimento sufficienti a giustificare il ricorso alle tutele a carattere finale, qual è la risoluzione⁵⁰. A tal fine, è pur sempre necessario,

46. G. FURGIUELE, *Notazioni sull'insopprimibile nesso fra diritto e interpretazione*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol 39, Milano, 2010; *Id. Norma interessi nella attività interpretativa a fini giuridici*, in P. Perlingieri – S. Polidori, *Domenico Rubino, I, Interessi e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, p. 23.

47. F. ADDIS, *Il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., p. 72 ss., che rileva come gli artt. 1186, 1461, 1882, 1965 e 1959 cc. disegnano un quadro rimediabile che, di fronte al peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore, gradua le tutele in base alla gravità di tale mutamento.

48. Così V. PUTORTI, op. cit., p. 215 ss.

49. Traendo spunto dalla previsione di cui all'art. 1219 2° comma c.c. affermano che solo la dichiarazione scritta assicura la certezza e la serietà del futuro inadempimento: C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 15; F. BENATTI, op. cit., p. 159. Tali autori ritengono infatti che l'osservanza della prescrizione formale non solo consente al debitore di riflettere attentamente sulle conseguenze che produce la sua dichiarazione, ma permette altresì al creditore di comprendere le motivazioni che stanno a fondamento di tale manifestazione di volontà.

50. Infatti, si è dimostrato come la dichiarazione di non voler adempiere, sebbene resa in forma scritta, non escluda affatto che il debitore adempia esattamente e tempestivamente la prestazione, in quanto, sotto il profilo considerato, l'osservanza della prescrizione formale non riveste alcuna funzione assorbente. Cfr. U. NATOLI, L. BIGLIAZZI GERI, op. cit., p. 2; M. ZANA, *La regola della buona fede nell'eccezione di adempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*

infatti, che le singole e concrete circostanze che connotano il caso di specie, unitamente ai concreti contegni materiali tenuti dal contraente antecedentemente o posteriormente al rifiuto di adempiere, lascino ritenere come ragionevolmente certa la mancata o inesatta attuazione del regolamento contrattuale.

5. (Segue). I rimedi a carattere finale.

L'aver messo in risalto le perplessità ed i dubbi suscitati dall'orientamento che individua nella dichiarazione di non voler adempiere, in sé considerata, una fattispecie di inadempimento anticipato, non vuol dire che detta manifestazione di volontà mai possa legittimare l'ingresso della tutela risarcitoria, risolutoria o coattiva. Significa soltanto che essa per assumere significatività giuridica a tali fini deve essere rappresentativa di uno stato di fatto in grado di rendere ragionevolmente certa l'inattuazione del rapporto obbligatorio nei termini e con le modalità prefissate⁵¹. Il che si verifica, ad esempio, là dove detta dichiarazione sia confermata da concreti contegni materiali, omissivi o commissivi, idonei a pregiudicare incisivamente il complessivo assetto di interessi sotteso all'obbligazione, poiché è solo avendo riguardo all'insieme delle circostanze concrete ed al comportamento concretamente tenuto dal debitore che si può valutare, *ex ante*, secondo un giudizio di prognosi postuma, la reale portata operativa di tale manifestazione di volontà⁵².

Da questo punto di vista, devono pertanto valutarsi criticamente le conclusioni che spesso vengono tratte da alcune pronunzie e che – a giudizio di alcuni – a partire dagli anni '30 in poi⁵³ prospetterebbero un'equiparazione tra il rifiuto anticipato di adempiere e l'inadempimento anticipato⁵⁴. Tali decisioni, ad un più attento esame, dimostrano come nel caso concreto o non era ravvisabile alcun rifiuto di adempiere⁵⁵, oppure si era

1972, p. 1392; S. MAZZARESE, op. cit., p. 449; M. FRAGALI, op. cit., p.249, che riconosce peraltro alla dichiarazione scritta il ruolo di rendere più agevole l'onere probatorio del creditore.

51. Per una più ampia trattazione sul tema si rinvia alla monografia V. PUTORTI, op. cit. p. 215 ss.

52. In questo senso, vedi: Cass. 23 luglio 1991 n°8199, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Obbligazioni in genere*, n°43; Cass. 28 novembre 1992, ivi, voce cit., n°25; Cass. 9 gennaio 1997 n°97 cit. Cass. 21.12.2012 n. 23823 in *I Contratti*, p.553; Cass. 22 maggio 2015 n. 10546.

53. Le sentenze cui si fa riferimento nel testo sono: Cass. 3 maggio 1930 n°1507, in *Rep. giur. it.* 1930 voce *Obbligazioni e contratti* n°75 e Cass. 27 luglio 1933 n°3173, in *Mass. Foro it.*, 1933, p. 617.

54. La massima della sentenza Cass. 3 maggio 1930 n° 1507 cit. stabilisce che “la parte adempiente, anche prima della scadenza del termine apposto al contratto, può chiedere giudizialmente l'esecuzione del contratto stesso o il risarcimento del danno, quando l'altro contraente dichiara di non voler eseguire la prestazione per inesistenza del vincolo. In tale ipotesi, accertata la sussistenza dell'obbligazione, è legittima la condanna della parte inadempiente ad eseguire la prestazione futura.

55. Cass. 8 ottobre 1963 n°2677, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 651, la quale ha rigettato la domanda di risoluzione del contratto proposta dal creditore in quanto, contrariamente a quanto sostenuto dagli attori, ha escluso che la lettera a loro spedita dagli affittuari contenesse un rifiuto di pagare il canone dovuto. Per cui, la successiva dichiarazione secondo la quale il rifiuto di adempiere equivale ad inadempimento, assume nel contesto della motivazione il valore di mero *obiter dictum*. Così pure non del tutto pertinente appare il richiamo a Cass. 18 luglio 1962 n° 1919, in *Rep. giust. civ.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti* n°191, dal momento che detta pronunzia si

in presenza di una dichiarazione di non voler adempiere resa alla controparte dopo che l'obbligazione era divenuta esigibile⁵⁶; oppure, ancora, si versava in una situazione nella quale il predetto rifiuto era accompagnato da gravi sintomi di incapacità patrimoniale⁵⁷ o da una serie di atti, omissivi o commissivi, confermativi della volontà di non adempiere, che avevano gravemente pregiudicato la futura attuazione del regolamento di interessi⁵⁸.

Emblematica, da questo punto di vista, è la pronunzia⁵⁹ che ha deciso il caso in cui un'acquirente, gravato dall'obbligo di non rivendere la merce acquistata in determinati mercati, aveva manifestato la volontà di non adempiere e prima di tale dichiarazione aveva intrapreso una serie di trattative con altro venditore in violazione del predetto specifico patto di esclusiva. Sicché, nella fattispecie concreta, è stata proprio tale violazione che ha generato una fattispecie di inadempimento immediatamente rilevante ai sensi dell'art. 1222 c.c.⁶⁰.

riferisce ad una fattispecie caratterizzata dalla presenza non già dalla mera dichiarazione di non voler adempiere, ma anche da atti e fatti univoci che rendevano inverosimile l'adempimento alla scadenza del termine.

56. Il riferimento è a Cass. 14 febbraio 1967 n° 364, in *Giur. it.*, 1961, p. 35, che ha ravvisato l'inadempimento del venditore nel rifiuto di consegnare l'autoveicolo, già disponibile, in luogo diverso da quello originariamente pattuito nel contratto. Ma è evidente che, essendo l'obbligazione già esigibile, nessuna indagine si è resa necessaria né sul termine convenuto, né su un eventuale inadempimento anticipato.

57. F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto* (diretto da Roppo), V. *Rimedi*, 2, Milano, 2006 pp. 429-430, che nel richiamare alcune decisioni giurisprudenziali che hanno equiparato il rifiuto di adempiere motivato da una insufficienza patrimoniale all'inadempimento (Cass. 18 maggio 1965 n°956, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1934; App. Napoli 11 marzo 1963) osserva come in siffatte situazioni più fondato appaia il ricorso all'eccezione dilatoria ex art. 1461 c.c.

58. Cass. 27 luglio 1933 n°3173 cit. In questo senso e nello stesso periodo Cass. 11 gennaio 1935 n°128, in *Mass. Foro it.*, 1935, n°26, che afferma che i fatti sintomatici dell'inadempimento oltre ad essere positivi debbono essere anche non equivoci. Cass. 17 gennaio 1949 n°46, in *Giur. compl. cass. civ* 1949, p. 58, immediatamente successiva a quelle che hanno determinato la svolta, la cui massima è così formulata "la risoluzione del contratto può verificarsi anche prima della scadenza del termine, quando uno dei contraenti, con atti positivi, manifesti la sua intenzione di non adempiere". Mentre dalla motivazione risulta che nelle more del giudizio il termine era da lungo tempo scaduto senza che la parte venditrice avesse dimostrato di essere disposta ad eseguire la sua obbligazione; per cui – afferma la Cassazione – essendosi in presenza un inadempimento vero e proprio, non vi era motivo per non accogliere la domanda di risoluzione. Non solo, ma sempre in detta sentenza si precisa che la preclusione all'adempimento ex art. 1453 c.c. si verifica solo se al momento della domanda di risoluzione il termine è già scaduto, altrimenti, fino alla scadenza, il debitore può sempre eseguire la prestazione, anche perché per l'accoglimento della domanda è necessario che essa risulti fondata al momento in cui la controversia deve essere decisa.

59. Cfr. Cass. 9 gennaio 1997 n°97 cit., la quale ha deciso una controversia relativa ad un contratto di compravendita in cui la parte acquirente si era assunta l'obbligo di non rivendere la merce acquistata nei mercati mediorientali per soddisfare uno specifico interesse della controparte; e precisamente al fine di evitare turbative ai consolidati rapporti d'affari mantenuti con i venditori in esclusiva di quella determinata merce negli Stati del Medio Oriente. Stipulato il contratto, l'acquirente aveva però, dapprima, intrapreso della trattative con uno dei venditori esclusivi perché provvedesse a vendere la merce in Libano e qualche giorno dopo aveva manifestato esplicitamente alla controparte il fermo proposito di non adempiere l'obbligazione di non fare. Per cui è evidente come sia stata proprio la trattativa intercorsa con l'esclusivista libanese che, seguita dalla predetta dichiarazione, ha reso verosimile il futuro inadempimento dell'acquirente.

60. Sull'inadempimento delle obbligazioni negative, vedi: P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazio-*

Così, pure, significativa è la decisione della Suprema Corte che, nel ribadire l'ammissibilità di inadempimento *ante diem*, ha precisato che a tal fine è necessario che il rifiuto di adempiere, manifestato dal debitore in violazione degli obblighi di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., sia confermato da una concreta attività materiale, la quale renda "antieconomica o impossibile la prosecuzione del rapporto"⁶¹. Antieconomicità, però, che non necessariamente deve identificarsi con il peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore, in quanto è sufficiente che il comportamento del contraente, valutato alla stregua della specifica prestazione da adempiere e delle concrete circostanze che caratterizzano l'*iter* attuativo del rapporto, rendano ragionevolmente certa la mancata realizzazione dell'assetto di interessi programmato dalle parti, di guisa che risulta antieconomico mantenere in vita il vincolo negoziale fino alla scadenza del termine.

In realtà, proprio da ultimo, la Suprema Corte⁶² - decidendo il caso in cui un promittente venditore di un immobile, pur avendo ricevuto gli acconti concordati, aveva dichiarato di non voler adempiere al preliminare e aveva offerto in vendita l'immobile ad altre persone - ha chiarito che se il debitore, in violazione dell'obbligo di buona fede, "tiene una condotta incompatibile con la volontà di adempiere alla scadenza", e dunque risulti conclamata la volontà di non adempiere, l'altra parte può far ricorso al rimedio di cui all'art. 2932 c.c. Il che è particolarmente significativo proprio perché, in quest'ipotesi, essendosi in presenza di un'azione di adempimento ex art. 2932 c.c. e non già di risoluzione - come invece era accaduto nelle precedenti ipotesi - la Suprema Corte ha chiarito che la presenza di un comportamento materiale confermativo del rifiuto di adempiere è

mi, cit., p.168 ss.; il quale osserva che gli obblighi di non fare del tipo di quelli oggetto della citata decisione, se inadempiti, legittimano l'ingresso dell'azione risarcitoria e di risoluzione, mentre risulta del tutto impraticabile l'azione di adempimento coattivo.

61. Cass. 21.12.2012 n. 23823 in *I Contratti*, con nota di M. DELLA CHIESA, *Inadempimento e risoluzione*, cit. p. 556. Il caso deciso dalla Suprema Corte riguardava un promittente venditore di un immobile che aveva posto in essere dei lavori che non consentivano più di individuare l'unità abitativa (in particolare aveva aperto una porta di comunicazione con l'appartamento adiacente) e, prima della data fissata per la stipula del contratto definitivo, poteva considerarsi ragionevolmente certo (*rectius* "evidente") che l'alienante non avrebbe potuto adempiere esattamente la propria obbligazione. Di qui l'inadempimento anticipato e la condanna a pagare al promissario acquirente il doppio della caparra confirmatoria ricevuta al momento della conclusione del preliminare.

62. Cass. 22 maggio 2015 n.10546 cit., ha ravvisato un inadempimento anticipato nella dichiarazione di non voler adempiere del promittente venditore di un immobile che, dopo aver ricevuto gli acconti concordati, aveva offerto in vendita l'immobile ad altre persone. Anche in tal caso è dato rilevare come sia stato proprio il comportamento in concreto tenuto dal promittente venditore e non già la sola dichiarazione di non voler adempiere che ha indotto la Suprema Corte a ravvisare una fattispecie di inadempimento prima della scadenza del termine fissato per la conclusione del contratto definitivo. Non solo, ma la predetta decisione ha stabilito altresì che l'obbligo di eseguire offerta formale di adempimento, previsto dal terzo comma dell'art. 2932 c.c. quale condizione per l'accoglimento della domanda, non operi quando la prestazione non sia ancora esigibile. In tal caso, conseguentemente, il contraente che intenda avvalersi dell'azione *de quo* può limitarsi a formulare un'offerta di adempimento anche non formale o per intimazione ai sensi degli artt. 1208 e 1209 c.c. purché espressa in modo tale da escludere ragionevoli dubbi sulla concreta intenzione della parte di adempiere.

richiesta non per il giudizio di gravità ex art. 1455 c.c., bensì per la configurazione stessa di una fattispecie di inadempimento anticipato.

6. Conclusioni.

La valutazione della prassi giurisprudenziale e delle più recenti tendenze normative emergenti a livello comunitario e transnazionale, che ampliano il sistema delle fonti e che costituiscono attualmente un punto di riferimento costante ed ineludibile per l'interprete⁶³, chiariscono, dunque, l'effettivo rilievo che assume oggi il rifiuto anticipato di adempiere. Rilevanza che si traduce nell'ingresso di una pluralità di tecniche rimediali, le quali possono essere sia di natura dilatoria e cautelare, sia di carattere finale, quali l'azione risarcitoria, di adempimento ex art. 2932 c.c. o risolutoria⁶⁴.

In realtà, è l'odierno, complesso, articolato, ma unitario sistema ordinamentale, quale risulta composto sia dalle fonti di origine interna che sovranazionale, dai principi di diritto europeo dei contatti e dal principio di effettività della tutela⁶⁵ che induce a includere il rifiuto di adempiere manifestato dal debitore prima della scadenza del termine tra le ipotesi di inadempimento anticipato⁶⁶. I predetti testi normativi, unitamente alle disposizioni di origine interna, rappresentano un punto di riferimento centrale sia per la costruzione di una fattispecie di inadempimento anticipato, sia ai fini dell'individuazione dei rimedi più adeguati a garantire, in questa fase, un'adeguata tutela all'interesse creditorio. Infatti,

63. Sulla rivalutazione della prassi e sul ruolo sostanziale che essa e la scienza giuridica rivestono all'interno "dei reali meccanismi propulsori dell'ordine giuridico", si vedano gli scritti di P. Grossi, *ex multis*, di recente, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 6, dove si sottolinea che il diritto "appartiene alla società [...] esprime la società più che lo Stato", è "il tessuto invisibile che rende ordinata la nostra esperienza quotidiana", esprime, cioè, "i valori di una civiltà e – ordinandola – la salva". Il che serve a comprendere l'attuale crisi della statualità del diritto, la quale nasce proprio dall'avvertita insufficienza della legge nazionale ad ordinare una società globale, nella quale è il potere economico che "conia nuovi e più congeniali istituti giuridici" ed in cui "è spesso la prassi il laboratorio virulento dove il nuovo diritto prende forma" (p. 253). Prassi che ha non solo segnato il declino della legge, ma che si inserisce in un mutato e assai più complesso sistema delle fonti, che si esprime in molteplici dimensioni, ordinaria, costituzionale, soprannazionale (v. *Diritto, Stato, Società*, cit., p. 242) ed in cui al criterio della "validità, ossia della corrispondenza a "un modello generale autorevole", si è sostituito quello della "effettività, cioè della capacità che ha una regola o un istituto di essere concretamente osservato, applicato" (v. *L'Europa del diritto*, cit., p. 255).

64. A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1989, p. 1314, che sottolinea come attraverso una reinterpretazione del dato normativo, che tenga conto degli interessi in gioco, sia possibile dimostrare l'irragionevolezza di una soluzione che neghi rilievo alla risoluzione anticipata del contratto, soprattutto se comparata al caso dell'impossibilità anticipata imputabile.

65. S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Per. Merv.* 2016, p. 136 ss. che rileva come tale principio stia innovando il diritto contrattuale, spostando "il baricentro dal fondamento di un istituto agli interessi che questo o quel rimedio mirano a soddisfare".

66. Si è osservato come l'assenza di una specifica norma non possa precludere l'accesso ad un determinato rimedio poiché occorre pur sempre che l'interprete valuti ogni soluzione "sul piano logico e assiologico, tenendo conto degli interessi coinvolti e dell'intero sistema ordinamentale, senza fermarsi al solo dato letterale" (G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 36).

avendo riguardo ai diversi profili problematici che l'anticipato rifiuto di adempiere pone, particolare rilievo riveste la valutazione della dimensione che, in concreto, assume l'interesse violato, e la conseguente esigenza di armonizzare la sua tutela con la logica interna dello strumento di tutela invocato dal creditore, in modo da evitare possibili distorsioni surrettizie delle funzioni connesse ai singoli rimedi. Il che, indubbiamente, rende molto più difficile, ma allo stesso tempo più fecondo, il ruolo dell'interprete⁶⁷, al quale spetta il compito non solo di individuare i principi e le norme applicabili alle singole e concrete fattispecie nell'ambito dell'attuale complesso e articolato sistema delle fonti, ma anche di saper graduare l'ingresso delle tutele in funzione del necessario bilanciamento tra i molteplici e concreti interessi sottesi alla singola e concreta operazione negoziale.

67. Così G. FURGIUELE, *Notazioni sull'insopprimibile nesso fra diritto e interpretazione.*, in *Quad. fior. Storia pens. Giur. Moderna*, 2010, p. 781 ss.

IN TEMA DI *INIURIA*

MARIANGELA RAVIZZA
Ricercatore Università di Firenze

SOMMARIO. 1. Evoluzione del concetto di *iniuria*. – 2. Editti speciali – 3. *Occentatio* e *malum carmen incantare* – 4. Cic. *de rep.* 4.10.12. – 5. *L'occentatio* nei passi plautini – 6. Conclusioni.

1. Il delitto d'*iniuria*¹, che trovò com'è noto la sua prima regolamentazione giuridica nelle XII Tavole, prevede inizialmente solo la figura dell'*iniuria* semplice², punita con una pena di venticinque assi. A distanza di breve tempo arrivò poi a comprendere anche l'*os fractum*³ e il *membrum ruptum*⁴, repressi rispettivamente con una pena pecuniaria di trecento o centocinquanta assi a seconda che la persona lesa fosse un libero o uno schiavo, e con la pena del taglione qualora le parti non si accordassero per una composizione pecuniaria⁵.

1. La parola *iniuria*, derivando da «*ius*» più la particella privativa «*in-*», assume il significato di “ingiustizia”. P. HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, in *Mélanges Appleton*, Lyon-Paris, 1903 (rist. Roma, 1971), p. 90, ha ritenuto che, oltre questa accezione, il termine ne avesse anche un'altra, più antica, quella di “atto di violenza”. G. PUGLIESE, *Studi sull' «iniuria»*, Milano, 1941, pp. 15-16 e nt. 1, tuttavia, osserva che la violenza è un elemento che viene a caratterizzare moltissime fattispecie che non rientrano nel concetto d'*iniuria* e che peraltro un gran numero di testi dimostra che molto spesso quest'ultimo termine viene contrapposto a *vis*. L'*iniuria*, quindi, non è solo l'atto violento, ma l'atto violento ingiusto. L'unica accezione ammissibile, dunque, è quello di «atto contrario alla giustizia».

2. XII Tab. 8.4: *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae <asses> sunt*. Per *iniuria* si intende l'atto violento anti-giuridico che non produce lesioni e non lascia tracce esterne. La mancanza di un segno apparente, che impediva di poter commisurare la pena all'azione delittuosa, spiega perché l'*iniuria* non potesse essere punita legalmente col taglione: così G. PUGLIESE, *Studi cit.*, p. 10. Per S. DI PAOLA, *La genesi storica del delitto d'iniuria*, in *Ann. Univ. Catania*, 1946-47, I, p. 285 ss., con il termine *iniuria* si faceva riferimento a “quelle offese materiali al corpo umano che vanno dallo schiaffo alla ferita la quale, se pure lascia qualche traccia, tuttavia non incide benché minimamente sulla funzionalità di una qualsiasi parte del corpo”.

3. XII Tab. 8.3: *Manu fustive si os fregit libero, CCC <assium>, si servo, CL <assium> poenam subito*.

4. XII Tab. 8.2: *Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto*. Per *membrum ruptum* si intende “qualunque lesione fisica che non comporti la frattura di un osso e turbi o annulli, temporaneamente o permanentemente, la normale funzionalità di un membro o di un organo”: così G. PUGLIESE, *Studi cit.*, pp. 10 e 33, sulla scia di CH. APPLETON, *Nôtre enseignement du droit romain. Ses ennemis et ses défauts*, in *Mélanges Cornil*, I, Paris, 1926, p. 51 ss. Diversamente P. HUVELIN, *La notion*, cit., p. 10, che attribuisce a *membrum ruptum* il significato di amputazione di un arto. Lo studioso ritiene infatti che se la legislazione decemvirale conservò la pena del taglione per il *membrum ruptum*, ciò dipese dalla maggiore gravità di questo delitto rispetto all'*os fractum*: di conseguenza, non poteva che consistere nell'amputazione di un membro. CH. APPLETON, *Nôtre enseignement*, cit., p. 57, ritiene che il taglione non fosse una pena più grave rispetto a quella pecuniaria. Diversamente S. DI PAOLA, *La genesi storica cit.*, I, pp. 276 ss. e 281: la gravità dell'offesa, ritiene lo studioso, non va valutata in base alla gravità obiettiva dell'atto materiale, ma in base alle conseguenze dell'atto stesso: si aveva dunque *membrum ruptio* nel caso in cui, con o senza frattura di un osso, all'atto di violenza seguiva l'alterazione permanente di un organo o di un membro, *osis fractio* nel caso in cui l'evento si limitava alla frattura di un osso, senza alcuna conseguenza permanente sulla funzionalità di un organo o di un membro.

5. Appare preferibile, sulla scia di G. PUGLIESE, *Studi cit.*, p. 5 ss., considerare la *membrum ruptio* e l'*os fractum* non come figure qualificate di *iniuria*, tesi sostenuta da altri studiosi, ma come delitti diversi. Ciò sia perché le

Si trattava quindi, in un primo tempo, di delitti volti a reprimere unicamente comportamenti che avevano causato lesioni corporali⁶ e solo l'evoluzione lenta e graduale che ne seguì, aprì la strada, grazie all'importante opera del pretore, all'ampio concetto di ingiuria previsto dall'odierna disciplina.

Il passaggio da una vendetta indiscriminata e non proporzionata all'offesa subita ad un'altra più temperata, costituì indubbiamente una prima tappa importante: tramite la pena del taglione, infatti, si rispondeva ad un'onta subita con un'altra di pari entità. Questo rimedio, comunque primitivo e incivile, poteva peraltro essere evitato, come abbiamo visto, optando per una pena pecuniaria⁷.

Le XII Tavole venivano dunque a fotografare il momento nient'affatto secondario del passaggio dalla vecchia pena corporale, pur non ancora scomparsa, al pagamento di una somma alla parte lesa come compensazione dell'offesa subita⁸. Spesso, tuttavia, le pene pecuniarie, non ancora suscettibili di poter essere graduate, si rivelavano insufficienti per riparare al danno cagionato all'altra parte. Significativo in proposito il noto episodio relativo al cavaliere Lucio Verazio che – come racconta Gellio⁹ – si divertiva a schiaffeggiare le persone a lui antipatiche incontrate per strada alle quali il suo servo, che lo seguiva con una borsa piena di denaro, corrispondeva la modica somma di venticinque assi, come pagamento della *poena* prevista¹⁰. Furono proprio l'esiguità delle pene, la loro fissità e la ristrettezza dei casi contemplati a indurre il pretore a rivedere la disciplina sull'*iniuria*, ormai palesemente inadeguata. Verso la metà del II sec. a.C., il magistrato introdusse quindi

norme decemvirali che li prevedono non fanno il minimo riferimento all'*iniuria*, sia per la diversa natura delle pene: da una parte il taglione, con cui all'inizio si puniva sia il *membrum ruptum*, sia l'*os fractum*, e dall'altra la pena pecuniaria per l'*iniuria* semplice.

6. Cfr. G. CORNIL, *Ancien droit romain: le problème des origines*, Bruxelles-Paris, 1930, p. 80 ss.; PUGLIESE, *Studi* cit., p. 5. Diversamente V.L. DA NOBREGA, *L'«iniuria» dans la Loi des XII Tables*, in *Romanitas*, 1967, 8, p. 269 ss., secondo il quale il dispositivo di Tab. 8.4 faceva riferimento più alle offese morali che a quelle fisiche, e cioè prendeva in considerazione l'attentato alla personalità; J. PLESCIA, *The Development of «iniuria»*, in *Labeo*, 23, 1977, p. 275, fa risalire l'inizio dell'*iniuria*, inerente al *ius*, alla promulgazione delle XII Tavole, e quello degli altri delitti come l'*ossis fractio*, la *membrum ruptio*, il *malum carmen* e l'*occensatio*, riguardanti il *fas*, ad un periodo precedente alla legislazione decemvirale. Col tempo, quando si passò da una composizione pecuniaria ad una pena stimata discrezionalmente dai *recuperatores*, si ebbe, afferma lo studioso, un'evoluzione dal *fas* al *ius* e la possibilità di prendere in considerazione il grado di colpevolezza. La nozione di *iniuria* dunque ebbe un ruolo decisamente rilevante nel passaggio da una responsabilità oggettiva ad una soggettiva.

7. Sul tema B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², Milano, 1998, p. 60 ss.

8. J. PLESCIA, *The Development of «iniuria»*, cit., p. 288.

9. Gell. 20.1.13 relativo ad un dialogo tra il filosofo Favorino di Arelate e il giurista Frontone sulla pena nelle XII Tavole. Il filosofo, sostenendo l'eccessiva esiguità della pena, ricordava che anche Labeone (il cui pensiero è riportato da Ulpiano in D. 10.15.26) disapprovava questa norma.

10. In proposito G. GALENO, *Verazio il cavaliere, Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, IV, Napoli, 1984, p. 1883 ss.; A. GUARINO, *Labeone e gli schiaffi*, in *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, p. 125 ss.; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, p. 185; V. SCARANO USSANI, *Gli «scherzi» di Lucio Verazio*, in *ZPE*, 1992, 90, p. 127 ss.

un'*actio iniuriarum aestimatoria* con la quale la pena, commisurata di volta in volta all'entità dell'offesa, veniva stabilita dai *recuperatores* sulla base di criteri di equità¹¹. Quando infine, ampliandosi il concetto di *iniuria*, si sentì l'esigenza di dare unità agli attentati contro la persona fisica, fu emanato, probabilmente, l'editto generale '*de iniuriis aestimandis*'¹².

2. Successivi interventi pretorii, relativi a singole figure delittuose, presero in considerazione le ingiurie morali, non contemplate nella precedente disciplina decemvirale sull'*iniuria* e considerate ormai intollerabili in una società più progredita che, anche a seguito del contatto con popolazioni maggiormente evolute, incominciava ad attribuire la giusta rilevanza al decoro, all'onore, alla reputazione di una persona e a perseguirne quindi le relative offese, compiute oralmente o per iscritto. Inizialmente, e in armonia con quanto già si era verificato in Grecia e presso i popoli germanici, la repressione fu limitata agli insulti proferiti contro determinate persone e in luoghi nei quali non si ammetteva in alcun modo che la pace potesse subire qualche turbamento¹³.

Presupposti imprescindibili affinché le affermazioni ingiuriose potessero essere perseguite erano la loro falsità e infondatezza. Bisognava infatti tener conto del fatto che le conseguenze sarebbero state molto pesanti per il cittadino perché la sua cattiva fama avrebbe comportato una sorta di condanna popolare: un soggetto ritenuto indegno dal popolo avrebbe potuto addirittura essere estromesso dalla società¹⁴.

È pur vero che non tutte le offese morali erano passibili di punizione: vi erano infatti dei casi in cui i romani restavano indifferenti di fronte ad atteggiamenti di scherno, a scherzi pesanti, a declamazioni ingiuriose nei confronti di altre persone. Vi erano delle feste in occasione delle quali era consentito un linguaggio libertino e privo di remore: si poteva quindi far uso dei versi fescennini, con cui i servi potevano esprimere liberamente

11. Gell. 20.1.13. Gai 3.224: ... *sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex, qui possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem*. Gaio ci informa che nella fase in *iure* il pretore, d'accordo con le parti, inseriva nella formula la richiesta della pena; in quella *apud iudicem*, il giudice aveva la possibilità di condannare o alla somma richiesta o ad una minore, ma non maggiore. Nel caso di ingiuria grave (*iniuria atrox*), era lo stesso pretore ad effettuare la valutazione; una volta inserita la somma nella formula, il giudice, per rispetto all'autorità del pretore, generalmente non usava diminuirla. Sul tema, A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, New Jersey, 1999, p. 207.

12. In tal senso G. PUGLIESE, *Contributi*, cit., p. 103.

13. La prima legislazione, attribuita a Solone, reprimeva, in Atene, solo le cattive parole pronunciate contro i morti o proferite nei templi, nei tribunali, nei locali amministrativi o durante i giochi pubblici; in seguito una legge prevede un'azione contro colui che pronunciasse delle parole proibite, indicate in un'apposita lista. Anche presso i popoli germanici si punivano inizialmente solo le parole ingiuriose pronunciate in alcune assemblee ed anche più tardi si repressero soprattutto quelle che venivano a turbare la pace di determinati luoghi religiosi: così P. HUVELIN, *La notion*, cit., p. 22 ss.

14. M. MARRONE, *Considerazioni in tema di "iniuria"*, in *Synthese V. Arangio Ruiz*, Napoli, 1964, p. 479 (= *Scritti giuridici*, I, p. 133).

il loro risentimento nei confronti dei padroni, o dei *carmina triumphalia*, pronunciati dai soldati, al seguito del loro comandante, nel giorno del trionfo. La legge della Nemese aveva lo scopo di garantire la giusta proporzione tra fatti negativi e positivi, e cioè di salvaguardare la situazione di equilibrio prestabilita dal Destino. Di conseguenza, ad un evento lieto doveva necessariamente seguirne uno triste, così che il male compensasse il bene: ciò consentiva ad esempio di insultare un agricoltore che avesse ottenuto un buon raccolto o gli sposi nel giorno del loro matrimonio¹⁵. Ma, al di fuori di questi casi, la pronuncia di frasi gravemente offensive, tali da ledere il decoro e la reputazione altrui, fu affidata alla disciplina del pretore.

È da precisare, tuttavia, che i nuovi delitti disciplinati dal magistrato non rientrarono inizialmente nel concetto di *iniuria* e di conseguenza non vennero perseguiti con l'*actio iniuriarum*; ciò fu solo effetto di una costruzione dottrinale successiva, che venne ad inglobare in una nozione unica e ampia, chiamata *iniuria*, fattispecie diverse, tutte connotate dalla caratteristica dell'ingiustizia¹⁶.

Il primo editto del pretore fu emanato in conseguenza dell'uso piuttosto diffuso nell'antica Roma dell'insulto verbale posto in essere da più persone e suscettibile di provocare una manifestazione chiassosa. Il *convicium*, che diede il nome all'editto, era, secondo Ulpiano¹⁷, una *collatio vocum* e cioè l'unione di più voci che, rumorosamente, mirava ad un insulto (*maleficcium*) nei confronti di un determinato soggetto¹⁸. Presupposto indispensabile, almeno inizialmente, affinché si avesse *convicium* era infatti la presenza di più persone le cui grida venivano a confondersi in una sola voce¹⁹; la pubblicità che inevitabilmente si

15. M. MARRONE, *Considerazioni*, cit., p. 476 ss. (= *Scritti giuridici* cit, I, p. 130 ss.); P. HUVELIN, *La notion*, cit., p. 29 ss.

16. In tal senso P. HUVELIN, *La notion*, cit., p. 106 che aderisce all'opinione di H.F. HITZIG, *Injuria. Beiträge zur Geschichte der injuria im griechischen und römischen Recht*, München, 1899, p. 62 ss.

17. D. 47.10.5.4: *Convicium autem dicitur, vel a concitatione, vel a conventu, hoc est a collatione vocum: cum enim in unum complures vocem conferuntur, convicium appellatur, quasi convocium*. Cfr. anche D. 47.10.5.11: *Ex his apparet non omne maledictum convicium esse: sed id solum quod cum vociferatione dictum est*. Un significativo esempio di *convicium*, secondo A.D. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, Milano, 1979, p. 58 ss., era rappresentato dalle grida che spesso, durante le *contiones*, provenivano dalla folla in segno di protesta verso magistrati e personaggi politici. Di conseguenza, il *convicium* non avrebbe rappresentato, all'inizio, la pronuncia di *maledictum*, connotazione che invece avrebbe assunto solo dopo l'età ciceroniana.

18. Non era concepibile un *convicium* generico, verso soggetti indeterminati: l'incertezza del soggetto leso avrebbe reso impossibile tutelare quest'ultimo: D. 47.10.15.9: *"Cui" non sine causa adiectum est: nam si incertae personae convicium fiat, nulla executio est*. Sull' *edictum de convicio* v. M.J. BRAVO BOSCH, *La injuria verbal colectiva*, Madrid, 2007, p. 71 ss.; S. FUSCO, *Studi sull'iniuria: l'edictum de convicio*, in *Diritto@Storia*, 2013, p. 11. Era invece possibile che si avesse *convicium* nei confronti di una persona assente come emerge dal pensiero di Labeone riportato da Ulpiano: *Convicium non tantum praesenti, verum absenti quoque fieri posse Labeo scribit, proinde si quis ad domum tuam venerit te absente, convicium factum esse dicitur. idem et si ad stationem vel tabernam ventum sit, probari oportere* – D. 47.10.15.7.

19. È pur vero, tuttavia, che Ulpiano in D. 47.10.15.5 allude alla possibilità che anche un solo individuo possa fare *convicium*: *Sive unus, sive plures dixerint, quod in coetu dictum est, convicium est, quod autem non in coetum, nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur, sed infamandi causa dictum*; ma, pur ammettendo che la voce possa provenire dal singolo membro del gruppo, l'espressione *in coetu*, presente nel testo, sembra presupporre

dava all'offesa, connotava quest'ultima di particolare gravità. Ma non ogni vociferazione era vietata: l'editto comminava una pena pecuniaria solo contro gli autori di un *convicium adversus bonos mores*²⁰, cioè contro coloro che avessero agito in gruppo e con schiamazzi ingiuriosi in onta ai buoni costumi. Ulpiano precisa, inoltre, che questi ultimi non erano da intendersi in senso soggettivo, ma che dovevano essere riferiti a quelli della *civitas*, e quindi a quei modelli comportamentali rispettati generalmente dalla società²¹.

È probabilmente su questo editto che si fondarono le azioni intentate da due poeti nei confronti di alcuni attori che li avevano insultati durante alcune rappresentazioni teatrali. L'Autore della Retorica ad Erennio ci informa che Gaio Lucilio, poeta satirico, intentò un'azione contro le ingiurie recategli da un attore che sulle scene lo aveva offeso chiamandolo per nome, ma la sua domanda fu rigettata dal giudice Celio²². La medesima fonte²³ ci riferisce di un altro processo, instaurato per un motivo analogo dal poeta Accio, ma con un diverso epilogo perché quest'ultimo ottenne la condanna del suo offensore da parte di Q. Mucio Scevola. Non si hanno informazioni sui reali motivi che determinarono le due diverse conclusioni, che furono forse da imputare semplicemente a eventi differenti verificatisi nei due casi, e di cui non siamo a conoscenza, o ad una valutazione difforme delle circostanze effettuata dai giudici.

Entrambi i giudizi si svolsero, con grande probabilità, in un'epoca in cui il pretore aveva già emanato il suo *edictum de convicio* che fu quindi verosimilmente applicato nei confronti degli attori insolenti contro uno dei quali, come risulta dalla nostra fonte, fu esperita l'*actio iniuriarum*²⁴.

comunque la necessaria presenza di più persone. In proposito cfr. M. MARRONE, *Rec.* a F. RABER, *Grundlagen Klassischer Injurienansprüche* [Forschungen zum Römischen Recht, 28] in *Iura* 1971, 22, p. 155. È interessante notare che l'editto non puniva solo l'autore dell'illecito ma anche colui che avesse istigato, con una condotta, fortemente provocatoria, un'altra persona al *convicium*: D. 47.10.15.8: *Fecisse convicium non tantum is videtur, qui vociferatus est, verum is quoque, qui concitavit ad vociferationem alios vel qui summisit ut vociferentur*; cfr. anche D. 47.10.15.2: *Ait praetor: qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicitur, quo adversus bonos mores convicium fieret in eum iudicium dabo*.

20. D. 47.10.5.5: *Sed quod adūcitur a praetore, adversus bonos mores, ostendit, non omnem in unum collatam vociferationem praetorem notare: sed eam quae bonis moribus improbat, quaeque ad infamiam, vel invidiam alicuius spectaret*. Cfr. anche D. 47.10.5.2: *Ait praetor: qui adversus bonos mores convicium cui fecisse, cuiusve opera factum esse dicitur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo*.

21. D. 47.10.5.6: *Item ait, adversus bonos mores, sic accipiendum, non eius qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis*. M. MARRONE, *Considerazioni*, cit., p. 480 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 134), precisa, giustamente, la difficoltà di definire in modo esatto l'espressione "adversus bonos mores", la cui valutazione dipende, ed è quindi diversa, dal tipo di società cui vanno riferiti.

22. *Rhet. ad Er.* 2.13.19: *C. Caelius index absolvit iniuriarum eum qui Lucilium poetam in scaena nominatim laeserat, P. Mucium eum qui L. Accium poetam nominaverit condemnavit*. Dagli anni in cui visse Lucilio (148 o 180 a.C. al 102 a.C.) deduciamo che il suo processo ebbe sicuramente luogo quando era già vigente il processo formulare.

23. *Rhet. ad Er.* 1.14.24: *Mimus quidam nominatim Accium poetam compellavit in scaena. Cum eo Accius iniuriarum agit. Hic nihil aliud defendit nisi licere nominari eum, cuius nomine scripta dentur agenda*.

24. P. HUVÉLIN, *La notion*, cit., p. 105 ss. avanza tuttavia qualche perplessità sul fatto che le *actiones* intentate

Un secondo provvedimento emanato dal pretore fu l'*edictum de ademptata pudicitia*²⁵ che, a sua volta, prevedeva tre ipotesi: il *comitem abducere*, l'*appellare* e l'*adsectari*.

Il verificarsi della prima fattispecie²⁶ portava il pretore a colpire coloro che allontanassero con la forza l'accompagnatore di una donna onorata²⁷ o lo persuadessero a lasciarla da sola in una strada pubblica²⁸. Girare in solitudine per le vie della città era tipico delle donne dai facili costumi, e quindi privare quelle rispettabili di una persona che stesse al loro fianco significava accostarle alle meretrici e di conseguenza esporle a cattiva fama. L'editto mirava quindi non a difendere l'integrità sessuale delle donne ma la loro onorabilità²⁹.

L'*appellare* allude invece al "richiamare" una donna rispettabile in modo non costumato. L'abito, come è stato rilevato, rivestiva grande importanza nella punibilità dell'appellare "come segno di discriminazione tra appartenenti a differenti classi sociali"³⁰. Di conseguenza, il caso di maggiore gravità era sicuramente quello dell'*appellatio* rivolta a *virgines* vestite in modo consono alla loro condizione; "meno grave" quello dell'offesa destinata a donne vestite da schiave, "molto meno grave" quella nei confronti delle donne che indossassero abiti da prostitute. Dal punto di vista della pena non vi era però differenza tra queste fattispecie perché Ulpiano ci informa che in tutti i casi poteva essere esperita l'*actio iniuriarum*³¹. È probabile che il giurista intendesse dire che, qualora le matrone non aves-

da Lucilio e Accio fossero *actiones iniuriarum*. *Rhet. ad Er.* 2.13.19, infatti, osserva lo studioso, stranamente fa riferimento ad un *index unus* cui fu rinviata l'istanza, mentre invece competenti a determinare la pena erano i *recuperatores*.

25. L'emanazione di quest'editto dovrebbe risalire, secondo D. DE LA PUERTA MONTROYA, *Estudio sobre el "Edictum de ademptata pudicitia"*, Madrid, 1992, p. 52, ad un periodo successivo alla *lex Scatinia*, e quindi dopo il 220 a.C. Il riferimento a *nuptae*, *viduae* e *virgines*, e quindi ai soggetti tutelati da quest'editto, presente in Plaut. *Cur.* pp. 35-38, ha portato E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano 1995, 141 ss., a ritenere che l'emanazione sia precedente al 193 a.C. Su tale editto v. anche R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der Klassischen Injurienklage*, in *ZSS*, 1974, 91, p. 258 ss.

26. Fattispecie prevista in D. 47.10.15.16-18.

27. Venivano infatti tutelate le donne di *spectata pudicitia*, cioè di comprovata onorabilità. Ci si appellava spesso alla *dea Pudicitia*, di cui fa menzione Liv. 10.23.3-10 e Val. Max. 6.1.1, non solo affinché salvaguardasse l'onorabilità delle matrone romane, che rimaneva il valore principale cui dovevano costantemente conformarsi, ma anche nei momenti di pericolo per Roma. C'era infatti un rapporto strettissimo tra la condotta femminile e gli eventi legati alla vita pubblica. Il mancato rispetto del dovere di *pudicitia* spesso non significava infrangere solo l'etica individuale ma, come nel caso delle vergini Vestali, sconvolgere la vita dell'intera comunità.

28. M. MARRONE, *Considerazioni*, cit., p. 135 (= *Scritti giuridici*, cit., I, p. 481).

29. G. PUGLIESE, *Studi* cit., p. 54.

30. S. FUSCO, *Edictum de ademptata pudicitia*, in *Diritto@Storia*, 9, 2010, par. 3.

31. D. 47.10.15.15: *Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur, multo minus si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent; si igitur non matronali habitu femina fuerit, et quis eam appellavit, vel ei comitem abducit, iniuriarum tenetur*. Una spiegazione di questa disciplina alquanto anomala è stata offerta da A. GUARINO, *Le matrone e i pappagalù*, in *Lezioni di gureconsulti*, Napoli, 1978, p. 165 ss.; lo studioso ipotizza la presenza di un'interpolazione nella frase del passo ulpiano *multo minus si meretricia veste feminae non matrum familiarum vestitae fuissent*. Sarebbe assurdo, ad avviso di Guarino, che una donna di onorata condizione andasse in giro vestita da prostituta; caso diverso è invece quello relativo alla schiava: l'*appellatio* nei confronti di quest'ultima sarebbe stata meno grave perché l'*iniuria* recata ad una

sero indossato l'abito adeguato alla loro condizione, sarebbero state comunque tutelate in virtù dell'*actio iniuriarum* derivante non dall'editto speciale *de adtemptata pudicitia*, ma dall'editto generale *de iniuriis aestimandis*³². È pur vero, infatti, che non c'era l'*animus* di attentare alla *pudicitia* delle matrone, ma c'era comunque l'intenzione di offendere altri individui³³.

Terza ed ultima ipotesi prevista dall'*edictum de adtemptata pudicitia* era l'*adsectari*, verbo che indica il "seguire con insistenza, assiduamente". È ancora una volta Ulpiano a fornirci utili informazioni³⁴. Inseguire una donna nella pubblica via, in maniera silenziosa nonché assillante, ostinata e fastidiosa era il comportamento che si usava tenere nei confronti delle donne di facili costumi. E come per l'*appellare*, la condotta era punibile solo se posta in essere *contra bonos mores*³⁵.

Infine il pretore emanò l'*edictum ne quid infamandi causa* che, a differenza dei precedenti, non prevedeva ipotesi specifiche, ma aveva carattere generale, includendo tutti gli atti infamanti. Diversamente dall'editto sul *convicium*, si applicava agli insulti che non venissero proferiti né *in coetu*, né *vociferatione*. Presupposti imprescindibili affinché si potesse ricorrere a tale editto erano non solo la falsità e l'infondatezza delle accuse rivolte nei confronti dell'altra persona³⁶, ma anche l'esposizione della vittima al pericolo di una diminuzione o di un annullamento della capacità giuridica³⁷.

3. L'evoluzione dell'*iniuria*, nei termini così descritti, è stata accettata, in linea di massima, dalla maggior parte della dottrina. Tuttavia, non pochi studiosi³⁸, argomentando in

familia, rappresentata da una schiava, sarebbe stata valutata diversamente rispetto all'*iniuria* compiuta nei confronti di una persona libera. In questo caso, osserva Guarino, il *dominus* offeso avrebbe potuto esperire l'*actio iniuriarum* derivante dall'editto *de iniuriis quae servis fiunt*. Riguardo alla prima ipotesi, tuttavia, S. FUSCO, *Edictum de adtemptata pudicitia* cit., par. 3, opportunamente fa notare che l'ipotesi ritenuta da Guarino molto difficile da verificarsi, era in realtà tutt'altro che inconsueta. La tendenza di alcune matrone ad atteggiarsi a meretrici trovava la sua spiegazione nel tentativo di frodare la *lex Iulia de adulteriis coercendis* che puniva l'adulterio solo se commesso da donne *bonestae*. Una dichiarazione resa davanti agli edili curuli avrebbe liberato la donna adultera dai vincoli scaturenti dal matrimonio: Tac. *Ann.* 2.85.1-3.

32. In tal senso J. SANTA CRUZ TEJJEIRO-A. D'ORS, *A proposito de los edictos especiales "de iniuriis"*, in *AHDE*, 1979, 49, p. 653 ss.; D. DE LA PUERTA MONTOYA, *Estudio*, cit., p. 77 ss.

33. Così S. FUSCO, *Edictum de adtemptata pudicitia*, cit., par. 3.

34. D. 47.10.15.19: *Tenetur hoc edicto non tantum qui comitem abduxit, verum etiam si quis eorum quem appellavisset, adsectatusve est.* D. 47.10.15.22: *Aliud est appellare, aliud adsectari; (...) adsectatur, qui tacitus frequenter sequitur: adsiduo enim frequentia quasi praebet nonnullam infamiam.*

35. D. 47.10.15.23: *Meminisse autem oportebit, non omnem, qui adsectatus est, nec omnem, qui appellavit, hoc edicto conveniri posse; neque enim si quis colludendi, si quis officii honeste faciendi gratia id facit, statim in edictum incidit, sed qui contra bonos mores hoc facit.*

36. Esempi di accuse infondate sono contenuti in D. 47.10.15.31-33; D. 42.5.31.5; D. 2.8.5.1; Gai 3.220.; D. 47.10.15.27 e 29; Coll. 2.6.5; Sen. *Contr.* 10.1; D. 47.10.15-30; D. 47.10.13.4.

37. Così M. MARRONE, *Considerazioni*, cit., p. 137 ss. (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 483). Anche il seguire insistentemente una persona indossando abiti sporchi e laceri, con capelli lunghi e barba incolta, poteva far subire alla vittima, secondo lo studioso, un notevole pregiudizio giuridico. Qualora infatti quest'ultima, ad esempio, avesse presentato la sua candidatura per una carica pubblica, sarebbe stata esposta al rischio che il magistrato la respingesse.

38. Tra questi, da ultimo, A. MILAZZO, *Iniuria. Alle origini dell'offesa morale come categoria giuridica*, Roma, 2011, p. 190.

particolare da alcune fonti letterarie, hanno avanzato delle perplessità sulla reale portata dell'intervento del pretore. Non sarebbe stato quest'ultimo, infatti, ad estendere l'ambito di applicazione del delitto d'*iniuria* includendovi anche le offese morali: tale illecito sarebbe già esistito, nella sua accezione più ampia, sin dal III sec. a.C. e molto probabilmente sarebbe stato presente anche nella legislazione decemvirale³⁹. Di conseguenza l'intervento pretorio si sarebbe limitato a modificare la pena e quindi la disciplina processuale.

In particolare, a sostegno di tale teoria, gli studiosi fanno esplicito riferimento all'*occenatio* e al *malum carmen incantare*, figure delittuose previste dalle XII Tavole⁴⁰ che non consisterebbero, come ritengono altri⁴¹, in formule magiche, ma in carmi divulgati a scopo di diffamazione⁴². In realtà, in un noto passo di Cicerone, richiamato da Sant'Agostino, l'*occenatio* viene configurata come un atto in grado di procurare infamia e *flagitium* nella vittima:

Cic. de rep. 4.10.12 (in Aug. de civ. Dei 2.9): XII Tabulae, cum perpaucas res capite sancisset, in his hanc quoque sancendam putaverunt: si quis occenatavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. praeculare ... veteribus displicuisse Romanis vel laudari quemquam in scaena vivum hominem vel vituperari ...

Le XII Tavole, ci riferisce Cicerone, comminavano dunque la pena di morte nei confronti di coloro che formulassero sortilegi o componessero poesie in grado di recare ad altri infamia o vergogna. Disposizione lodevole, ad avviso dell'oratore, perché "la vita deve essere considerata non secondo le invenzioni dei poeti, ma secondo i giudizi dei magistrati, e non dobbiamo accettare di ascoltare delle ingiurie se non a patto di avere il diritto di rispondere e di difenderci davanti ad un tribunale"⁴³.

Il pensiero di Cicerone è espresso con chiarezza: non ci sono dubbi sull'esistenza nelle XII Tavole di norme che reprimano duramente l'*occenatio* e il *malum carmen* intesi come carmi diffamatori. Ed è da escludere, a mio avviso, che i 'piccoli tagli' e i 'lievi ritocchi'

39. MILAZZO, *Iniuria*, cit., pp. 190 ss. e p. 175.

40. XII Tav. 8.1a: *Qui malum incantavit ... capite ...* XII Tav. 8.1b: *XII Tabulae cum perpaucas res capite sancisset, in his hanc quoque sancendam putaverunt: si quis occenatavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri.*

41. R. MASCKE, *Die Persönlichkeitsrechte des Römischen Iniuriensystems*, Breslau, 1903, p. 11 ss.; P. HUVELIN, *La notion*, cit., 18 ss.; F. BECKMANN, *Zauberei und Recht in Romsfrühzeit*, Osnabrück, 1923, p. 40 ss.; T. FRANK, *Naevius and Free Speech*, in *AJP*, 1927, 48, p. 105 ss.; E. MASSONEAU, *La magie dans l'antiquité romaine. La magie dans la littérature et les moeurs romaines. La répression de la magie*, Paris, 1934, p. 136 ss.; L. ROBINSON, *Freedom of Speech in the Roman Republic*, Baltimore, 1940, p. 3 ss.; G. PUGLIESE, *Studi*, cit., p. 22 ss.; J. PLESCIA, *The Development of Iniuria*, cit., p. 271 ss.; A. MANFREDINI, *La diffamazione*, cit., p. 23 ss.; B. BISCOTTI, «*Malum carmen incantare*» e «*occenatio*» nelle XII Tavole, in *Testimonium amicitiae*, Milano, 1992, p. 23 ss.

42. Tra gli studiosi che aderiscono alla teoria diffamatoria, Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 794 ss.; H. USENER, *Italische Volksjustiz*, in *RhM*, 56, 1901, pp. 2 ss.; E. FRAENKEL, *rec. a F. BECKMANN, Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*, in *Gnomon*, 1925, 1, 185 ss.; G. LEPOINTE, *L'occenatio de la loi des douze tables d'après Saint Augustin et Ciceron*, in *Rida*, 1955, 2, p. 287 ss.; G. CRIFÒ, *Diffamazione e ingiuria (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, 1964, XII, p. 470; V.L. DA NOBREGA, *Le carmen famosum* cit., 324 ss.; F. RABER, *Grundlagen Klassischer injuriensprüche*, Wien-Köln-Graz, 1969, pp. 108 ss.

43. Cic. de rep. 4.10.12: ... *iudiciis enim magistratum, disceptationibus legitimis propositam vitam, non poetarum ingenii, habere debemus nec probum audire nisi ea lege, ut respondere liceat et iudicio defendere.*

apportati al brano ciceroniano da Sant'Agostino *propter faciliorem intellectum*⁴⁴, siano stati in grado di cambiare la lettura del passo in modo sostanziale.

Una testimonianza di Plinio, tuttavia, contraddice quella di Cicerone affermando in modo altrettanto esplicito che il *malum carmen* non era una poesia diffamatoria ma una formula magica:

Plin. *nat. hist.* 28.2.4.17: *Quid? Non et legum ipsarum in duodecim tabulis verba sunt: qui fruges excantassit et alibi: qui malum carmen incantassit?*

Plinio, nel porsi la questione se i *verba* e gli *incantamenta carminum* abbiano o meno forza magica, cita una norma delle XII Tavole che reprime gli illeciti commessi avvalendosi della potenza incantatoria dei *carmina*: i *carmina*, dunque, sono formule magiche.

Il *carmen*⁴⁵, da cui sono derivati i termini *charme* e *enchanter* (incantesimo e incantare), era formato in origine da varie parole con cadenza ritmica, destinate ad essere recitate, cantate o anche scritte. Non era vietato in se stesso, ma solo qualora si trasformasse in *malum carmen*, in un *carmen contra aliquem*, in un *versus factitare aliquem*⁴⁶, e cioè in un sortilegio mediante la pronuncia di formule magiche dirette a nuocere ad altri. Per lo stesso motivo veniva punita anche l'*occentatio*⁴⁷, incantesimo volto ad attirare malefici contro una persona per vendicarsi di un torto subito; ci si appellava, a questo scopo, alla forza distruttrice degli dei. Anch'essa, dunque, era una vendetta magica.

Non era inusuale che si facesse uso dei sortilegi anche per danneggiare o distruggere i raccolti del vicino⁴⁸. L'importanza delle attività legate all'agricoltura in una società ad economia prettamente rurale qual era quella romana al tempo delle XII Tavole ci fa comprendere il perché venissero repressi severamente alcuni atti che intenzionalmente portavano nocumento ad un altro fondo. Veniva così bruciato sul rogo colui che avesse incendiato l'abitazione di un altro soggetto o i covoni di grano posti vicino ad essa⁴⁹ o

44. Aug. *de civ. Dei* 2.9. Sottolinea il fatto che probabilmente il testo non è stato riportato nella forma originale E. VOLTERRA, *Rec.* a E. MASSONEAU, *La Magie dans l'antiquité romaine*, cit., in *SDHI*, 1936, 2, p. 229.

45. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine*, s.v. 'carmen': «mot ancien, qui désigne une formule rythmée, notamment une formule magique».

46. G. M. MASSELLI, *Riflessi di magia. Virtù e virtuosismi della parola in Roma antica*, Napoli, 2012, p. 188.

47. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, Padova, 1864-1890, s.v. 'occentatio' (*ob+canto*): *occentare est ob, sen ad, vel contra aliquem cantare*. Il prefisso che eventualmente accompagnava il verbo attribuiva una maggiore specificità all'obiettivo cui tendeva l'atto magico, come nel caso di "occentare", "incantare", "excantare".

48. Erano invece consentite, ovviamente, le pratiche magiche nelle campagne per propiziare il raccolto. F. LUCREZI, *Magia, stregoneria e divinazione in diritto ebraico e romano*, Torino, 2007, p. 42, rileva tuttavia come di fronte a comportamenti rozzi e superstiziosi diretti ad attirare la pioggia o a respingere la grandine attraverso formule magiche, Seneca (*nat. quaest.* 4.6.7) e Plinio il vecchio (*nat. hist.* 17.267; 28.29; 28.17.47), invitassero a tenere un comportamento più razionale. Il loro monito, tuttavia, rimase del tutto inascoltato.

49. XII Tab. 8.10 (Gai. D. 47.9.9): *Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari (XII Tabulis) iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est negligentia, aut nosciam sarcire iubetur, aut, si minus idoneus ist, levius castigatur*. Sul tema v. G. MACCORMACK, *Criminal Liability for Fire in Early and Classical Roman Law*, in *Index* 1972, 3, p. 382 ss.; G. MUCCIACCIA, *L'elemento fortuito nel diritto romano e comune*, in

chi, di notte, avesse danneggiato il raccolto altrui ‘spaventandolo’ con canti magici o avesse asportato furtivamente le messi dal campo del vicino⁵⁰. La forza attiva, insita nei riti magici, consentiva di ricorrere ad essi per conseguire effetti dannosi sui destinatari e sui loro beni: non era dunque la magia in se stessa ad essere repressa, ma quella che portasse a violare il diritto di proprietà al fine di causare un danno ad altri o ad arricchirsi a loro spese⁵¹. In questi casi, di cui molti sono stati considerati da gran parte della dottrina ipotesi di “furto aggravato”⁵², non era soltanto la lesione di un interesse economico ad essere punita, ma anche e soprattutto, l’oltraggio recato alla divinità, che a seguito del comportamento delittuoso era stata privata delle primizie. In questi casi, la pena prevista, di carattere prettamente religioso⁵³, era la *suspensio Cereris*: il soggetto che avesse rubato o danneggiato con riti magici le messi altrui, se pubere, veniva impiccato ad un albero sacro e sacrificato a Cerere, dea della fertilità, altrimenti veniva battuto con le verghe e condannato al doppio del danno arrecato⁵⁴. Si trattava dunque di un *piaculum* offerto alla dea per evitare che la sua collera potesse scagliarsi contro l’intera comunità⁵⁵.

AG, 1977, 193, fasc. 2, p. 67 ss. (= *Sull’uso del termine «casus» nel diritto penale romano*, in JRG, 1980, 2, p. 339 ss.); A. WACKE, *Fabrlässige Vergehen im römischen Strafrecht*, in RIDA, 1979, 26, p. 553 ss.; I. MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior im römischen Recht*, in Iura, 1981, 32, p. 75 ss.

50. XII Tab. 8.9 (Plin. nat. hist. 18.12): *Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant gravius quam in homicidio convictum, impubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionem decerni*. E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, 2011, p. 213 ss., riconduce il verbo *pavisse a pavelo* = spaventare. Altri studiosi, invece, fanno risalire il verbo a *pasco*=pascolare: tra questi, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit, p. 58 e A.M. TUPET, *La magie dans la poésie latine*, Paris, 1976, p. 183. Per il contesto in cui si pone la norma, relativo alle formule magiche, credo sia preferibile la traduzione proposta da Eva Cantarella.

51. F. GRAZ, *La magia nel mondo antico* (trad. it. Giovanni Ferrara degli Uberti), Paris, 1994, p. 40; J. SCHEID, *Le délit religieux dans la Rome tarde-républicaine*, in *Le délit religieux dans la cité antique. Tavola rotonda. Roma 6-7 aprile 1978*, Roma, 1981, p. 117 ss.

52. Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 772 ss. e P. HUVELIN, *La notion*, cit., p. 61 ss. *Contra* E. CARRELLI, *Plinio nat. hist. XVIII.3.12 e il delitto di danneggiamento alle messi nel sistema delle XII Tavole*, in *Ann. Univ. Bari*, 1940, 2, p. 1 ss. che sottolinea che non tutte le ipotesi costituiscono furto e anzi ne restano escluse le più importanti. Ai fini dell’applicazione della pena prevista dai decemviri, lo studioso dà rilevanza al grado di maturità cui erano giunte le messi: se infatti ad essere falciate fossero state le messi già mature, e il delinquente fosse stato colto in flagrante così che esse sarebbero potute essere recuperate, il delitto si sarebbe trasformato in un vantaggio per la vittima, liberata dal lavoro della raccolta. Non così nel caso in cui il soggetto avesse falciato nel fondo altrui messi ancora verdi: gli steli sarebbero rimasti sul terreno, ma il raccolto sarebbe andato comunque perduto.

53. Diversamente J. REINACH, *Cérès ou Céréale? Comment les XII Tables châtaient les dégradations rurales*, in *Mnem. Bizoukidès*, Thessaloniki, 1960, p. 1 ss.

54. XII Tab. 8.9 (Plin. nat. hist. 18.12): *Frugem...aratro quaesitam noctu pavisse secuisse puberi XII Tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant, ...impube praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionem decerni*. In proposito cfr. E. CARRELLI, *Plinio nat. hist. XVIII.3.12*, cit., p. 27 ss., il quale, a differenza della dottrina dominante, concorda con P. HUVELIN, *La notion*, cit., p. 63, sul fatto che l’obbligo di *noxiamve duplionem decerni* spettasse non soltanto all’*impubes*, ma anche al soggetto pubere; B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *Ann. Univ. Pal.*, 1953, 23, p. 12 ss.

55. H. LE BONNIEC, *Le culte de Cérès à Rome*, Paris, 1958, pp. 165-171. E. CARRELLI, *Plinio nat. hist. XVIII.3.12*

Alcune formule di carattere magico, punite severamente perché anch'esse in grado di turbare il pacifico svolgimento delle attività agricole, evidenziano una notevole vicinanza all'*occentatio* e al *malum carmen*⁵⁶:

XII Tab. 8.8a (= Plin. 28.4.17-18): *Qui fruges excantassit...*⁵⁷

XII Tab. 8.8b (= Serv. in buc. 8.99): *... nere alienam segetem pellexeris ... capite ...*

Le due fattispecie appaiono ben delineate: un incantesimo volto a distruggere i raccolti del vicino nella prima ipotesi, un rito magico volto ad una *tractio segetum*, ossia a trasportare nel proprio campo le messi del vicino, nella seconda⁵⁸. Tuttavia, alcuni studiosi⁵⁹, prendendo le mosse dall'interpretazione proposta dal *Lexicon* del Forcellini⁶⁰, hanno supposto di poter inglobare in un'unica fattispecie criminosa, quella dell'*excantare*, entrambi i delitti. In realtà anche il *Thesaurus*⁶¹ sembrerebbe interpretare il verbo *excanto* nel senso di trasferire una cosa da un luogo ad un altro. Ma se questo è vero, la norma che impone il divieto di *fruges excantare* deve necessariamente ricomprendere anche il divieto volto all'impossessamento del raccolto altrui. È stato tuttavia osservato⁶², dopo un'accurata disamina delle fonti citate per sostenere questa interpretazione, che i testi addotti non sembra possano ritenersi probanti. Di questi passi, nei quali peraltro manca qualsiasi riferimento al verbo *excanto*, alcuni si collocano in un contesto in cui "elementi tratti dalle tecniche esoteriche si sovrappongono a tipi d'incantamenti autoctoni del mondo latino"⁶³, altri sono diretti "alla ricerca di una certa originalità poetica" tesa a colpire la

cit., p. 37 ss., sottolinea come Cerere non fosse soltanto una divinità tutelare, ma soprattutto una divinità plebea. Di conseguenza, la cerimonia espiatoria starebbe ad indicare, secondo lo studioso, che si era in presenza di "un'attività delittuosa alla cui repressione la plebe era particolarmente interessata al punto da vedere in essa un'offesa ad una delle sue tre divinità tutelari".

56. Plinio (*nat. hist.* 28.4.17) accosta esplicitamente la *fruges excantatio* al *malum carmen incantare*.

57. Lo stralcio più lungo è fornito da Sen. *nat. quaest.* 4.7.2: *et apud nos in XII Tabulis cavetur «ne quis alienos fructus excantassit»*. Cfr. GRAZ, *La magia*, cit., p. 39.

58. Tib. 1.8.19; Ap. *Apol.* 47; Aug. *de civ. Dei* 8.19. Sul tema F. BECKMANN, *Zauberei*, cit., p. 5 ss.; E. MASSONNEAU, *La magie*, cit., p. 136 ss.; A.-M. TUPET, *La magie*, cit., p. 181 ss. A. D'ORS, *Sobre hechizo de cosechas en Las Doce Tablas*, in *Hom. Baroja*, Madrid, 1978, p. 815 ss.; F. ZUCCOTTI, *Qui fruges excantassit*, in *JRG*, 1988, 3, p. 81 ss.; E. CANTARELLA, *Supplizi capitali*, cit., p. 214 ss.

59. A. MANFREDINI, *La diffamazione*, cit., p. 27, nt. 94, il quale ritiene che l'espressione *alienam segetem pellicere* "sia probabilmente un'interpretazione volgare e corrente della locuzione originaria *fruges excantare*".

60. FORCELLINI, *Lexicon*, cit., s.v. *excanto*, p. 333: *Excanto est incantationibus, veneficiis, et magicis artibus elicio, evoco, excire facio, traduco, transfero: nam incantamenta plerumque carminibus et cantionibus fiunt*.

61. *Tb.L.L.*, V, 2, s.v. *excanto*: *i. q. carmine incantatione usum foras citare, excire iubere, evocare (hic illic sic ut evocatum quasi evanidum reddatur ...)*.

62. F. ZUCCOTTI, *Qui fruges excantassit*, cit., p. 94 ss.

63. F. ZUCCOTTI, *Qui fruges excantassit*, cit., p. 103. Lo studioso allude a Verg. *Ecl.* 8.97 ss.: *his ego saepe lupum fieri et se endere sibi Moerim, saepe animas imis excire sepulchris, atque satas alio vidi traducere messis*.

fantasia del lettore⁶⁴, altri ancora sono stati oggetto di un'equivoca lettura⁶⁵.

L'unico testo degno di rilievo in proposito, è tratto dal Commentario di Servio, il solo a prendere in considerazione in modo esplicito il problema:

Serv. *Comm. in Verg. Buc.* 8.99: *Atque satas alio vidi traducere messes magicis quibusdam artibus hoc fiebat: unde est in XII tabulis neve alienam segetem pellexeris: quod et Varro et multi scriptiores fieri deprehensum adfirmant.*

Il rilievo assegnato al passo deriva dall'essere l'unica testimonianza che colleghi direttamente la locuzione *traducere messis* alla norma decemvirale *neve alienam segetem pellexeris* (XII Tab. 8.8b), senza porla quindi in relazione con il verbo *excanto*⁶⁶.

Appare dunque preferibile accogliere l'opinione tradizionale e scindere le due fattispecie previste nella legislazione decemvirale, intendendo con l'espressione '*qui fruges excantare*' l'operazione magica tesa unicamente allo scopo di distruggere le messi: esse, attraverso la magia, vengono liberate dalla spica e muoiono prima di giungere a maturazione. È vero tuttavia che l'uso traslato che molto spesso si fa del verbo *excanto*, così da farlo coincidere con il verbo *incanto*, rende difficile attribuire ai verbi *canto*, *excanto*, *incanto* significati magici nettamente differenziati, così che vengono usati molto spesso come sinonimi⁶⁷.

Dai testi esaminati non sembra dunque esservi traccia, nella legislazione decemvirale, di norme che puniscano l'*occentatio* e il *malum carmen* come atti diffamatori. Ma torniamo al testo di Cicerone.

4. La maggior parte degli studiosi ha giustificato il noto passo ciceroniano⁶⁸ rinvenendo una clamorosa svista dell'oratore che, fuorviato dalla disciplina ormai in uso ai suoi tempi, aveva attribuito all'*occentatio* e al *carmen condere* previsti nelle XII Tavole lo stesso significato che gli illeciti avrebbero assunto molto tempo dopo. Anche nelle *Tusculanae*⁶⁹, l'oratore ritornava sui carmi infamanti, affermando che la legislazione decemvirale prevedeva una pena nei confronti di chi avesse composto poesie offensive verso altri soggetti.

L'errore compiuto da Cicerone nel ritenere il *malum carmen* sanzionato dalle XII Tavole come un carme diffamatorio, sarebbe stato poi ripetuto da autori successivi. Orazio⁷⁰,

64. Ovid. *Rem. Am.* 253 ss: *me duce non tumulto prodire iubebitur umbra, non anus infami carmine rumpet humus, non seges ex aliis aliis transibit in agros.* Tib. *El.* 1.8.19 ss.: *cantus vicinis fruges traducit ab agris; cantus et iratae detinet anguis iter; cantus et e curru Lanam deducere temptat.*

65. Sen. *nat. quaest.* 4b.7.1-3.

66. F. ZUCCOTTI, *Qui fruges excantassit* cit., p. 122 ss. che peraltro si sofferma su altri testi (Iun. Phil. *Expl.* [I] in *Verg. Buc.* 8.99 e Apul. *Apol.* 47) che sembrano confermare la differenza tra le norme decemvirali (Tab. 8.8a e 8.8b) relative rispettivamente al divieto di *excantatio fruges* e di *alienam segetem pellicere*, ma soprattutto testimoniano che in entrambe le fattispecie del delitto è compiuto *magicis carminibus*.

67. F. ZUCCOTTI, *Qui fruges excantassit*, cit., pp. 127 e 136.

68. Cic. *de rep.* 4.10.12.

69. Cic. *Tusc.* 4.4: *XII Tabulae declarant condi iam tum solitum esse carmen, quod ne liceret fieri ad alterius iniuriam lege sanxerunt.*

70. Hor. *serm.* 2.1.82-83: *Sed tamen, ut monitus caveas ne forte negoti| incutiat tibi quid sanctarum inscitia legum, si mala*

infatti, metteva in guardia dalla poesia satirica perché i versi ingiuriosi non sarebbero rimasti senza conseguenze e richiamava in proposito l'antica legge che prevedeva una punizione per chi avesse pronunciato dei versi oltraggiosi; l'autore delle *Pauli Sententiae* attribuiva la disciplina del *carmen famosum* alle XII Tavole, nonostante l'illecito fosse ascrivibile ad un periodo certamente più tardo⁷¹.

L'ipotesi del fraintendimento è certamente possibile, ma appare poco probabile sia per la perfetta conoscenza, da parte di Cicerone, delle XII Tavole⁷² e dell'efficacia magica dei canti⁷³, sia per la sua fama di discreto conoscitore del diritto che lo aveva portato più volte a confrontarsi con i migliori giureconsulti del suo tempo⁷⁴.

Se leggiamo il citato passo ciceroniano⁷⁵ nella sua interezza, appare plausibile anche un'altra spiegazione. Esso è relativo ad una disputa nel corso della quale Scipione criticava l'uso, vigente ai suoi tempi, di consentire, attraverso la commedia, di attaccare o difendere senza alcuna remora non solo personaggi viziosi e sediziosi contro la repubblica, ma anche uomini che, come Pericle, avevano governato in modo ammirevole la città, declamando ad alta voce il loro nome. Tra i vari personaggi si fa riferimento anche a Nevio che, com'è noto, era stato accusato di aver oltraggiato con versi ingiuriosi anche le influenti famiglie degli Scipioni e dei Metelli. Ancora l'Africano lodava la legge delle XII Tavole, la quale, sebbene avesse decretato la pena di morte per pochissime azioni, l'aveva prevista contro chiunque avesse pronunciato versi o avesse cantato qualcosa per colpire la fama degli altri. E mentre gli antichi romani, come osserva Cicerone, non tolleravano che un uomo venisse lodato o biasimato sulla scena, i greci, con maggiore inverecondia ma anche con maggiore coerenza, permettevano che fossero scagliate invettive sia contro gli dei sia contro gli uomini. L'oratore ha ben presente il caso di Nevio che in alcuni versi del suo *Bellum poenicum* aveva offeso taluni *principes civitatis*, in particolare Quinto Cecilio Metello e Scipione Africano. Alle sue

condiderit in quem quis carminia, ius est iudiciumque; ep. 2.1.152-154: quin etiam lex poenaeque lata, malo quae nollet carmine quemquam describi; vertere modum, formidine fustis ad bene dicendum delectandumque redacti. Il passo, nel quale Orazio intende il *malum carmen* come *carmen famosum*, sembrerebbe affermare che la pena di morte veniva inflitta tramite bastonature. Ma il *justuarium supplicium* era una pena pubblica, riservata ai militari, quindi l'applicazione ad un diritto civile risulterebbe anomala. Il passo va dunque corretto nel senso che la morte veniva inflitta con l'uso delle verghe applicata dai littori.

71. *Paul. sent.* 5.4.6: *Iniuriarum actio introducta est lege XII Tabularum de famosis carminibus.* Anche altri autori hanno inteso in modo errato il termine *carmen*. Porphir. in *Hor.* locc. cit.: *Legge XII tab. cantum erat ne quis in quemquam maledictum carmen scriberet*; Pseud. Cornut., in *Pers. sat.*, 1.123: *Legge XII tab. cantum est ut fustibus feriretur qui publice invehebatur*; Arnob. *adv. nat.* 4.34: *Carmen malum conscribere quo fama alterius coinquinetur et vita decemviralis scitis evadere noluitis impune.*

72. *Cic. de leg.* 2.23.59.

73. Come emerge da *Brut.* 60.217. In tal senso G. COMERCI, *Carmen, oecentatio, ed altre voci magico-diffamatorie dalle XII Tavole a Cicerone*, in *BSL*, 1977, 7, p. 289; V.L. DA NOBREGA, *Le carmen famosum*, cit., p. 334.

74. *Cic. Brut.* 306.

75. *Cic. de rep.* 4.10.11-12.

parole oltraggiose⁷⁶ era seguita la prigionia a Roma, inflitta dai *tresviri capitales* in base ai loro poteri di polizia giudiziaria, e, in attesa del processo, il poeta aveva scritto due commedie con cui faceva ammenda delle offese arrecate. Fu dunque liberato, eccezionalmente⁷⁷, grazie all'intervento dei tribuni e intuendo che il processo si sarebbe concluso in modo a lui sfavorevole, preferì scegliere la via dell'esilio e si recò a Utica dove morì nel 204. Questa procedura, tutt'altro che consueta, merita qualche riflessione. A differenza di quanto sostenga parte della dottrina⁷⁸, è stato validamente dimostrato⁷⁹ come sia verosimile che la carcerazione disposta dai *tresviri* nei confronti di Nevio non sia stata né una libera custodia né una misura inflitta a titolo di pena. Da un lato, infatti, i versi del *Miles gloriosus* plautino⁸⁰ fanno esplicito riferimento a una custodia tutt'altro che libera e, dall'altro, se Nevio fosse stato condannato alla pena del carcere su sentenza dei *tresviri capitales*, non avrebbe potuto essere liberato dai tribuni che nulla potevano contro una sentenza di condanna⁸¹. Resta allora da pensare che si sia trattato di una misura preparatoria al processo, il che esclude che Nevio sia stato vittima di un atto di libera coercizione magistratuale posto in essere in assenza di un processo⁸². Proprio durante il periodo di prigionia, che non dovette essere breve se Nevio ebbe il tempo di scrivere due commedie, i tribuni intervennero per liberarlo e il poeta, per evitare la condanna che sicuramente gli sarebbe stata inflitta dal comizio, preferì andare in esilio. Ma in base alla violazione di quale norma giuridica Nevio sarebbe stato condannato? Oltraggiare i *principes civitatis*, seppur giocando sull'equivoco cui poteva indurre il termine 'fato'⁸³, fu un'iniziativa alquanto audace da parte del poeta campano, e la minaccia⁸⁴ che a breve ne seguì da parte dei Metelli non tardò a concretizzarsi. Si è detto che non sarebbe stato possibile un processo nei confronti di Nevio perché i versi ingiuriosi da lui pronunciati non sarebbero potuti ricadere nel delitto del *malum carmen* poiché quest'ultimo era da intendersi in altro modo⁸⁵. Questo è sicuramente vero. Col *malum carmen*, come abbiamo visto, s'inten-

76. *Fato Metelli Romae fiunt consules.*

77. Avveniva molto spesso infatti che i tribuni, per motivi di opportunità politica, rifiutassero di esercitare l'*intercessio*.

78. F. MARX, *Naevius*, in *Ber. Sächs. Ges. d. Wiss.*, 63 (III Heft), 1911, p. 2; W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, p. 72; M. BALZARINI, *Il problema della pena detentiva nella tarda repubblica: alcune aporie*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, in O. DILIBERTO (a cura di), Napoli, 1993, p. 381 ss., p. 385 ss.

79. B. SANTALUCIA, *La carcerazione di Nevio* in *Altri studi di diritto penale*, Padova, 2009, p. 371 ss.

80. Plaut. *Mil.* 211-212.

81. B. SANTALUCIA, *La carcerazione*, cit., p. 378.

82. Sostengono l'assenza di processo E.V. MARMORALE, *Naevius poeta*, Firenze, 1953, p. 109 ss.; A.D. MANFREDINI, *La diffamazione*, cit., p. 136.

83. *Fatum* poteva avere infatti il doppio significato di destino e sciagura e quindi la frase *fato Metelli Romae fiunt consules* poteva essere intesa come "i Metelli sono diventati consoli di Roma per volere del destino" oppure "per disgrazia dell'Urbe".

84. *Dabunt malum Metelli Nevio poetae.*

85. E. MARMORALE, *Naevius*, cit., p. 109.

deva il sortilegio magico che aveva poco a che vedere con i versi ingiuriosi di Nevio; ma è plausibile che, in assenza di un'azione da poter esperire nei confronti dei versi derisori⁸⁶ e al fine di salvaguardare gli interessi della classe di governo fortemente denigrata dalle invettive di Nevio, il caso fosse stato oggetto di una interpretazione estensiva, grazie alla quale l'offesa compiuta fu ritenuta sussumibile nella regolamentazione decemvirale del *malum carmen*⁸⁷. D'altronde, volendo intuire quale motivazione potesse aver sostenuto tale *interpretatio*, non è difficile pensare che, se sulla base della previsione decemvirale i versi magici erano ritenuti capaci di modificare la realtà fattuale, ad un risultato non molto dissimile si poteva ritenere conducesse, nel diverso contesto sociale della media-repubblica, la pronuncia di versi ingiuriosi, in pubblico. In tale contesto, in effetti, è indubbio che le menti degli ascoltatori venissero condizionate dall'ascolto di parole ingiuriose rivolte ai personaggi pubblici di assoluto rilievo nella scena politica contemporanea, i quali, è altrettanto indubbio, potessero sentirsi lesi nella loro *dignitas*. Allargando l'ambito applicativo della disposizione di Tab. 8.1 e facendovi così rientrare anche la pronuncia dei versi ingiuriosi, si rendeva possibile la condanna di Nevio alla pena capitale, obiettivo certamente perseguito dalla classe dominante cui il poeta era inviso. Si tratta ovviamente solo di un'ipotesi, ma è plausibile che la legge delle XII Tavole sia stata adattata per esigenze politiche al caso di Nevio, pur non contemplando le offese ingiuriose. La liberazione del poeta da parte dei tribuni non fu d'ostacolo all'obiettivo dei *principes civitatis* che non era necessariamente quello della pena capitale, ma sicuramente quello di allontanare in modo definitivo Nevio da Roma. Obiettivo raggiunto visto che il poeta non vi fece più ritorno. Ed ecco che allora si ridimensionerebbe il supposto "errore" di Cicerone: furono proprio i versi ingiuriosi di Nevio, per reprimere i quali è probabile fosse stata estesa la norma decemvirale sul *malum carmen* e l'*occentare*, a indurre l'oratore ad accostare l'*occentatio* alla divulgazione di una poesia diffamatoria. Ciò spiegherebbe anche lo stupore dell'oratore⁸⁸ di fronte alla disposizione decemvirale che comminava la pena di morte per semplici offese morali e che quindi aveva portato alla condanna di Nevio: se le XII Tavole prevedevano il taglione per le offese corporali, era effettivamente difficile credere che potessero sancire la pena capitale per le semplici ingiurie verbali. In realtà l'accusa verso Nevio non trovava il suo fondamento, come alcuni vorrebbero⁸⁹, in una legge decemvirale sulla diffamazione, ma in un'interpretazione estensiva di una norma che consentiva di applicare la disciplina prevista per i delitti di *occentatio* e *malum carmen* ai versi ingiuriosi⁹⁰.

86. P. HUVELIN, *La notion*, cit., p. 23.

87. Ipotesi avanzata anche da L. ROBINSON, *Freedom of Speech*, cit., p. 5 ss.; A. MOMIGLIANO, *rec.* a L. ROBINSON, *Freedom of Speech*, cit., in *JRS*, 1942, 32, p. 120 ss.; R.E. SMITH, *The Law of Libel*, in *CQ*, 1951, 45, p. 170 ss.; A.-M. TUPET, *La magie*, cit., p. 167; T. FRANK, *Naevius*, cit., p. 109.

88. *Cic. de rep.* 4.10.12.

89. F. MARX, *Naevius*, cit., p. 54 ss. e p. 69; B. SANTALUCIA, *La carcerazione*, cit., p. 380, nt. 16.

90. In tal senso A.-M. TUPET, *La magie*, cit., p. 167.

5. Il significato del verbo *occentare* subì col tempo un'evoluzione. In origine, il termine indicava una formula magica che un soggetto recitava davanti alla porta di casa del nemico per vendicarsi di un torto subito⁹¹. La porta non era un posto come un altro. Era un luogo sacro, protetto dal dio Giano, e tutelata con mezzi di scongiuro. Decidere di fare un'*occentatio* davanti alla porta del nemico, ricorrendo a sortilegi per violare il domicilio altrui e perpetrare così la propria vendetta, era iniziativa di estrema gravità, tale da essere punita duramente. Ma la porta era anche il luogo davanti al quale si recavano gli innamorati traditi o respinti pronunciando una formula magica per punire chi non aveva corrisposto il loro amore. Appariva come una cosa vivente e sacra, pronta a parlare e a rispondere ai passanti. Col tempo, forse a seguito della recezione nella poesia latina del modello letterario greco del *παράκλαυσίθυρον*, l'elemento romantico venne a innestarsi sul vecchio significato punitivo dell'*occentatio* e a prevalere. La formula magica non era più diretta a far aprire la porta e a punire chi si ostinava a tenerla chiusa, ma a far esprimere all'innamorato il proprio amore e il proprio dolore. Nelle commedie di Plauto troviamo entrambi i significati:

Plaut. *Curr.* 145 ss.: *quid si adeam ad fores atque occentem?*
Si lubet, neque veto neque iubeo,
quando ego video immutatis morbus esse, ere, atque ingenio.
Pessuli, heus pessuli, vos saluto lumen,
vos amo, vos volo, vos peto atque obsecro,
gerite amanti mihi morem, amoenissumi;
fite causa mea ludii barbari,
sussilite, obsecro, et mittite istanc foras,
quae mihi misero amanti ebibit sanguine.
Hoc vide ut dormiunt pessuli pessuli,
nec mea gratia commovent se ocius!
Neque illa matrem satis honeste tuam sequi poterit comes.

Fedromo, intenzionato a conquistare Planesia di cui è invaghito, viene accompagnato dal fedele servo Palinuro e da altri schiavi che portano vino, davanti alla casa dove un lenone tiene rinchiusa la bella cortigiana sotto la sorveglianza della vecchia Laena. Fedromo cerca di accattivarsi l'anziana custode offrendole del vino e decide, dopo aver chiesto consiglio al servo, di fare un'*occentatio*: davanti alla porta della fanciulla intona una sorta di serenata ai chivistelli, suscitando lo stupore dello schiavo di fronte a questo comportamento alquanto singolare.

91. Ciò trova conferma nel rito dell'*obnugulatio* celebrato davanti alla porta di colui che, non ottemperando ad un impegno precedentemente assunto, rifiutava di rendere testimonianza in giudizio: XII Tab. 9.3 (Gell. 20.1.7). In proposito E. CANTARELLA, *Supplizi capitali* cit., p. 216; A.D. MANFREDINI, *La diffamazione*, cit., p. 35, secondo il quale Fest. s.v. *nugulatio* L. 514 consente due interpretazioni: il cercare e gridare ad alta voce il nome del testimone rammentandogli il dovere di rendere la sua deposizione o il rinfacciare con vagiti il torto al nemico davanti alla porta di casa.

La funzione magica del verbo *occentare*, nei versi del *Curculio*, è ancora evidente. La porta viene nuovamente rappresentata come un'entità vivente: i chiavistelli, unici destinatari dell'incantesimo, cedono alla potenza del *carmen* e consentono alla porta di aprirsi. Non si tratta ancora di una serenata romantica: *occentare* sembra corrispondere perfettamente a *ἐπάδειν*, e cioè intonare un canto magico, un incantesimo.

La funzione magica subisce una decisa attenuazione in altre commedie plautine:

Plaut. *Persa* 568: *Si hanc emeris,
di immortales, nullus leno te alter erit opulentior.
Evortes tuo arbitrato nomine fundis, families;
Cum optimis viris rem habebis, gratiam cupient tuam,
Venient ad te commissatum.
At ego intro miti votuero.
At enim illi noctu occentabunt ostium, escurent foris.
Proin tu tibi iubeas concludere aedis foribus ferreas,
Ferreas aedis commutes, limina indas ferrea,
Ferreas tute tibi inpingi iubeas crassas conpendis.*

Toxilus vuol vendere una bella cortigiana al lenone *Dordalus*, ma lo mette in guardia dai numerosi corteggiatori che di notte si recheranno dinanzi alla sua porta facendo *occentationes* e cercheranno di darle fuoco. Per evitare i danni che molto probabilmente si verificherebbero, *Toxilus* consiglia *Dordalus* di proteggere l'abitazione con porte, davanzali e stanze rigorosamente di ferro.

Plaut. *Mercat.* 409: *Quia vero?
Quia illa forma matrem familias
Flagitium sit si sequatur, quando incedat per vias.
Contemplent, conspiciant omnes, nutent, nictent, sibilent,
Vellitent, vocent, molesti sint, occentent ostium;
impleantur elegeorum meae fores carbonibus.*

Charinus ha acquistato un'avvenente schiava affinché aiuti la madre e le faccia compagnia. La bellezza della donna non ha lasciato indifferente *Demipho*, padre del ragazzo, che escogita un piano per allontanarla da sua moglie e tenerla con sé. Sarebbe disonorevole - fa credere al figlio - che una donna così provocante accompagnasse per le vie della città una madre di famiglia. Susciterebbe imbarazzanti apprezzamenti da parte degli uomini che si recherebbero sicuramente davanti alla porta della sua casa intonando serenate e scrivendo su di essa versi poetici con la carbonella. Sarà lui, allora, a risolvere una situazione che potrebbe rivelarsi incresciosa: venderà la fanciulla, avendo cura di stringere un ottimo affare, e comprerà un'altra schiava, questa volta dall'aspetto sgradevole, com'è giusto che sia per poter assolvere, senza che si verifichino problemi, alle sue umili funzioni.

Si è ipotizzato, da parte di qualche studioso⁹², un possibile accostamento del termine *occentare*, presente nelle commedie plautine, al termine greco *κοιδάζειν*, rinvenendo in quest'ultimo un significato molto ampio: dalla serenata sentimentale di fronte alla porta dell'amata alle grida di gruppi rumorosi e violenti in conseguenza della loro ubriachezza.

A mio avviso, il verbo *occentare* non ha il medesimo significato in tutte le commedie plautine. È indubbio che il termine abbia subito dei cambiamenti che hanno comportato un'attenuazione del suo antico significato magico. Lo stupore del servo Palinuro di fronte alla dichiarazione di Fedromo di voler fare un'*occentatio* davanti alla porta dell'amata denota infatti un certo scetticismo verso gli effetti che potrebbero scaturire da un eventuale incantesimo. E ciò era indubbiamente conseguenza dell'evoluzione dei costumi, del prevalere di concezioni razionalistiche, della penetrazione della cultura greca, del cambiamento della società che cominciava ad attribuire credibilità alla magia solo limitatamente alla sfera amorosa. Questo mutamento si avverte nettamente nel passaggio dal *Curculio*, dove l'*occentatio* assume ancora chiaramente la funzione di incantesimo, alle altre due commedie plautine nelle quali tale funzione appare sensibilmente ridotta.

Nel *Persa*, l'*occentatio* sembrerebbe assumere le sembianze di una serenata erotica fatta da più persone davanti alla porta dell'amata. Si allude all'atto di più giovani che di notte si recano davanti alla casa della fanciulla e in preda ad uno stato di eccitazione, dovuto forse ad ubriachezza, fanno un'*occentatio*. Vengono fatti riferimenti a possibili atti di violenza sulla casa, ma non è chiaro se qui Plauto usi già il termine *occentare* in senso diffamatorio. L'impiego del verbo *comissari* allude sicuramente all'assembramento di più giovani per far baldoria⁹³, ma non ci sono esplicite allusioni ad atteggiamenti ingiuriosi.

Nel *Mercator*, la parola *flagitium* sembra essere usata nel significato, ormai vigente ai tempi di Plauto, di 'disonore'⁹⁴: si allude quindi alla vergogna che deriverebbe alla matrona dalla compagnia dell'avvenente e provocante fanciulla.

È evidente che quando furono composte queste commedie l'*occentatio* aveva perso il suo significato magico ma, mentre nel *Mercator* ciò viene colto con maggiore evidenza, in altre, come nel *Persa*, viene avvertito in modo molto più sfumato. Non traspare affatto, invece, nel *Curculio*, dove il termine conserva ancora il carattere di enia magica. Questo mi porterebbe ad escludere un accostamento deciso tra l'*occentatio* delle commedie plautine e il *convicium*, accostamento sicuramente esistente ai tempi di Plauto, ma non riscontrabile nettamente nelle sue opere: il *convicium*, come abbiamo visto, presuppone insulti, schiamazzi ingiuriosi e offensivi da parte di un gruppo di persone, mentre l'*occentatio* non

92. G.L. HENDRICKSON, *Verbal injury, Magic or Erotic Comus?*, in *CPh*, 1925, 20, p. 294 ss.; Id., *Occentare hostium bei Plautus*, in *Hermes*, 1926, 61, p. 79 ss.

93. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étimologique*, cit. s.v. '*comissor*': «faire bombances».

94. E. CANTARELLA, *Supplizj capitali*, cit., p. 218. Il *flagitium* in origine era una vendetta magica che si portava a compimento con l'uso di una frusta.

sembra essere usata, almeno in questo contesto, in senso decisamente diffamatorio⁹⁵. Nelle commedie plautine, l'*occentatio*, pur perdendo molto della sua coloritura primitiva, ne conserva sempre una debole traccia nell'ambito delle situazioni amorose dove spesso dà ancora l'idea di una serenata erotica: una serenata probabilmente volta a destare ilarità sulla scena, a intensificare l'interesse del pubblico, a vivacizzarne lo spirito ma, a mio avviso, ancora priva di intenti diffamatori.

6. Ritenere dunque che l'antica società romana, estremamente sensibile alla religione e alla potenza delle forze soprannaturali, si attivasse sin dal tempo delle XII Tavole per punire severamente gli insulti verbali, i canti ingiuriosi e le poesie satiriche appare altamente improbabile. Il senso dell'onore era ancora troppo attenuato affinché un'offesa al decoro e alla reputazione di una persona potesse suscitare una decisa reazione nella società. Ciò non vuol dire che a livello personale il soggetto offeso non avvertisse un forte senso di disagio a causa di eventuali atti di scherno tesi a sminuire la sua immagine e il suo amor proprio, ma tutto questo restava confinato nel suo intimo, senza avere alcuna ripercussione sulla coscienza collettiva che restava indifferente di fronte alle sue offese morali⁹⁶. Non vi erano ancora le condizioni per poter pensare che la società reagisse e reprimesse l'insulto verbale e le poesie diffamatorie. Non erano certamente questi a poter turbare l'ordine prestabilito dal Destino, ma lo erano invece i sortilegi e gli incantesimi malefici che per questo venivano perseguiti e repressi con la pena di morte. Laddove infatti fosse fortemente radicato il senso religioso, era naturale che le pratiche di malaugurio e le formule magiche tese a portare nocumento alle persone e ai loro beni, turbando la *pax deorum*, venissero punite severamente, così come, al contrario, sarebbe stato sorprendente se gli antichi romani avessero punito severamente le poesie, le canzoni ingiuriose e gli insulti verbali. Gli organi della *civitas* sarebbero intervenuti solo in risposta ad una reazione forte da parte della coscienza collettiva, reazione che, al tempo delle XII Tavole, era ancora inesistente.

95. Diversamente G. COMERCI, *Carmen, occentatio*, cit., p. 300 ss.

96. P. HUVELIN, *La notion*, cit., p. 24; ID., *Le Tablettes magiques et le Droit romain*, Macón 1901, p. 63 s.; R. JHERING, *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, 1877, III, p. 112 ss.

LA DONAZIONE DI BENI ALTRUI NELLA ATTUALE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ. SPUNTI PER UNA CONTROLETTURA PROCEDIMENTALE*

RAMON ROMANO

Dottore di Ricerca Università di Firenze

SOMMARIO: 1) Un'introduzione sul procedimento. 2) L'istituto della donazione di beni altrui nell'esame giurisprudenziale. 3) Conclusioni.

1. Un'introduzione sul procedimento.

“*Donner et retenir ne vaut*”¹. Non vale, a un tempo, donare e trattenere.

Tradizionalmente, sulla scorta della dottrina francese, il divieto di donazione di beni futuri ha trovato la sua giustificazione nell'inammissibilità di scelte giuridicamente incerte; infatti indeterminabile sarebbe stato il valore dell'oggetto donato, inattuale il depauperamento del donante e revocabile l'atto da parte sua. Più di recente, in maniera consona alla lettera dell'art. 769 c.c., queste preoccupazioni sono scemate e le ragioni del divieto sono state riconosciute – più semplicemente – nella volontà legislativa di frenare le prodigalità del donante².

L'istituto si presenta, nondimeno, ancora oggi come un'eco della *traditio* romanistica in cui validità ed efficacia dell'atto traslativo coincidevano; su tali basi si stenta ad accettare un iato tra l'espressione della volontà donativa e il momento di arricchimento del donatario.

Occorre, per contro, osservare che tra le tendenze più manifeste e attuali del diritto civile vi è quella di scindere la validità degli atti giuridici da quella che è la loro idoneità a produrre – attraverso l'inserimento in altre fattispecie costitutive di diritti – determinati effetti giuridici. Esistono molti esempi di separazione tra questi due piani; si pensi alle nullità contrattuali sanabili o alla conferma ed esecuzione volontaria di donazioni nulle³ ove, quasi in sostituzione di quella viziata, si staglia una fattispecie complessa idonea a produrre altrimenti effetti giuridici⁴.

Come vedremo ciò può rilevare anche con riguardo alla donazione *tout court* che, ancorché nulla, può essere titolo idoneo all'usucapione e che, soprattutto, può per circostanze contingenti manifestarsi per gradi posticipando la sua efficacia rispetto alla originaria espressione dell'intento liberale.

*. Questo contributo è destinato agli Scritti in onore di Giovanni Furguele, di cui ho avuto la fortuna di essere uno degli ultimi allievi. A Lui va il mio affetto e la mia gratitudine per avermi insegnato a scoprire il Diritto oltre la Forma.

1. A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1956, p. 392; A. DESJARDINS, *Recherche sur la règle: donner et retenir ne vaut*, Paris, 1868, p.4.

2. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 1632 ss.

3. Recenti studi confermano la tendenza. Cfr. M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, *passim*.

4. Sul punto G. B. FERRI, voce *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. Civ.*, 1989, p. 346.

Questa maggiore attenzione per la funzione del Diritto – cioè per il primato della volontà sulla forma – si è data storicamente attraverso il riconoscimento pretorio del “*procedimento*”⁵ come struttura negoziale consona agli attuali bisogni dei privati, liberi di soddisfarli tramite modelli negoziali atipici ma anche costretti, nell’esercizio della propria libertà negoziale, da stringenti regole pubblicistiche⁶.

Ciò occorre soprattutto a partire dagli anni ’60 quando Dottrina e Giurisprudenza scardinano l’assolutismo liberale fin lì vigente – sia rispetto alla proprietà che al danno - e definiscono un nuovo assetto teorico del diritto civile fondato sulla persona e attuato mediante il dispiegarsi, pieno e costituzionalmente attento, dell’autonomia privata⁷; di lì si apre lo spazio per il procedimento, istituto di matrice amministrativistica in grado di contemperare armonicamente pluralità di interessi diversi e indirizzare l’agire privato in sintonia con le esigenze pubbliche (come, per esempio, quelle espresse nelle allora inedite regole urbanistiche).

Il procedimento è stato, dunque, il luogo d’elezione di una nuova visione della circolazione dei diritti reali, il luogo in cui la proprietà - liberata dal dogma monistico - si è potuta finalmente manifestare scomposta nelle sue diverse facoltà e attribuzioni, le quali possono passare, gradatamente, dal disponente all’acquirente⁸.

Nel percorso tra volontà ed effetti il potere normativo dei privati scandisce per fasi la formazione ed il perfezionamento del programma traslativo, mentre il potere pubblicistico lo orienta in un preciso procedimento negoziale in cui, insieme alla causa negoziale, si realizzano obiettivi di interesse collettivo.

5. Il procedimento è la più nota delle fattispecie complesse a formazione progressiva. Sul contributo della giurisprudenza nell’emersione dell’istituto si darà conto nel prosieguo ma il merito è, anzitutto, da tributarsi ad una dottrina avveduta che, sin da Salvatore Romano, ha aperto l’analisi del contratto in termini nuovi, sganciati dal dogma del consenso traslativo. Di recente in argomento G. PALERMO, *L’autonomia negoziale*, Torino, 2015; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008; A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Dir. Priv.*, 1995, pp. 104 ss., in particolare p. 183. Fautore dell’inaugurazione del discorso è notoriamente SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961. G. FURGIUELE, *Intorno ad aspetti essenziali del pensiero di Salvatore Romano*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, pp. 17-54.

6. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 253.

7. P. LAGHI, *L’incidenza dei diritti fondamentali sull’autonomia negoziale*, Padova, 2012. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 543. Il percorso più generale è quello - per intendere - che ha visto il passaggio alla lettura vittimologica della responsabilità civile o l’allargamento della risarcibilità del danno non patrimoniale; attenzioni pretorie per un sentimento giuridico personalistico che ancora si spinge in avanti per scalfire la costruzione pandettistica del sistema. Per R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, X, 1964, pp. 904-923, “*Il civilista moderno dovrebbe rendersi conto del significato che, per definire l’oggetto della sua conoscenza, hanno le norme costituzionali che intendono garantire, sul piano costituzionale, istituti, situazioni e rapporti che riguardano i soggetti «privati», sia come individui sia come elementi di comunità intermedie, i loro interessi e la loro attività, come manifestazione di libertà e affermazione di personalità*”.

8. S. ROMANO, *Vendita e contratto estimatorio*, in *Trattato Grosso – Santoro Passarelli*, Milano, 1960, p. 195. ID., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico*, op. cit., p. 129.

Quanto questa premessa di ordine generale descriva il tema della validità e della efficacia della donazione di beni altrui non è di immediata comprensione, involge infatti il riconsiderare il modo di proiettare la causa liberale – ossia la spontanea attribuzione patrimoniale da un soggetto ad un altro per ragioni di ordine non patrimoniale - nell'accidentato vivere quotidiano.

Occorre indagare, quindi, come possa realizzarsi la causa economico-individuale della donazione di un bene non ancora proprio; in particolare ci si chiede se essa debba compiersi “*uno actu*” con il contratto donativo quando il donante abbia già il bene in proprietà o se - a dispetto degli indirizzi tradizionali – possa compiersi gradualmente, prima con l'impegno a donare il bene e poi con la realizzazione della condizione sospensiva dell'ottenimento della titolarità di quel bene in capo al donante (ovvero direttamente in capo al donatario)⁹.

Il significato mobile di “causa in concreto”¹⁰, e conseguentemente la possibilità che essa possa attuarsi per gradi, è parsa fin qui sfuggire all'attenzione della giurisprudenza di legittimità, se non molto di recente con riguardo alla validità del c.d. preliminare di preliminare in cui le parti – afferma la Corte - scandiscono legittimamente in un “*procedimento*” il loro volere negoziale¹¹, “*al di là del modello astratto utilizzato*”¹².

Occorre, allora, indagare – andando oltre il diniego della giurisprudenza e senza incorrere nell'errore di confondere la presente riflessione con il tema delle liberalità indirette (art. 809 c.c.)¹³ - se ciò valga anche rispetto alla donazione di un bene altrui.

2. L'istituto della donazione di bene altrui nell'esame giurisprudenziale.

Per comprendere come la lettura procedimentale non sia riuscita a penetrare nell'alveo della donazione di beni altrui conviene prendere le mosse da quella che è la pronuncia che più autorevolmente (ma non definitivamente) ha risposto ai dubbi emersi in Dottrina e Giurisprudenza.

Con le SS. UU. 15 Marzo 2016, n. 5068¹⁴ la Suprema Corte di Cassazione ha sciolto, con una risposta innovativa, il nodo della validità della donazione di bene altrui e del

9. Così F. LOFFREDO, *Atti tra vivi. Legge notarile*, Milano, 2011, p. 54.

10. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., p. 161 e ss. A partire dagli anni '60 la migliore civilistica comincia a mettere al centro della propria indagine l'agire dell'individuo che voglia realizzare ogni suo interesse, sol che sia “meritevole di tutela” (art. 1322 c.c.).

11. Il riferimento è alle SS.UU. Cass. n. 4628/2015, in *Riv. notar.*, 2015, 3, II, p. 597, con nota di C. Cicero, le quali a chiare lettere hanno affermato come “*deve ritenersi produttivo di effetti l'accordo, denominato come preliminare, con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti ad una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziati e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziate originato dal primo preliminare*”.

12. Così già Cass. Civ., 8 Maggio 2006, n. 10490 in *Riv. notar.*, 2007, 1, p. 180, con nota di C. Ungari Transatti.

13. Nelle quali l'altrui arricchimento è immediato e consiste nel diritto presente alla cosa futura e non già nella proprietà della cosa futura. Si pensi alla donazione indiretta di cosa presente contro cosa futura.

14. In *Notariato*, 3, 2016, p. 242, con nota di F. Pirone.

rapporto tra questa e l'usucapione abbreviata di cui all'art. 1159 c.c. Ciò nondimeno residuano delle criticità.

Il caso da cui origina la pronuncia è quello di una comunione ordinaria e paritaria, tra tre fratelli, su due appartamenti di un fabbricato urbano. Alla morte di uno di questi la quota di sua spettanza (4/12) si devolveva naturalmente verso i suoi quattro fratelli, due dei quali - come detto - già proprietari pro quota dell'immobile; così uno di questi ultimi raggiungeva la quota ideale di 5/12 dell'immobile e, prima che avvenisse l'apportionamento della massa ereditaria, ne donava la nuda proprietà ad un nipote.

Gli altri eredi chiedevano, sostenendo l'inesistenza del bene donato, al Tribunale di Reggio Calabria di dichiarare la nullità dell'atto onde attrarre, dentro una più ampia divisione di beni immobili, il diritto così alienato (evidentemente essendo d'interesse per gli attori il bene cui la quota ineriva). Il Tribunale accoglieva l'istanza; la Corte d'Appello la confermava.

Si instaurava, quindi, il giudizio di legittimità di cui qui si evidenziano solo i punti salienti rispetto all'istituto, atipico e controverso, della donazione di beni altrui.

In via di premessa, è utile considerare che l'art. 1348 c.c. sancisce la possibilità che oggetto di un contratto siano anche cose future, con gli unici limiti segnati dall'art. 458 c.c. (onde scongiurare il "*rotum corvinum*" insito nei patti successori istitutivi e, più significativamente, la soppressione della libertà negoziale e testamentaria del disponente) e dall'art. 771 c.c. (per prevenire la prodigalità che una donazione su oggetto incerto, astrattamente di valore economico superiore a quello ritenuto, potrebbe determinare; circostanza indesiderata per ragioni di ordine pubblico).

Se è pacifico, quindi, il divieto di donazione di cosa futura, più controverso è quello su cosa altrui giacché c'è chi estende la portata dell'art. 771 c.c. anche ai beni altrui (riscontrando un'identità tra futurità e altruità)¹⁵ e chi, viceversa, ritiene oggi distinte le due categorie di beni¹⁶.

Il concetto di esistenza/futurità è stato (ed è) riferito, dalla Giurisprudenza che identifica beni futuri e beni altrui, non all'esistenza del bene di per sé (c.d. futurità oggettiva) ma all'esistenza di quel bene nel patrimonio del donante (c.d. futurità soggettiva); contro tale identità può obiettarsi il rischio di una confusione di piani logici e giuridici radicalmente differenti, come - d'altronde - proverebbe l'art. 1103 c.c. che non pone alcun limite all'efficacia di un atto di disposizione di quota indivisa¹⁷.

Appare, così, più convincente la seconda opzione che nega l'identificazione della altruità nella futurità.

Se, infatti, i beni futuri difettano per definizione di un'attuale esistenza materiale e giuridica - sollecitando una ricostruzione della loro vendita come differita e una ricostru-

15. Per tutti A. TORRENTE, *La donazione*, op. cit., p. 404.

16. F. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli, 2012, p. 119 e ss.

17. Cfr. A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, XII, 5, Torino, 1980, p. 38 ss.

zione dell'oggetto del contratto come obbligo di portare ad esistenza materiale la cosa e trasferirla - non così è per i beni altrui i quali, pongono semplicemente un problema di adempimento dell'obbligazione contrattuale, esattamente già definita all'atto della vendita o della donazione come obbligo di portare nel patrimonio del donante, o direttamente in quello del donatario, il bene già esistente.

Questa conclusione, tuttavia, non si rinviene mai nell'iter argomentativo della Suprema Corte. Nel caso di specie la Corte, prima di rendere la propria risposta innovativa, percorre la giurisprudenza altalenante che ne ha sollecitato la pronunzia.

Per la Cassazione n. 6544/1985¹⁸ la donazione di bene altrui subisce il divieto dettato dall'art. 771 c.c., perché futuro è tutto ciò che non è attualmente presente nel patrimonio del donante; ne consegue che, siccome nullo, il contratto di donazione non costituisce titolo astrattamente idoneo a realizzare l'usucapione abbreviata.

Di diverso avviso è la Cassazione n. 1596/2001¹⁹ che distingue i beni altrui da quelli futuri e ritiene che la donazione dei primi non possa essere analogicamente normata dall'art. 771 c.c., con la conseguenza che tale contratto non è nullo ma semplicemente inefficace finché il donante non ne abbia ottenuto la titolarità. Per altro verso, ritiene la Corte, tale contratto costituisce titolo idoneo all'usucapione abbreviata.

La Cassazione n. 10356/2009²⁰ (e più di recente la Cassazione n. 12782/2013²¹) conferma l'arresto più risalente ma - in linea con quello più recente - ritiene che, ancorché nullo, il contratto di donazione costituisce titolo astrattamente idoneo all'usucapione abbreviata.

Il quesito consegnato alle Sezioni Unite appare così ridotto alla ascrivibilità della donazione di cosa altrui nell'area delle nullità ovvero in quella dell'inefficacia.

La Suprema Corte aderisce alla prima opzione ma con motivazioni diverse da quelle, analogicamente, fin lì adottate; essa infatti ritiene che la nullità sia il precipitato necessario di un difetto di causa che l'art. 769 c.c. enuclea nell'arricchimento del terzo con contestuale e correlato depauperamento del donante. La Corte, infatti, dichiara essenziale l'elemento della "*consustanzialità*" che mancherebbe rispetto ad un bene ancora non presente nel patrimonio del donante.

La mancanza di causa rende - per il combinato disposto degli artt. 1325 e 1418 c.c. - nulla la donazione che, tuttavia, rappresenta titolo idoneo all'usucapione abbreviata.

Raccogliendo i suggerimenti già espressi da una Dottrina più attenta al principio di conservazione del contratto²², aggiunge la Corte che l'unica salvezza dell'accordo è per il caso in cui tale donazione di bene altrui si sia esplicitata, nell'atto pubblico stesso, come

18. In *Giust. civ. Mass.*, 1985, fasc. 12.

19. In *Riv. notar.*, 2, 2002, p. 404, con nota di G. Visalli.

20. In *Riv. notar.*, 1, 2010, p. 124, con nota di M. Grossmann.

21. In *Giust. civ. Mass.*, 2013.

22. R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, in Rescigno (a cura di), *Succezioni e donazioni*, II, Padova, p. 220 ss.

impegno espresso del donante di procurare l'acquisto dal terzo al donatario. La Corte lumeggia, dunque, la possibilità di una conversione del contratto nullo in una donazione obbligatoria di dare.

L'indirizzo della Corte è oggi riconfermato dalla Cassazione n. 144/2017²³ che esplicita, finanche, come detta nullità sia rilevabile d'ufficio.

3. Conclusioni.

Nelle motivazioni della Cassazione si apprezza l'intenzione di preservare la volontà donativa; ciò nonostante non le si riconosce la possibilità di esprimersi anche prima dell'apportionamento, ad esito del quale il 1/12 della comunione ereditaria avrebbe potuto congiungersi – come voluto dal donante – con i 4/12 della comunione ordinaria sull'immobile ovvero da essi distaccarsi per cadere su altra parte della massa ereditaria, realizzando comunque un arricchimento per il donatario.

Il Codice Civile tratta della vendita di cosa altrui (art. 1478 c.c.)²⁴ ma non prevede una norma corrispondente per quanto riguarda la donazione. È dunque fondamentale rispondere al quesito se, a dispetto delle conclusioni della giurisprudenza, si possa avere una donazione con effetti reali differiti.

È stato osservato in senso affermativo che l'art. 797 c.c., in determinati casi, ammette che il donante risponde dell'evizione della cosa donata, con ciò presupponendo la validità della liberalità su cosa altrui²⁵; ancora l'art. 771, 2° comma, c.c. sulla donazione di universalità afferma che nel novero delle cose donate rientrano anche quelle che si aggiungono – salvo diverso patto espresso – all'universalità nel periodo che questa rimane nel godimento del donante²⁶.

In questi casi appare presente la causa donativa rispetto a beni altrui, tali almeno al momento dell'espressione della volontà donativa.

Se questa è, allora, una opzione percorribile è ben possibile riconoscere una progressione indefettibile di atti giuridici che partono dall'impegno donativo e si concludono con il trasferimento del bene nel patrimonio del donatario; tutti questi atti sono attraversati e avvinti dalla causa donativa. Infatti il donante che trasferisce il suo diritto sulla quota ereditaria (v. art. 1103 c.c.)²⁷ o la sua aspettativa sul bene²⁸ trasferisce una situazione giu-

23. In *Giust. civ. Mass.*, 2017.

24. Cfr. M. RIZZUTI, *Vendita di cosa futura e di cosa altrui in Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano*, op. cit., p. 467 ss., il quale ben riferisce come siano stati proprio Salvatore Romano e Giovanni Furguele ad inaugurare una lettura procedimentale di tali tipi contrattuali.

25. *Ex multis* A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2000, p. 344 ss.

26. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 777.

27. In termini di diritto si esprimono A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, p. 1329.

28. Il coerede, "manente comunione", sarebbe titolare "in potenza di un diritto individuale su una parte di beni comuni". Così C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, p. 119.

ridica soggettiva di cui è titolare, giusti gli artt. 713 e ss. c.c., e che si consoliderà in diritto di proprietà solo dopo l'apportionamento.

Aderendo alla suddetta prospettiva procedimentale l'attribuzione avverrebbe per entrambe le porzioni a norma dell'art. 757 c.c. (e dell'art. 1116 c.c.) che pone il donatario cessionario delle quote nella posizione di comproprietario e di "coerede" in luogo del suo dante causa per poi investirlo, retroattivamente, della proprietà dei beni ad esito della divisione. È, d'altronde, ampiamente condiviso che con la divisione non si costituisca un nuovo diritto ma si dia atto di una posizione di titolarità, ancorché momentaneamente "pro quota", già esistente²⁹.

In breve la norma afferma per la divisione un carattere formalmente traslativo ma effettivamente dichiarativo e retroattivo³⁰ (c.d. principio di retroattività della divisione). Se, dunque, è logicamente possibile far retroagire gli effetti della divisione è da chiedersi quale sia l'ostacolo ad anticipare quelli della donazione.

Su questi presupposti non è irragionevole immaginare la trascrizione della valida donazione (v. artt. 2643, 2644, 2668 c.c.) della quota ereditaria e, verificatasi la condizione sospensiva dell'assegnazione del bene donato, la stipula di una donazione su tale bene³¹.

Conseguentemente si può considerare legittimo per il donatario l'esercizio delle facoltà di uso e amministrazione di cui agli artt. 1100 e ss. c.c. (ancorché solo rispetto al bene donato), così anche - essendo nelle more della comunione ereditaria quantomeno creditore del donante - la sua partecipazione a norma dell'art. 1113, co. 3, c.c. alla divisione della massa ereditaria, sostenuto dall'interesse di orientarla verso il bene desiderato.

Risulta evidente e giuridicamente condivisibile il dipanarsi di una logica procedimentale nella divisione di bene altrui; ecco come la negletta "causa donandi" - attribuendo un'aspettativa sulla cosa, apprezzabile anche come diritto di partecipazione alla divisione - riappaia davanti all'interprete che, a dispetto del "dictum" della Suprema Corte, può ben collegare l'"animus donandi" a un procedimento donativo anziché ad un unico atto donativo.

In via di sintesi possono farsi due considerazioni: la prima in tema di nullità testuali e strutturali, l'altra con riguardo alla c.d. donazione obbligatoria di dare.

Primariamente può osservarsi che già esiste un corredo di norme che disciplinano espressamente la nullità sostanziale della donazione (artt. 771, 788, 794 c.c.) e queste tacciono tutte sull'ipotesi della nullità della donazione di beni altrui, avallandone quindi la validità sul principio del "tutto ciò che non è vietato è lecito"³². Appare, perciò, poco con-

29. In Giurisprudenza Cass. Civ., 29 Marzo 2006 n. 7231, in *Giust. cin.*, 2006, 1, p. 1142. In Dottrina F. MANGIULO, *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, in *CCN Studi e materiali*, 2010, 2, p. 353.

30. A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, op. cit., p. 207.

31. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione* Gabrielli-Gazzoni, I, Torino, 2013, p. 103 ss.

32. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Padova, 1902; M. NUZZO, voce *Negozio giuridico IV. Negozio illecito*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, p. 6.

vincente la tesi della nullità già sulla scorta della tassatività delle ipotesi di nullità testuale; maggiore conforto danno – poi – i citati artt. 771, co. 2, e 797 c.c. nella misura in cui esprimono ipotesi valide di donazioni di cose altrui.

Né lo stigma di nullità strutturale, da ultimo palesato con l'argomento della mancanza della causa, riesce a convincere. L'esistenza di un'aspettativa (se non anche di un diritto) sulla cosa "quota ereditaria" – come detto – esclude, infatti, la circostanza di un trasferimento senza causa essendo giustificata la donazione del bene altrui grazie allo spostamento patrimoniale del bene "quota ereditaria", una sorta di bene di secondo grado³³ che anticipa l'alienazione a esito della divisione.

Da altro punto di vista – quello della donazione di cosa altrui come donazione obbligatoria di dare - non se ne coglie il distinguo con il preliminare di donazione³⁴, che è inteso largamente come invalido nella misura in cui coarterebbe la spontaneità dell'atto donativo (che la Corte di Cassazione ha, ripetutamente, identificato come elemento essenziale dello stesso).

L'arresto in commento manifesta dunque un compromesso che si stenta ad accettare; delle due l'una: o la donazione di beni altrui è – sia che sia volta a produrre effetti reali sia che sia volta a realizzare effetti obbligatori – negozio sempre incompatibile con la libertà negoziale (che deve poter prevedere la misura del depauperamento) o esso è negozio neutro, valida base per l'attuazione di una liberalità naturalisticamente più complessa³⁵.

Forse l'occasione è propizia per sollecitare l'intrapresa di uno studio su un punto che – nonostante qualche accennata opinione contraria³⁶ - appariva fino a poco tempo fa nettamente chiuso³⁷. Uno studio che oggi, in ragione dell'affermazione di un'autonomia privata procedimentale e di un maggior equilibrio nei rapporti familiari³⁸, potrebbe ammettere la declinazione per fasi della donazione.

33. La Cassazione, con riguardo alle azioni e alle quote societarie, li definisce «centri di imputazione meramente strumentali e transitori di rapporti» (Cass. civ., n. 3370/2004 in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 130 con nota di M. Spiotta e A. Tina) e pur tuttavia suscettibili di trasferimento. Cfr. T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 219; F. GALGANO, voce *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 458.

34. F. GAZZONI, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Riv. notar.*, 4, 2001, p. 867.

35. Come nella vendita di cosa futura in cui si discute della venuta ad esistenza della cosa per differire l'effetto traslativo, nella donazione di cosa altrui – riterrei - si tratti di aspettare il momento dell'apportionamento con il quale si individuerà, tra tutte quelle che sono oggetto di aspettativa, la cosa assegnata in proprietà. Sulla vendita di cosa futura cfr. G. FURGUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974.

36. Tra i primi ad ammettere la piena validità della donazione di beni altrui F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, op. cit., p. 385.

37. *Ex multis* U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, VI, Torino, 1997, p. 490.

38. Si pensi alla comunione legale o alle quote di legittima come strumenti che *ex lege* mirano a contenere la prodigalità del donante a scapito del suo nucleo familiare; un tempo, quando il ruolo della donna era ancillare e mancavano strumenti previdenziali, risultava socialmente più pressante la conservazione del patrimonio familiare e, quindi, intollerabile ogni forma di prodigalità.

RITORNO A GORLA. REVOCA DELLA PROPOSTA E RISARCIMENTO DEL DANNO

UGO SALANITRO
Prof. ordinario Università di Catania

SOMMARIO: 1. Le ragioni della ricerca - 2. Che significa “revocare”? Il dato testuale e la storia della norma – 3. Regola di privilegio o tecnica di bilanciamento? Gli interessi rilevanti – 4. Tra fattispecie e disciplina: la regola risarcitoria - 5. La tutela dell’oblato: le forme e la prova della revoca - 6. La trama delle regole: il rapporto con la disciplina dell’art. 1327 c.c. - 7. Ancora sulla trama delle regole (artt. 1334, 1335 e 1336 c.c.) - 8. Tra norme e principi: questioni di metodo e di merito. Quali argomenti per un’interpretazione evolutiva?

1. Le ragioni della ricerca.

Questione che si presenta ancora controversa, pur essendo dibattuta da lungo tempo, concerne l’interpretazione della disposizione del primo comma dell’art. 1328, c.c., con particolare riguardo all’individuazione del significato dell’*incipit* “*la proposta può essere revocata*”: ci si chiede, infatti, se con il termine “*revocata*” si intende che la dichiarazione sia pervenuta alla controparte o che sia stata semplicemente emessa o almeno indirizzata¹.

In dottrina sono state prospettate almeno tre diverse soluzioni. Secondo la tesi tradizionale, più risalente, la revoca della proposta sarebbe efficace se emessa – o, in altra prospettiva, se spedita - prima della conclusione del contratto². Secondo la tesi considerata

1. La questione si pone anche per l’art. 782, comma 3, c.c., a norma del quale “*Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione*”: nel senso che tale disciplina - che non sarà oggetto di esame in questo contributo - vada intesa nel senso che sia sufficiente l’emissione della revoca (sia della proposta, sia dell’accettazione) è l’opinione (ancora confermata nella seconda edizione curata da Carnevali e Mora) di TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicc. Messineo Mengoni Schlesinger*, Milano 2006, p. 541 ss., il quale, oltre al dato letterale, giustifica la differenza, rispetto alla regola generale della recettività dell’accettazione, per l’interesse alla persistenza del gradimento nel destinatario dell’offerta sino all’ultimo momento utile; nello stesso senso, tra gli altri, DOSSETTI, *Il consenso e la sua formazione*, in *Tratt. Bonilini, Le donazioni*, Milano, 2009, p. 659 ss.; CATAUDELLA, *La donazione*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2005, p. 90. In senso diverso BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961, p. 478 ss., che applica solo alla revoca dell’accettazione la regola della recettività, traendo argomento dal secondo comma dell’art. 1328 c.c.

2. In tal senso: FRAGALI, *Dei requisiti del contratto*, in *Commentario D’Amelio - Finzi, Libro Delle obbligazioni*, vol. I, Firenze, 1948, p. 332 ss.; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, *Le fonti*, Milano 1948, p. 104; DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1954, p. 65 ss.; OSTI, “Contratto”, in *N.mo Dig. It.*, vol. IV, 1959, Torino, p. 518 s.; GORLA, *Ratio decidendi, principio di diritto (e obiter dictum). A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell’offerta contrattuale*, in *Foro it.*, 1964, V, p. 89 ss.; ID., *La “logica – illogica” del consensualismo o dell’incontro dei consensi e il suo tramonto (dal diritto romano comune alla convenzione dell’Aja del 1 luglio 1964)*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. UTET*, Torino, 1967, p. 57 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (artt. 1321 – 1352)*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna - Roma, 1970, p. 125 ss.; MAIORCA, *Il contratto*, Torino, 1981, p. 155; ROSSELLO, *Revoca della proposta e dell’accettazione: considerazioni sistematiche sul com-*

più innovativa, invece, la revoca sarebbe efficace se conosciuta – *recte*, conoscibile secondo la regola dell'art. 1335 c.c. - dall'oblato prima della stipulazione del contratto³. Una tesi minoritaria, ma autorevole, ha proposto una soluzione articolata⁴: se il contratto si conclude secondo la regola generale dell'art. 1326 c.c., la revoca deve essere spedita dal proponente prima che l'accettazione pervenga al suo domicilio; se invece il contratto è soggetto alla regola dell'art. 1327 c.c., la revoca deve pervenire a conoscenza dell'accettante – nei termini indicati dall'art. 1335 c.c. - prima che questi inizi l'esecuzione del contratto.

Le soluzioni maggiormente condivise hanno trovato sostegno in una pluralità di approcci ermeneutici. Entrambe sono state considerate coerenti con un principio o un

binato disposto degli artt. 1328, 1326 e 1335 cod. civ., in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 253 ss.; SCANNICCHIO, *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttiva comunitarie e diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 3 ss., in part. 63, nota 96, p. 81 ss., nota 125; CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2009, p. 43 ss. La tesi è considerata prevalente da TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, p. 528 ss. e da BOCCHINI - QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2016, p. 820; ed è ancora condivisa da una parte della manualistica: DI MAJO, *La conclusione del contratto*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2015, p. 533; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 852 ss.; RUSSO - DORIA - LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, Padova, 2014, p. 595; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2015, p. 182.

3. MESSINEO, *Contratto, voci estratte dall'Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, p. 71; TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, p. 173 ss.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, vol. 1, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p. 185 ss.; DOTTORE, *In tema di revoca della proposta contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 379 ss.; VENDEMALE, *Per una rilettura dell'art. 1328 c.c.*, ivi, 1979, II, p. 470 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 234 ss. (la tesi è ripresa senza variazioni nella edizione del 2000); GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. 1°, Padova, 1990, p. 164 ss., nota 30 (la tesi si ritrova immutata nelle edizioni successive); REALMONTE, *La revoca della proposta e dell'accettazione*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, vol. XIII, t. II, Torino, 2000, p. 143 ss.; A. BENEDETTI, *La revoca della proposta tra spedizione e ricezione: la Cassazione cambia rotta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 370 ss.; Id., *Ancora sulla revoca della proposta: divagazioni tra storia e comparazione*, ivi, 2009, II, p. 115 ss.; Id., *L'accordo delle parti*, in AA.VV., *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di Amadio e Macario, vol. 1, Bologna, 2014, p. 675 s.; NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Tratt. Roppo*, vol. I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 342 ss.; Gallo, *sub art. 1328 c.c.*, in *Comm. Gabrielli, Dei contratti in generale*, vol. 1, Torino, 2011, p. 326 ss.; FINESSI, *L'offerta*, in MONATERI e altri, *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007, p. 71 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto e l'atto illecito*, Milano, 2016, p. 185 ss.; SACCO, *La conclusione del contratto*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 183 ss. (dove riprende argomenti formulati già dalle prime edizioni e progressivamente modificati); PERFETTI, *La conclusione del contratto*, in *Tratt. Cicu Messineo Mengoni Schlesinger, Il contratto in generale*, vol. II, Milano, 2016, p. 14 ss., p. 215 ss. La soluzione, sovente senza argomentazioni, ha trovato ampio seguito nella manualistica più recente: ZATTI - COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2017, p. 411; ALESSI, in AA.VV., *Manuale del diritto privato*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2016, p. 659 ss.; NIVARRA - RICCIUTO - SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Torino, 2016, p. 271; TURCO, *Diritto civile*, vol. I, Torino, 2014, p. 456 ss.; PARADISO, *Corso di Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2016, p. 329.

4. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., in *Tratt. Indica Zatti*, Milano, 2011, p. 144 ss. (ma la tesi si trova già nella edizione del 2001); LAS CASAS, *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica. Profili comparatistici*, Torino, 2009, p. 351 ss. La tesi, nella parte in cui limita l'applicazione dell'art. 1328 c.c. allo schema generale dell'art. 1326 c.c., trova un precedente in G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 96 ss. (anche Id., *Dichiarazioni recettizie e dichiarazioni indirizzate. Postille a un testo giuridico*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. 1, Napoli, 1972, p. 225, in part. p. 260 ss.), il quale, muovendo dal presupposto che il risarcimento del danno non tuteli l'oblato dai costi degli atti di approntamento (in quanto precedenti la conclusione del contratto), nega in radice la stessa revocabilità della proposta nella fattispecie dell'art. 1327 c.c.

dogma, che si è ritenuto desumere dal tessuto normativo e che ha costituito il medio logico per pervenire all'una o all'altra soluzione: atteggiamento che è stato censurato da Gorla - in un importante saggio di un cinquantennio fa, in cui è messa in risalto la debolezza dell'argomentazione che ha fondato la soluzione tradizionale sulla prevalenza del principio della volontà⁵ - ma che, sotto altre vesti, ha trovato adepti, forse inconsapevoli, tra chi trova argomento nella teoria della recettività della dichiarazione.

Eppure, proprio in quel saggio, Gorla aveva confermato l'adesione alla tesi tradizionale⁶, trando sostegno dalla storia della norma e dalla congruità con l'assetto degli interessi in conflitto.

Il tema ha ripreso centralità - essendo al crocevia tra le grandi questioni della formazione del contratto e della tutela dell'investimento precontrattuale⁷ - e merita di essere ancora oggetto di riflessione: non solo perché la giurisprudenza di legittimità è tornata di recente a condividere con convinzione la soluzione tradizionale⁸, ma anche perché i profili problematici - nonostante l'autorevolezza dei contributi - sono largamente inesplorati, essendo mancate sia indagini approfondite sulla storia della norma, sia - soprattutto - riflessioni analitiche sugli interessi contrapposti⁹.

Nel condurre la ricerca, occorre chiedersi se la soluzione che si ritenga accolta dal codice civile possa resistere all'usura del tempo o se non vi siano indici sistematici e/o socio-economici che possano indurre l'interprete a prospettare una diversa tesi, più adeguata alle esigenze attuali del mercato¹⁰; con questo spirito, va ripreso il suggerimento di chi si è chiesto se la questione debba essere colta in modo nuovo a fronte dell'espansione, nell'ambito delle modalità di conclusione del contratto tra persone lontane, della stipulazione telematica¹¹; non mancando di valutare la coerenza delle soluzioni desumibili dal codice civile con il complesso di scelte normative di derivazione comunitaria poste a tutela dei consumatori¹².

5. GORLA, *La "logica - illogica"*, cit., p. 256 ss., p. 267 ss.

6. Adesione considerata sorprendente da GALLO, op. cit., p. 330, nota 16 e da NATUCCI, op. cit., p. 346, nota 38.

7. Sulle quali si dovrà tenere conto anche dei più recenti contributi di spessore monografico, tra i quali, oltre quelli di Perfetti e Las Casas, vanno segnalati: A. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

8. Il riferimento è a Cass. 15.4.2016 n. 7543, in *De Jure*, la quale - nonostante la sua oggettiva importanza - sembra non avere trovato spazio nelle riviste di giurisprudenza. In precedenza, nello stesso senso: Cass. 12.12.2002, n. 17737, in *Riv. notariato*, 2003, 1247 ss., con nota di UNGARI TRANSATTI, la quale aveva anche ammesso la revoca per atti concludenti (vendita a terzi); App. Milano 21.3.1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 800 ss., con nota di CHINDEMI; Cass. 9.7.1981, n. 4489, in *Foro it.*, 1982, I, p. 456 ss., con nota di PRESTIPINO; Cass. 9.4.1981, n. 2083; Cass. 5.4.1976, n. 1198; Cass. 7.2.1972, n. 282; Cass. 31.1.1969, n. 296, in *Foro it.*, 1969, I, p. 605 ss.

9. Tra gli autori più recenti l'attenzione per il dato storico, ma soprattutto per la comparazione, si trova nel contributo di A. BENEDETTI, *Ancora sulla revoca della proposta*, cit., *passim*, seppure con conclusioni diverse da quelle che sono qui esposte; il riguardo per la valutazione degli interessi caratterizza l'indagine di LAS CASAS, op. loc. cit., il quale però muove da uno specifico punto di vista, quello della tutela dell'investimento precontrattuale dell'oblatore.

10. È questo il senso della proposta interpretativa di A. BENEDETTI, *Ancora sulla revoca della proposta*, cit., *passim*.

11. A. BENEDETTI, *Ancora sulla revoca della proposta*, cit., p. 126, nota 60.

12. SCANNICCHIO, op. cit., 81 ss.

2. Che significa “revocare”? Il dato testuale e la storia della norma.

La soluzione tradizionale è solitamente suffragata dalla differente formulazione della lettera del secondo comma dell'art. 1328 c.c., dove si prevede che *“l'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione”*. La formula testuale del secondo comma non sembra presentare margini di ambiguità¹³ e indica che il legislatore avrebbe potuto adottare una disposizione con il medesimo significato anche per la proposta, del tipo *“La proposta può essere revocata, purché la revoca pervenga all'oblato prima della conclusione del contratto”*¹⁴.

La diversa formulazione del primo comma non è però sufficiente a fondare la regola dell'irrelevanza della ricezione.

Secondo un'autorevole dottrina, la formula testuale del primo comma differisce da quella del secondo comma soltanto perché la disciplina della revoca della proposta, a differenza di quella della revoca dell'accettazione, deve tenere conto della pluralità di modi di conclusione del contratto, essendo riferita sia alla regola generale dell'art. 1326 c.c., sia alla regola speciale dell'art. 1327 c.c.¹⁵: ma la spiegazione assume rilievo solo per la parte finale della formula, in cui si fa riferimento alla conclusione del contratto e non alla ricezione dell'accettazione, ma non offre elementi di comprensione sulla ragione per cui il legislatore del codice civile non si sia preoccupato di specificare nel primo comma che la revoca *debba pervenire all'oblato* prima della conclusione del contratto.

Il significato della formula testuale del primo comma si può comprendere se si prende in considerazione il contesto interpretativo del tempo in cui fu emanato il codice civile.

Nel codice di commercio del 1889 la regola della revoca era la stessa sia per la proposta, sia per l'accettazione¹⁶: secondo il terzo comma dell'art. 36 *“sino a che il contratto non è perfetto, la proposta e l'accettazione sono revocabili; ma sebbene la revocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se questa giunga a notizia dell'altra parte dopoché essa ne ha impresa l'esecuzione, il revocante è tenuto al risarcimento dei danni”*. La disposizione era intesa dalla dottrina e dalla giu-

13. Va segnalata, tuttavia, l'opinione di RAVAZZONI, op. cit., p. 199 ss., secondo il quale, dal punto di vista letterale, la disposizione può essere intesa nel senso che consenta di revocare l'accettazione a colui che abbia iniziato l'esecuzione ex art. 1327 c.c., purché la revoca pervenga al proponente (anche dopo la conclusione del contratto, ma) prima che gli giunga la notizia dell'accettazione; tesi che, se può essere considerata accettabile - ma con qualche dubbio - sul piano meramente testuale, si rivela del tutto incongrua sul piano funzionale, perché attribuisce un vantaggio ingiustificato all'accettante, il quale, dopo la conclusione del contratto, può ancora decidere se recedere dall'accordo o dare notizia dell'inizio dell'esecuzione.

14. Così già G. BENEDETTI, *Dichiarazioni*, cit., p. 260.

15. GALGANO, op. loc. cit.; REALMONTE, op. cit., p. 145 s.

16. Nel senso del testo concordano, pur nella diversità d'impostazione: BARASSI, *La teoria generale*, cit., p. 104; DALMARTELLO, op. cit., p. 78 ss.; DOTTORE, op. cit., p. 390 ss.; ROSSELLO, op. cit., p. 264 ss. Nella dottrina più recente si trova, invero, la diversa lettura secondo la quale l'art. 36, comma 3, del codice di commercio era interpretato nel senso che la revoca della proposta fosse soggetta alla regola dell'emissione, mentre la revoca dell'accettazione a quella della ricezione: così A. BENEDETTI, *Ancora sulla revoca della proposta*, cit., p. 118.

risprudenza prevalenti nel senso che la revoca (della proposta o dell'accettazione) fosse efficace anche se non pervenuta alla controparte prima della conclusione del contratto¹⁷: a sostegno di tale interpretazione vi era un argomento che in quel contesto normativo - ammessa la recettizietà dell'accettazione¹⁸ - poteva essere considerato irrefutabile¹⁹. Sol tanto la regola che rendeva efficace la revoca emessa prima della conclusione del contratto poteva spiegare, infatti, la seconda parte del terzo comma dell'art. 36, che prevedeva un risarcimento del danno nel caso in cui la revoca dell'accettazione fosse pervenuta al proponente dopo che questi avesse iniziato l'esecuzione del contratto: se si fosse ritenuta rilevante solo la revoca dell'accettazione pervenuta al proponente prima della stessa accettazione (secondo il modello attualmente vigente)²⁰, non vi sarebbe stato alcuno spazio

17. In tal senso era la posizione assolutamente prevalente: V. SCIALOJA, *Osservazioni sull'art. 36 del Codice di Commercio*, in *Pel cinquantesimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina*, vol. III, Napoli, 1899, p. 5 ss.; CICU, *L'offerta al pubblico*, Sassari, 1902, p. 68; CANDIAN, *Revoca delle dichiarazioni contrattuali di volontà*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, p. 472 ss.; ORLANDO CASTELLANO, *Il perfezionamento dei contratti fra persone lontane*, Torino, 1914, p. 71 ss., in part. p. 84 ss.; NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, vol. I, Torino, 1914, p. 137 ss., in part. p. 139; CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 202 ss., p. 265 ss.; CESARINI, *Contratti fra persone lontane*, Milano, 1920, p. 124 ss.; BOLAFFIO, *Delle obbligazioni commerciali*, in *Comm. Cod. comm. Bolaffio - Vivante*, vol. II, Torino, 1923⁵, p. 162 ss., in part. p. 167 ss., testo e nota 2; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, *Le obbligazioni (contratto e prescrizione)*, Milano, 1926⁵, p. 39 ss.; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, edizione curata da VENZI, vol. IV, Torino, 1927, p. 162 ss., in nota; ALF. ROCCO, *Principi di diritto commerciale. Parte generale*, Torino, 1928, p. 389 ss.; L. FORTI, *Sul momento dell'efficacia della revoca nella formazione dei contratti bilaterali*, in *Foro it.*, 1935, I, p. 1007 ss., in part. p. 1011, nota 12; PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Padova, 1936, p. 118 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 194 ss. Nello stesso senso, pur limitando il discorso alla revoca della proposta: RAMELLA, *Trattato sulla corrispondenza in materia civile e commerciale*, Torino, 1896, p. 98 ss.; SALV. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 174. In giurisprudenza, nel senso della rilevanza della spedizione della proposta, si veda Cass. 27.3.1935, in *Foro it.*, 1935, I, p. 1007 ss., con nota di L. FORTI; già App. Palermo, 13.3.1913, in *Foro it.*, 1913, I, p. 1272 ss., con nota di CANDIAN. La posizione opposta, nel senso della recettizietà della revoca (sia della proposta, sia dell'accettazione) era sostenuta da: MAJORANA, *Delle convenzioni fra persone lontane*, Catania, 1883, p. 49 ss.; SABBATINI, *Della conferma dell'accettazione giunta in ritardo nel contratto tra assenti*, in *Dir. comm.*, 1885, p. 183 ss.; VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, vol. III, Milano 1902, p. 269 ss.; REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, vol. I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1931, p. 197 ss.; FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 188 ss. Si ritiene altresì che sia sostenuta, a modifica della sua precedente idea, da CANDIAN, in *Indole recettizia della revoca della proposta e dell'accettazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, p. 381 ss. e in "Contratto tra persone lontane", voce del *N.ro Dig. It.*, vol. IV, Torino, 1938, p. 122 ss.: in realtà Candian, negli ultimi scritti, rende esplicita la tesi, da lui denominata della "recettizietà imperfetta", secondo la quale l'emissione regolare e tempestiva sarebbe sufficiente a fare conseguire gli effetti della revoca anche se, per un caso fortuito, questa non pervenisse o pervenisse tardi al domicilio della controparte.

18. Ai sensi dell'art. 36 cod. comm., "il contratto bilaterale tra persone lontane non è perfetto, se l'accettazione non giunga a notizia del proponente ..."

19. Irrefutabile quantomeno rispetto alla tesi dell'efficacia della semplice emissione della revoca dell'accettazione prima della conclusione del contratto; tanto che VIVANTE, op. loc. cit., non lo utilizza per sostenere questa tesi (evidentemente data per sicura), quanto piuttosto quale argomento per eliminare i dubbi sulla rilevanza dell'emissione della proposta.

20. Non a caso chi reputava da estendere senza limiti il principio di cognizione era costretto ad affermare il carattere "assurdo" della disciplina del codice di commercio nella parte in cui prevedeva il risarcimento del danno per il proponente in caso di revoca dell'accettazione: GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. III, *Fonti delle*

per ammettere il risarcimento del danno, in quanto il proponente non avrebbe potuto vantare alcun giustificato affidamento a iniziare l'esecuzione del contratto prima di avere ricevuto l'accettazione²¹.

Si può perciò affermare che il “*significato proprio*” del termine “*revocare*” nell'art. 36, comma 3, del codice del commercio, nella misura in cui riferito all'accettazione, fosse univoco nel senso della emissione - o della spedizione - della dichiarazione; né vi erano ragioni per assumere che un diverso significato potesse essere dedotto, se riferito soltanto alla proposta. In ogni caso, era questo il significato dell'espressione “*revocare*” che si traeva da quella disposizione, per come era generalmente intesa: tanto che si sosteneva che una diversa soluzione avrebbe richiesto che il legislatore adottasse una formula analoga a quella poi sancita nel secondo comma dell'art. 1328 c.c.²².

Che il dettato del primo comma dell'art. 1328 c.c., mantenendo l'espressione utilizzata nel testo del terzo comma dell'art. 36 cod. comm., abbia inteso tenere ferma, per la revoca della proposta, anche la soluzione adottata dalla dottrina e giurisprudenza prevalente sotto il codice di commercio non trova però una sicura conferma nella storia della riforma²³.

Si deve piuttosto registrare una tendenza alla modifica della disciplina *de qua* per renderla conforme al principio della recettività della dichiarazione: anche se non si può affermare con sicurezza se, e in che termini, questa spinta abbia avuto successo. Vi sono, per un verso, indici che denotano il consapevole rigetto della soluzione della recettività, accolta per la revoca dell'accettazione, nel caso di revoca della proposta, i quali si traggono dal confronto tra le diverse stesure dei progetti preliminari nella loro successione temporale; per altro verso, indici del tentativo di estendere il principio della recettività anche alla revoca della proposta sembrano emergere da un passaggio della Relazione del Guardasigilli, forse inconsapevolmente ispirato dal precedente progetto del codice di commercio indirizzato in quella direzione.

obbligazioni - Contratti, Firenze, 1925, p. 304.

21. Riformulo nel testo le parole di VIVANTE, op. cit., p. 40, il quale, contro l'opinione della recettività della revoca, formula il seguente rilievo: “4°) perché non si potrebbe spiegare il secondo capov. dell'art. 36, che condanna al risarcimento dei danni per l'intrapresa esecuzione anche l'accettante, senza fare l'ipotesi di una accettazione giunta al proponente e inetta a rendere perfetto il contratto. Se l'accettante è ivi responsabile, ciò può avvenire soltanto perché una sua dichiarazione di volontà ha destato l'aspettativa del proponente, pur non avendo la virtù di perfezionare il contratto”. Il rilievo di Vivante è ripreso da FORTI, op. cit., p. 1010; ma si trova già in: SCIALOJA, op. cit., p. 6; NAVARRINI, op. cit., p. 139; CARRARA, op. cit., p. 203; ROCCO, op. cit., p. 392 ss.

22. Modifica testuale considerata necessaria, ad esempio, da VIVANTE, op. cit., p. 40, il quale nel rigettare l'opposta opinione rilevava che essa “leggerebbe il codice come se vi fosse scritto: la revocazione impedisce la perfezione del contratto se giunge a notizia dell'altra parte prima che il contratto sia perfetto. All'opposto il codice fa una distinzione che esclude la necessità che la revoca per produrre i suoi effetti giuridici giunga a destinazione, perché attribuisce alla revoca, tosto che è manifestata, l'effetto di impedire la perfezione del contratto e a quella che è giunta a notizia dell'altra l'effetto di produrre un'azione di risarcimento: questa distinzione non si può sopprimere?”.

23. Nel senso della continuità di significato, A. BENEDETTI, *Ancora sulla revoca della proposta*, cit. p. 118.

Al riguardo, va segnalato che la disarticolazione della disciplina della revoca tra proposta e accettazione si trovava già nel primo progetto del nuovo codice di commercio presentato dalla commissione Vivante²⁴. Ma prima di essere ripresa nel progetto di riforma del libro delle obbligazioni nel codice civile, la soluzione ora vigente era stata abbandonata nei progetti intermedi, i quali muovevano tendenzialmente verso direzioni di segno diverso. Per un verso, il successivo progetto di riforma del codice di commercio, redatto dalla Commissione reale per la riforma dei codici, presieduta da M. D'Amelio, estendeva il principio della recettività della dichiarazione non solo alla revoca dell'accettazione, ma anche, con formulazione appropriata, alla revoca della proposta, sopprimendo coerentemente la disciplina risarcitoria²⁵. Per altro verso, il progetto del codice delle obbligazioni italo – francese adottava una formula ambigua, che sembrava lasciare all'interprete la soluzione del problema sia per la revoca della proposta, sia per la revoca dell'accettazione²⁶.

Si può perciò ritenere che la disarticolazione prospettata dal progetto Vivante sia stata ripresa e migliorata dal primo progetto del libro delle obbligazioni, abbandonando consapevolmente la diversa tesi della recettività delineata nel progetto D'Amelio²⁷: la

24. *Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio*, Milano, 1922, p. 133 ss.: la disposizione sotto questo profilo non è commentata dalla relazione Vivante, riportata nello stesso volume. L'art. 425 aggiungeva al testo della regola riproduttiva di quella allora vigente (leggermente modificato e reso più moderno sul piano lessicale: “Sino a che il contratto non è perfetto la proposta e l'accettazione possono essere revocate. Tuttavia se la revoca giunge a notizia dell'altra parte dopo che questa ha iniziato l'esecuzione dell'affare chi revoca è tenuto al rimborso delle spese”), un nuovo comma in cui prescriveva che “la revoca dell'accettazione non ha effetto, se giunge a notizia del proponente dopo che gli è giunta notizia dell'accettazione”. Va notato che la regola era già modificata nella parte risarcitoria, in cui si faceva riferimento al rimborso delle spese (riducendone la portata), anche se rispetto al testo ora vigente non era reso palese che il risarcimento fosse dovuto solo nel caso di revoca della proposta.

25. All'art. 296 dell'articolato era previsto che “la proposta e l'accettazione possono essere revocate, purché la notizia della revoca giunga a conoscenza dell'altra parte prima della perfezione del contratto” (*Codice di commercio*, vol. 1, Roma, 1925, p. 111): nella relazione di accompagnamento si segnalava che in tal modo “si sopprime la così detta responsabilità per i danni negativi a carico del revocante, per il caso che l'altra parte abbia iniziato l'esecuzione del contratto” poiché tale responsabilità è giudicata “in contraddizione con i principi e praticamente sterile” (*Codice di commercio*, vol. II, Roma, 1925, p. 124 ss.).

26. Secondo il testo del quarto comma dell'art. 2 “Il proponente può revocare l'offerta finché non ha avuto notizia dell'accettazione. L'accettazione può essere revocata finché non è giunta a conoscenza del proponente”: la disposizione su questo punto non è commentata dalla Relazione. L'idea che tale progetto volesse ripristinare il significato originario della norma non può essere dimostrata con certezza. Non è sicuro, infatti, quale sarebbe in questa prospettiva il senso della regola, introdotta al sesto comma dello stesso art. 2 e corrispondente a quella poi riprodotta dall'art. 1335, c.c. – nel quale la rilevanza della conoscibilità della dichiarazione è pure riferita alla revoca della proposta – anche alla luce della mancata riproduzione della disciplina del risarcimento del danno (il punto potrà essere più chiaro al lettore dopo la lettura del § 7), la quale invece è testualmente regolata in sede di revoca della promessa al pubblico (art. 4 del progetto).

27. Pongono in evidenza la consapevolezza dei compilatori nel distaccarsi dalla soluzione del progetto D'Amelio, FRAGALI, op. cit., p. 333 e SACCO, op. cit., p. 185 ss., i quale però non segnalano che la soluzione vigente era già stata formulata nel progetto Vivante (progetto che non era ricordato nei saggi di Candian e di Forti, i quali potevano non avere uno specifico interesse a darne notizia, essendo ormai per loro superato:

disposizione, che modificava in senso recettizio la disciplina della revoca dell'accettazione, ha riprodotto invece la disciplina originaria per la sola revoca della proposta²⁸. Ma che fosse tale l'intendimento dei compilatori sembra essere smentito dalla Relazione al progetto, in quanto (mentre nella sede specifica si fa soltanto riferimento alla recettività dell'accettazione²⁹) nel commento al secondo comma dell'art. 188 (corrispondente grosso modo al secondo comma dell'art. 1336 c.c. vigente) sulla revoca dell'offerta al pubblico, si sottolineava che “*essa si differenzia dalla revoca dell'offerta contrattuale al singolo perché non ha carattere recettizio, e cioè opera indipendentemente dalla notizia che ne abbia avuto colui che aveva conosciuto l'offerta*”³⁰; commento che, con formule simili, ma uguale significato, si ritrova nella stesura definitiva della Relazione al Re³¹.

Anche se la tesi tradizionale trova altri argomenti nelle fasi finali dei lavori preparatori. In primo luogo, nel rilievo che il testo attuale si debba, secondo alcuni autori³², all'osservazione dell'Asquini, che propose la modifica “*atteso che ci sono i casi in cui il contratto si perfeziona presso il destinatario della proposta con una accettazione espressa re, anziché verbis*”³³:

stupisce, invece, che l'esistenza di quel precedente non sia mai stata segnalata nella dottrina che ha esaminato il problema sotto il codice vigente).

28. Secondo il primo comma dell'art. 186 “*la proposta può essere revocata, finché il proponente non ha avuto conoscenza dell'accettazione. Ma se l'accettante ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto*”.

29. Nella relazione al progetto, si sottolinea la continuità con le scelte del sistema vigente e con il progetto del 1936, che riprendeva quello italo-francese: (161) “*Il sistema vigente, però, se in pratica si è rivelato meritevole di miglioramenti, non ha dato luogo ad inconvenienti che consigliano di ripudiare del tutto; del resto nessuna delle teorie sul perfezionamento dei contratti fra persone lontane appare insuscettibile di critiche. Ho mantenuto perciò le linee degli articoli 2 e 3 del progetto del 1936, con le seguenti modifiche: a) a proposito della revoca della proposta (art. 186) ho riconosciuto i danni all'accettante che prima di avere notizia della revoca della proposta ha intrapreso in buona fede l'esecuzione del contratto: i danni si sono limitati agli interessi negativi (spese e perdite per l'iniziata esecuzione); b) ho precisato che la revoca dell'accettazione è ammissibile, ma deve giungere a conoscenza del proponente prima dell'accettazione (art. 186 cpr): in tal modo è rimasta chiarita la natura recettizia dell'accettazione*”.

30. Non segnala tale passo, contenuto nel § 162 della Relazione al progetto, la dottrina sotto il codice vigente, neanche quella a favore della soluzione della recettività: cfr. RAVAZZONI, op. cit., p. 196 in nota, che desume dal § 161 della stessa Relazione la volontà dei compilatori di mantenere la regola originaria della revoca della proposta.

31. È sorprendente che la dottrina favorevole alla tesi della recettività non abbia mai utilizzato il passo del § 611 della Relazione al Re, a commento della revoca dell'offerta al pubblico, dove si sottolinea che “*essa ha quale sua caratteristica fondamentale la direzione ad incertam personam; e pertanto, mentre può mettere in moto il normale meccanismo dell'accettazione contrattuale, non può soggiacere alle norme ordinarie che regolano le forme della revoca. Ignorandosi infatti quali persone abbiano avuto notizia dell'offerta, la revoca di questa non può indirizzarsi individualmente: basterà che sia resa pubblica nelle medesime forme usate per l'offerta o in forme equipollenti, prescindendosi per la sua efficacia dall'indagare se in concreto fu conosciuta da coloro che conobbero l'offerta*”.

32. RAVAZZONI, op. cit., p. 196, in nota; GALGANO, op. loc. cit.; REALMONTE, *ibidem*.

33. L'Asquini, nella qualità di presidente della Commissione, propose di sostituire la prima parte con la formula “*La proposta può essere revocata sinché il contratto non è perfetto*”, raccogliendo il consenso di Scialoja e il voto della commissione: *Atti della Commissione delle assemblee legislative, Parere sul Libro delle obbligazioni*, Roma, 1940, 117, p. 520.

se si reputa che l'osservazione dell'Asquini intendesse estendere la regola già sancita nel progetto, non solo al modo ordinario di concludere il contratto (*verbis*), ma anche alla regola speciale di stipulazione mediante l'inizio dell'esecuzione (*re*)³⁴, se ne possono trarre elementi a favore della soluzione tradizionale, in quanto la risarcibilità dei danni nel caso di contratto concluso con l'inizio dell'esecuzione (secondo il modello dell'attuale art. 1327 c.c.) trova uno spazio applicativo soltanto se si ammette che la revoca debba essere spedita – e non ricevuta – prima della conclusione del contratto³⁵. In secondo luogo, nella mancata modifica della disposizione nella fase finale, nonostante l'osservazione di Salandra, per il quale “*dovrebbe essere meglio chiarito se per impedire la perfezione del contratto sia sufficiente che la revoca della proposta sia stata emessa prima che giunga al proponente l'accettazione, ovvero se sia necessario che prima di tale momento la revoca sia pervenuta al destinatario*”³⁶.

3. Regola di privilegio o tecnica di bilanciamento? Gli interessi rilevanti.

A fronte di un significato testuale che non depone inequivocabilmente a favore di una delle soluzioni in campo, occorre chiedersi quale sia l'interpretazione congrua con gli interessi rilevanti.

La dottrina e la giurisprudenza tradizionale si è tendenzialmente limitata a porre in evidenza che la regola della revoca, pur favorendo il proponente, sarebbe bilanciata dalla responsabilità del revocante nei confronti dell'accettante che abbia iniziato l'esecuzione del contratto in buona fede³⁷: in tal modo, questa opinione segnala che gli interessi dell'oblato sarebbero protetti dalla disciplina complessivamente considerata, ma non spiega perché il potere di revoca, da esercitare emettendo la dichiarazione prima della conclusione del contratto, sia stato riservato soltanto al proponente e non sia stato mantenuto per entrambe le parti.

Nel modello del codice di commercio, infatti, la revoca della proposta seguiva la medesima regola della revoca dell'accettazione; nell'uno e nell'altro caso, la posizione della

34. Si badi che la stessa proposta di modifica, ma con argomentazioni diverse (che invero mi sono apparse meno chiare), era già stata formulata, in sede di osservazioni al primo progetto, da Cariota Ferrara e da F. Santoro Passarelli: *Osservazioni e proposte sul progetto del libro quarto delle obbligazioni*, Roma, 1940, p. 177.

35. Nel senso del testo RAVAZZONI, op. loc. cit.; in senso opposto, GALGANO, op. loc. cit.; REALMONTE, *ibidem*.

36. *Osservazioni e proposte sulla seconda edizione del progetto del libro quarto delle obbligazioni*, Roma, 1941, p. 341 ss.; a seguito dell'osservazione del cons. Rebutti il testo è stato modificato su un profilo meramente formale (“*concluso*” invece di “*perfetto*”).

37. Per tutti G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., p. 117, per il quale la regola della responsabilità “*pare diretta alla più completa tutela dell'oblato, assicurandone adeguata protezione anche per l'ipotesi in cui il ritiro della proposta, utilmente emessa, ritardi o non giunga affatto*”. La posizione illustrata nel testo sembra trovare conferma nella lettura di Carrara, op. cit., p. 216 ss., il quale – muovendo dalla tesi, in linea con l'opinione allora diffusa, della conformità al sistema della libera revocabilità della dichiarazione prenegoziale e della irrazionalità di una responsabilità da recesso – sosteneva che la disciplina del risarcimento poteva spiegarsi soltanto quale contrappeso al peculiare – e a suo dire ingiustificato – vantaggio attribuito al revocante con la regola dell'emissione; ne discende che l'auspicabile, secondo l'A., adozione della regola della recettività della revoca, avrebbe fatto venire meno la ragione della disciplina risarcitoria.

controparte del revocante era protetta dal risarcimento del danno di chi avesse iniziato l'esecuzione in buona fede.

La coerenza del sistema viene meno con l'approvazione di una regola diversa in caso di accettazione³⁸: occorre chiedersi pertanto quali siano le ragioni per cui il legislatore, che ha modificato la regola per la revoca dell'accettazione, avrebbe tenuto ferma la disciplina della revoca della proposta.

Ove non si individui alcuna ragione, sul piano degli interessi rilevanti, se ne dovrebbe dedurre che il mantenimento della regola tradizionale ponga il proponente in una posizione ingiustificata di privilegio: posizione ingiustificata, che, anche tramite il dubbio della conformità costituzionale, offre argomenti a sostegno dell'interpretazione alternativa. Quando in dottrina si sostiene l'equiparazione della regola della revoca della proposta a quella della revoca dell'accettazione, si suggerisce l'idea che la preminenza del revocante, pur conforme alla tradizione, non abbia più alcuna motivazione, essendo prospettabile (dopo la riforma) soltanto limitatamente alla posizione del proponente e che l'interprete sia, perciò, autorizzato a pervenire a soluzioni livellatrici di differenze di disciplina altrimenti inspiegabili³⁹.

Inoltre, va segnalato che né nell'una, né nell'altra prospettiva è stata messa nel dovuto risalto una questione cruciale, che costituisce forse la ragione profonda del disaccordo: la soluzione tradizionale non protegge integralmente l'interesse astrattamente riconducibile all'oblato, poiché il risarcimento del danno, essendo ritenuto limitato a (una parte de)ll'interesse negativo (spese e perdite), non solo non gli consente di tenere fermi quei profitti – derivanti dal contratto che riteneva in buona fede di avere già stipulato – su cui poteva legittimamente confidare, ma anche di recuperare quanto perduto, in termini di danno emergente, ma soprattutto di lucro cessante, a causa della mancata conclusione del contratto⁴⁰.

È mancato sinora uno sforzo volto a giustificare la diversità di posizione tra il proponente e l'accettante nella fase di revoca⁴¹, che sia anche idoneo a spiegare le ragioni della limitazione del risarcimento del danno al solo interesse negativo (o addirittura a una parte dello stesso).

L'unico tentativo apprezzabile di argomentazione è stato quello di chi ha reputato che la soluzione tradizionale consenta di concentrare in capo al proponente il controllo del

38. Lo rileva DOTTORE, op. cit., p. 391 ss.

39. È il senso che mi sembra di cogliere nella riflessione di DOTTORE, op. cit., p. 399 ss., e di NATUCCI, op. cit., p. 344 ss. e che è forse sotteso a posizioni come quella di BIANCA, op. cit., p. 233, e SACCO, op. cit., p. 187 ss.

40. In tal senso NATUCCI, op. cit., p. 345; già DOTTORE, op. cit., p. 387 e p. 404 (quest'ultimo con particolare riguardo alla fattispecie dell'art. 1327 c.c.).

41. Non mi sembrano tali le "spiegazioni" – di chiaro sapore dogmatico – di FRAGALI, op. cit., p. 332, e di DALMARTELLO, op. cit., p. 81 ss., secondo i quali, in caso di revoca della proposta, l'accettazione al suo arrivo non troverebbe più la volontà del proponente, mentre la revoca dell'accettazione non influirebbe sull'incontro delle volontà a meno che non sia pervenuta prima dell'accettazione.

momento della conclusione del contratto, ogni qualvolta la stipulazione avvenga secondo il modello generale dell'art. 1326 c.c.⁴².

L'argomento consente di spiegare perché il legislatore abbia modificato la regola della revoca dell'accettazione in senso recettizio, tenendo ferma la disciplina tradizionale per la revoca della proposta⁴³.

Invero, la tesi perviene a una soluzione che contrasta con la storia della riforma, la quale sembra da intendere nel senso dell'applicabilità della disciplina tradizionale della revoca della proposta anche alla fattispecie dell'art. 1327 c.c.⁴⁴. Nulla impedisce invero di svalutare la rilevanza della modifica del testo intercorsa tra il progetto del libro delle obbligazioni e la stesura finale, sottolineando che quella, che ad Asquini era apparsa un errore, costituisca invero la regola che avrebbe posto un legislatore consapevole: per cui, solo se concluso *verbis*, la revoca della proposta sarebbe stata efficace se emessa sino all'arrivo dell'accettazione; mentre, se concluso *re*, avrebbe assunto efficacia solo se fosse pervenuta all'oblato prima dell'inizio dell'esecuzione, attribuendo in tal modo allo stesso oblato il controllo del momento della stipulazione del contratto⁴⁵.

Piuttosto occorre chiedersi quale sia la ragione per cui il legislatore avrebbe concentrato in capo a un soggetto il controllo del processo di conclusione del contratto. Si potrebbe ritenere che sia una ragione processuale, supponendo che tale regola renda più agevole la prova sull'avvenuta o mancata stipulazione del contratto⁴⁶: ma in questa

42. È la nota posizione di ROPPO, op. cit., p. 149, il quale rileva “È molto più razionale e praticabile risolvere il dilemma revoca efficace \ inefficace , e quindi contratto non concluso \ concluso, in base alla verifica di priorità cronologica tra due eventi che maturano nella sfera dello stesso soggetto (emissione della revoca della proposta e ricezione dell'accettazione, entrambe riferibili al proponente); darebbe problemi ben più gravi affidarlo a una verifica di priorità cronologica fra due eventi che maturano nella sfera di soggetti diversi (ricezione dell'accettazione in capo al proponente, ricezione della revoca della proposta in capo all'accettante)”. L'osservazione si trova già in FRAGALI, op. cit., p. 334, e in DALMARTELLO, op. cit., p. 67 - sotto il codice di commercio, in Rocco, op. cit., p. 390 - i quali però non ne traggono tutte le conseguenze.

43. Aggiunge ROPPO, op. cit., p. 148, che la posizione del proponente e dell'accettante è diversa anche dal punto di vista della forza dell'affidamento: “l'affidamento del proponente che ha ricevuto l'accettazione è troppo forte per potere essere smentito da una revoca dell'accettazione che, ancorché emessa prima, gli arrivi dopo (...). Invece l'affidamento dell'accettante sulla conclusione del contratto è (...) più labile e meno solidamente fondato”.

44. Osserva ROPPO, op. cit., p. 149, che la giustificazione della concentrazione del controllo in capo al proponente “non vale per i contratti che si concludono secondo lo schema particolare dell'art. 1327, con l'esecuzione dell'oblato, e cioè con un evento che matura nella sfera di questo: è dunque coerente che, per essi, la revoca della proposta obbedisca al principio di ricezione”.

45. In questa prospettiva, va escluso che il primo comma dell'art. 1328 c.c. regoli l'ipotesi della revoca della proposta nello schema dell'art. 1327 c.c.: ne discende che per tale fattispecie vi sarebbe una lacuna “assiologica” da colmare attraverso il ricorso all'analogia.

46. In questo senso, sotto il codice di commercio, è l'argomento prospettato da FORTI, op. cit., p. 1011, per la quale “ammettendosi la tesi contraria, il proponente che revoca non saprebbe mai se fa un atto efficace o no, e difficilissimo gli riuscirebbe il provare che la sua revoca sia giunta all'accettante prima che l'accettazione sia giunta a lui”; ma la stessa scrittrice ha poi negato che tale argomento fosse determinante, anche perché nella stessa posizione si trovava, in quel contesto normativo, l'accettante. Critico nei confronti di tale prospettiva CANDIAN, *Indole recettizia*, cit., p. 391 ss. L'argomento è ripreso, sotto il codice vigente, da FRAGALI, op. cit., p. 334, per il quale “mentre è agevole per il proponente provare (come gliene è fatto onere) che la revoca è stata da lui emessa prima di avere notizia dell'accettazione, dato che

prospettiva, la norma avrebbe senso ove coordinata con una disciplina di concentrazione dell'onere della prova in capo al proponente, disciplina che non mi pare coerente con la presunzione sancita dall'art. 1335 c.c., la quale, consentendo al mittente di dimostrare la conoscenza della dichiarazione pervenuta al domicilio del destinatario, presuppone una distribuzione dell'onere della prova a carico del mittente di ogni dichiarazione⁴⁷.

Piuttosto, la ragione della concentrazione del controllo potrebbe cercarsi nell'idea, che si trova già in Gorla⁴⁸, di permettere al proponente di rientrare efficacemente nel mercato, potendo acquisire una ragionevole certezza sulla mancata stipulazione del contratto con l'oblato e, conseguentemente, chiudere tempestivamente l'affare con un terzo: si tutelerebbe in tal modo l'interesse del proponente (che viene considerato interesse del sistema) alla collocazione maggiormente redditizia delle sue risorse⁴⁹. Tale vantaggio non vi sarebbe stato per l'accettante, neanche se si fosse mantenuta la regola tradizionale a suo favore, poiché questi avrebbe dovuto comunque verificare che

le relative circostanze si producono nella sfera di lui, è difficile per l'accettante (al quale, in ipotesi, competerebbe l'onere relativo) dimostrare che la revoca è giunta a notizia di lui prima che il proponente avesse avuto conoscenza dell'accettazione, perché tale conoscenza si produce in una sfera estranea alla sua".

47. Spetta all'accettante - e non al proponente - l'onere di provare che l'accettazione sia stata conosciuta dal proponente in una determinata data, onere che deve essere assolto, se si è affidata la spedizione al servizio postale, dimostrando l'avvenuto recapito della dichiarazione (cfr. Cass. 27.10.2005, n. 20924; Cass. 17.3.1995, n. 3099; Cass. 4.12.1982, n. 6641; nel senso che, in caso di raccomandata, vale l'avviso di ricevimento Cass. 21.6.2016, n. 12822; Cass. 23.9.1996, n. 8399; nel senso che la prova della spedizione della raccomandata consente di presumere la ricezione della dichiarazione Cass. 22.10.2013, n. 23920; Cass. 24.7.2007, n. 16327; Cass. 4.6.2007, n. 12954; Cass. 28.7.2005, n. 15802); mentre se si è affidata l'accettazione a un nunzio o a un mediatore, può essere dimostrato che il destinatario ne abbia acquisito la conoscenza, anche se non ha ricevuto la dichiarazione (Cass. 9.12.2014, n. 25923; Cass. 12.7.2011, n. 1529; Cass. 16.4.2003, n. 6105). Allo stesso modo spetta all'accettante dimostrare, nei casi sub art. 1327 c.c., il momento in cui sia iniziata l'esecuzione. L'accettante che sia interessato a far valere la conclusione del contratto non deve anche dimostrare che la revoca del proponente non sia stata tempestiva: ragioni di "vicinanza" depongono nel senso che spetti al proponente la prova del momento in cui sia stata spedita la revoca della proposta. Tali ragioni, tuttavia, valgono quale che sia il modo di conclusione del contratto e non appaiono perciò collegate con il fenomeno della concentrazione del controllo della conclusione del contratto.

48. GORLA, *La "logica - illogica"*, cit., p. 264. Si tenga però presente che nell'economia della tesi dell'illustre studioso questo passaggio argomentativo non si presentava centrale, non essendo supportato dall'argomento del concentrazione del controllo in capo a una sola parte, come dimostra la circostanza che Gorla teneva ferma la regola tradizionale anche nella fattispecie dell'art. 1327 c.c. Il collegamento con la tesi di Gorla non è esplicito, per converso, nella sintetica analisi del Roppo (la quale a sua volta non è valorizzata da Las Casas, che pure riprende lo spunto di Gorla).

49. È il profilo messo in evidenza da LAS CASAS, op. cit., p. 348 ss., il quale, invertendo il consueto modello argomentativo, ritiene che il vantaggio assicurato al proponente sia un contrappeso rispetto al diritto dell'oblato alla salvaguardia dell'investimento precontrattuale attraverso il risarcimento del danno; ne discende, in questa prospettiva, che - poiché l'investimento dell'oblato, nella fattispecie coperta dall'art. 1327 c.c., è tutelato dall'ordinamento direttamente dalla regola della conclusione del contratto mediante l'inizio dell'esecuzione - non si trovano ragioni per prevedere (nell'ambito di applicazione della disciplina dell'art. 1327 c.c.) quel sistema di pesi e contrappesi in cui è inserita la regola tradizionale della revoca della proposta.

l'accettazione non fosse ancora pervenuta al proponente al momento della spedizione della revoca dell'accettazione.

Nel suo complesso, l'argomentazione, così integrata, consente di spiegare perché la revoca della proposta debba seguire una regola diversa dalla revoca dell'accettazione: resta oscura, invece, la ragione per cui l'interesse del proponente alla massimizzazione delle risorse debba essere perseguito a danno del corrispondente interesse dell'oblato⁵⁰.

È questo il motivo per il quale mi sembra opportuno seguire una diversa linea argomentativa che, riprendendo e sviluppando un altro spunto di Gorla⁵¹, tenga altresì ferma l'unitarietà della regola della revoca della proposta⁵², conformemente al dettato del testo normativo e alla sua collocazione⁵³.

La diversità di soluzioni tra revoca della proposta e dell'accettazione trova allora giustificazione nella specifica posizione del proponente, il quale soggiace al potere dell'oblato di decidere, seppure entro il termine indicato nella proposta o desumibile dalla natura dell'affare o dagli usi (art. 1326, comma 2, c.c.)⁵⁴, se e quando concludere il contratto.

50. Se si assume un punto di vista neutro (il punto di vista del mercato o della collettività), si ha massimizzazione delle risorse, quando per il proponente sia conveniente rendersi inadempiente, essendo il vantaggio ricavabile dal nuovo affare maggiore del danno da inadempimento da corrispondere alla controparte.

51. Si cfr. GORLA, *La "logica – illogica"*, cit., p. 261 ss. Anche Gorla sembra limitarsi, come la dottrina precedente o successiva, a sostenere che la posizione del proponente, pur favorita nella scelta della regola, sia bilanciata da una pluralità di contrappesi a favore dell'oblato. Ma quando passa poi a esporre i contrappesi, l'A. fa riferimento, oltre che alla regola di responsabilità (e ad altri profili quali la possibilità di richiedere una proposta irrevocabile o l'impossibilità di revocare la revoca), alla circostanza che l'accettante abbia un termine per accettare più lungo rispetto agli ordinamenti di *common law* (ritenendo che il vantaggio di tale termine più lungo per l'accettante vada bilanciato con la libertà di revoca della proposta "*sino all'ultimo momento di quel termine più lungo*") e che appare opportuno consentire agli eredi del proponente imprenditore di revocare tempestivamente le proposte non convenienti una volta scoperte. Mi sembra pertanto che la tesi sostenuta nel testo sia in fondo uno sviluppo coerente delle argomentazioni di Gorla, che si preoccupa di inserire in un "*complesso meccanismo di ruote e contrappesi*" la nostra regola, trovandone la giustificazione, in una certa misura, quale bilanciamento alla soggezione del proponente al potere dell'oblato. Lo spunto di Gorla sembra ripreso, seppure in termini assolutamente generici, nella nota di PRESTIPINO, in *Foro it.*, 1982, I, p. 456 ss., p. 459, per il quale la regola che assicura una posizione di preminenza al proponente va considerata espressione di "*criteri di politica del diritto per i quali gode di maggior tutela colui che, assumendo dei rischi, promuove l'iniziativa contrattuale e con essa anche la circolazione dei beni*".

52. In questo senso è esplicitamente la posizione di: DALMARTELLO, op. cit., p. 69 ss., al termine di una meditata analisi in cui pone in luce specifiche esigenze di protezione del proponente; GORLA, *La "logica – illogica"*, cit., p. 262, nota 22; MIRABELLI, op. cit., p. 58; ROSSELLO, op. cit., p. 271.

53. Segnali congruenti giungono anche dalla storia della norma. Nel senso dell'applicazione della disciplina del terzo comma dell'art. 36, cod. comm., alla fattispecie prevista nel secondo comma dello stesso articolo, era infatti la dottrina largamente maggioritaria: CICU, op. cit., p. 68; ORLANDO CASTELLANO, op. cit., 84; CARRARA, op. cit., p. 203 ss., testo e nota 92; FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918, p. 56; CESARINI, op. cit., p. 128; RAMELLA, op. cit., p. 106; BOLAFFIO, op. cit., p. 166 e p. 169; ROCCO, op. cit., p. 393, in nota; SALV. ROMANO, op. cit., p. 174; D. RUBINO, op. cit., p. 195, nota 3. In senso opposto, però, era dottrina anche autorevole: VIVANTE, op. cit., p. 44; NAVARRINI, op. cit., p. 138.

54. Sulla durata del termine della proposta secondo la natura dell'affare cfr.: Cass., 18.3.1986, n. 1844; Cass. 7.4.1987, n. 3339.

Si pensi alla peculiare situazione in cui il proponente - ma non l'accettante - possa avere interesse a revocare tempestivamente la proposta originariamente destinata a più oblati: se si abbandonasse la regola tradizionale, infatti, il proponente rischierebbe di essere vincolato - con conseguente responsabilità contrattuale per l'interesse positivo - a tutti i contratti per i quali sia pervenuta al suo domicilio l'accettazione prima che la revoca della proposta fosse pervenuta al domicilio degli oblati. La logica sottostante la regola del cpv. dell'art. 1336 c.c. - ove non sia ritenuta direttamente applicabile - depono, seppure solo in questa particolare fattispecie, contro l'idea della recettività della revoca.

Più in generale, il proponente si espone al rischio che l'oblato possa accettare la proposta approfittando del mutamento a lui favorevole delle condizioni di mercato: contro tale evenienza, riconoscere al proponente, ma non all'accettante, la possibilità di evitare tempestivamente la conclusione del contratto, limitandosi a emettere la revoca (senza che si pretenda che giunga all'oblato prima che l'accettazione pervenga al proponente) non costituisce una forma di privilegio, quanto piuttosto un contrappeso alla posizione di soggezione in cui si colloca chi indirizza ad altri una proposta. Riconoscere tale contrappeso consente all'ordinamento di garantire al proponente uno strumento efficace per riacquistare la propria libertà contrattuale se si modificano le condizioni di mercato, evitando che resti legato a proposte divenute svantaggiose (interesse che in via tipica non ha l'oblato che ha spedito l'accettazione): l'interesse tutelato non è quindi quello di consentire al proponente di reimmettersi tempestivamente nel mercato (che sarà un effetto eventuale, limitato all'ambito dello schema ordinario, ex art. 1326 c.c., della conclusione del contratto), quanto piuttosto quello di evitare, conformemente all'interesse generale, che gli operatori possano essere disincentivati dalla proposizione di scambi commerciali per il timore di essere vincolati da offerte formulate in forza di valutazioni non più attuali.

In questi termini appare evidente la ragione per cui l'oblato non possa ottenere il profitto sul quale aveva legittimamente confidato: proprio perché la regola che "*anticipa*" l'efficacia della revoca è volta a proteggere il proponente dall'iniziativa dell'oblato che, avvantaggiato dalla modifica delle condizioni di mercato, intenda lucrare sull'affare⁵⁵.

55. In senso opposto, si potrebbe ritenere che le esigenze di tutela manifestate nel testo possano essere soddisfatte attraverso limiti espliciti o impliciti dell'efficacia della proposta ogni qualvolta vi siano mutamenti delle condizioni di mercato o si debba tenere conto di una pluralità di offerte. L'obiezione non toglie valore a quanto sostenuto nel testo, poiché l'eventuale pattuizione espressa di limiti, se non modifica la natura dell'offerta, trasformandola in un invito a offrire, non sempre può tenere conto delle sopravvenienze in maniera univoca: per cui resta forte l'esigenza di tutelare il proponente attraverso un'appropriata disciplina dell'efficacia della revoca. Soluzione che mi sembra sia preferibile a quella di chi ritenga che il problema possa essere risolto attraverso limiti impliciti, i quali interagendo sul termine di efficacia della proposta e sulle regole di conclusione dei contratti, contrasterebbero con le esigenze di tutela dell'affidamento dei terzi alla certezza della stipulazione dei contratti: risultando preferibile spostare il problema dell'incertezza dalla sfera dei presupposti per la conclusione del contratto a quella dei presupposti del risarcimento del danno, rilevante solo tra le parti impegnate nella contrattazione.

4. Tra fattispecie e disciplina: la regola risarcitoria.

A conferma della valutazione degli interessi rilevanti illustrata nel precedente paragrafo, occorre verificare se il risarcimento del danno a favore dell'accettante sia sottoposto alla regola del primo comma dell'art. 1328 c.c., quantomeno in via tipica, nei casi in cui l'abbandono dell'affare (*recte*, la revoca della proposta) sia giustificato dal mutamento delle condizioni economiche, essendo venute meno quelle valutate originariamente al momento della formulazione dell'offerta.

Si potrebbe sostenere, per contrastare la lettura qui proposta, che, se fossero mutate le condizioni economiche in cui l'offerta era inquadrata, sarebbe venuto meno anche l'affidamento dell'oblato sulla conclusione del contratto: per cui non vi sarebbe neanche spazio per il risarcimento del danno previsto dall'art. 1328 c.c., il quale testualmente richiede la buona fede dell'accettante che avesse intrapreso l'esecuzione della sua prestazione. L'obiezione non coglie il segno, in effetti, poiché non tiene conto della differenza tra l'affidamento sulla futura conclusione del contratto e quello sull'avvenuta stipulazione del contratto⁵⁶: l'oblato che inizia l'esecuzione del contratto non può confidare, infatti, sulla certezza, o sull'alta probabilità, che il proponente tenga ferma la proposta, non essendovi più le condizioni economiche del tempo dell'offerta; tuttavia può legittimamente ritenere, ed in questo consiste la buona fede⁵⁷, che vi sia stata la stipulazione del contratto, avendo già iniziato l'esecuzione del contratto (nei casi regolati dall'art. 1327 c.c.) o essendo già trascorso uno spazio temporale adeguato dal momento in cui ha spedito l'accettazione (nella sfera di applicazione dell'art. 1326 c.c.)⁵⁸.

Secondo il dato normativo il risarcimento del danno ex art. 1328, c.c., è limitato alle spese e alle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto⁵⁹: è discusso se tali voci di danno riguardino le poste perdute a partire dal momento in cui è stata spedita l'accet-

56. Differenza già messa in luce, sotto il codice di commercio, da CANDIAN, *Revoca*, cit., p. 481, secondo il quale il revocante è tenuto a garantire con il risarcimento “*la ragionevole opinione dell'avvenuta formazione del contratto*” e non “*la fiducia suscitata da un'offerta di contratto come tale*”. Distingue, ma sovrappone, i due affidamenti, DALMARTELLO, op. cit., p. 76 ss., il quale sottolinea che per l'applicazione dell'art. 1328 c.c. occorre che “*l'accettante abbia fatto, non soltanto un generico affidamento sulla proposta, ma abbia fatto e abbia potuto fare uno specifico affidamento di non intervenuta revoca, ossia di accettazione che abbia raggiunto il suo fine prima della revoca stessa*”.

57. Sulla questione della buona fede cfr. PERFETTI, op. cit., p. 222, il quale indica però, come riferimento della buona fede in senso soggettivo, la mancata conoscenza della revoca della proposta.

58. Sotto il codice vigente, la rilevanza dell'affidamento sull'avvenuta stipulazione del contratto è sottolineata da BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967, p. 257 ss., per la quale in questo caso “*non viene più in considerazione il semplice affidamento dell'oblato sulla futura conclusione del contratto, bensì la sua non temeraria convinzione relativa alla già avvenuta perfezione dello stesso*”; nello stesso senso mi sembra GAZZONI, op. cit., p. 853. Sotto il codice di commercio, riferisce della “*attendibile fiducia che il contratto si sia perfezionato*”, BOLAFFIO, op. cit., p. 168.

59. Secondo la tesi accolta dall'orientamento prevalente: DALMARTELLO, op. cit., p. 79 ss.; TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 238 ss.; DOTTORE, op. cit., p. 387; ROPPO, op. cit., p. 146; NATUCCI, op. cit., p. 341.

tazione⁶⁰ ovvero dal momento in cui l'accettazione sarebbe dovuta pervenire al domicilio del proponente⁶¹. Ritengo che si debba accedere alla soluzione più rigorosa, proprio perché l'oblato poteva confidare soltanto sull'avvenuta conclusione del contratto e non sul mancato esercizio del potere di revoca⁶². Meno facile da spiegare è la mancata estensione del risarcimento al lucro cessante, derivante dalle occasioni perdute dal momento in cui il contratto si sarebbe potuto considerare concluso⁶³: è dubbio se la soluzione rigorosa sia il frutto di una svista del legislatore, che possa corretta dall'interprete anche contro il dato testuale⁶⁴, ovvero se - come mi sembra preferibile - esprima un temperamento della disciplina risarcitoria alla luce di un corretto bilanciamento degli interessi contrapposti⁶⁵.

Occorre porre adesso in evidenza che il fondamento della regola tradizionale della revoca della proposta, nelle esigenze di protezione del proponente esposto all'accettazione dell'oblato, non deve indurre l'interprete a delimitarne la portata sul piano della conclusione del contratto: ciò perché l'interesse alla tutela dell'affidamento dei terzi, sulla circostanza che il contratto sia stato stipulato, esige che sia unitaria la regola applicabile sul tempo dell'efficacia della revoca della proposta.

Ne discende che la regola della spedizione dovrà essere applicata anche ogni qualvolta il proponente abbia revocato la proposta pur essendo immutate le condizioni di mercato⁶⁶: si pone pertanto il problema se in questa diversa situazione si debbano tenere ferme le conclusioni alle quali siamo già pervenuti o se si debba applicare una disciplina conforme al diverso assetto degli interessi.

In questa diversa fattispecie l'oblato non confida - quantomeno non soltanto - sull'avvenuta stipulazione del contratto⁶⁷, perché, sin dal momento in cui ha ricevuto l'offerta,

60. In tal senso, si veda: AFFERNI, op. cit., p. 96; già OSTI, op. cit., p. 518 ss.; SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 128 ss.; RAVAZZONI, op. cit., p. 205.

61. Così FRAGALI, op. cit., p. 335; MIRABELLI, op. loc. cit.; ROSSELLO, op. cit., p. 270 ss.; ROPPO, op. cit., p. 146.

62. BIGLIAZZI GERI, op. cit., p. 258; GAZZONI, op. cit., p. 853.

63. In tal senso, senza particolare motivazione, si vedano: DALMARTELLO, op. cit., p. 80; MIRABELLI, op. cit., p. 60; ROPPO, op. cit., p. 146; NATUCCI, op. loc. cit. Secondo SCOGNAMIGLIO, op. loc. cit., il danno da lucro cessante non sarebbe risarcibile perché non ricollegabile all'intrapresa esecuzione della prestazione contrattuale: ma il rilievo dell'illustre studioso avrebbe valore solo per le occasioni mancate prima che la parte ritenga concluso il contratto, mentre la questione resta problematica per le occasioni mancate dopo tale momento.

64. Ammettono la risarcibilità del lucro cessante da occasioni mancate: FRAGALI, op. cit., p. 336; OSTI, op. cit., p. 519; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 342 ss.

65. Cfr. AFFERNI, op. cit., p. 42 e p. 90 ss., il quale giustifica l'approdo alla medesima soluzione nel bilanciamento tra l'interesse del proponente a non essere ostacolato in misura eccessiva nell'esercizio della revoca e la mancanza di un interesse forte dell'oblato a essere indennizzato per i mancati guadagni.

66. È l'ipotesi che ha tenuto presente, nello svolgimento della sua analisi sugli interessi rilevanti nell'interpretazione dell'art. 1328 c.c., DOTTORE, op. cit., p. 401 ss.

67. Non ritengono invece necessario dimostrare l'affidamento sull'avvenuta stipulazione del contratto: SACCO, op. cit., p. 187 ss., per il quale "la buona fede dell'art. 1328 non è l'erronea credenza che il contratto si è concluso, ma è la ragionevole (anche se erronea) previsione che il contratto si concluderà"; SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 128 ss., il quale ritiene che tale affidamento rende evidente l'esigenza di tutela dell'oblato, ma che la medesima regola si applica in

avrebbe potuto legittimamente vantare un affidamento sulla circostanza che il contratto si sarebbe concluso⁶⁸: ne discende che il risarcimento del danno, ove ricorra questa diversa fattispecie, può coprire l'intero interesse negativo che sia causalmente connesso con l'affidamento evocato dalla proposta, salvo a chiedersi se tale conseguenza discenda dall'applicazione dell'art. 1337 c.c.⁶⁹, ovvero sia espressione di una regola riconducibile allo stesso art. 1328 c.c.⁷⁰. Questa diversa disciplina sembra trovare riscontro nelle analisi elaborate dalla dottrina nella vigenza dell'art. 36, cod. comm.: anche in quella sede era discusso se, accanto alla fattispecie regolata dalla regola speciale, non si dovesse individuare una fattispecie più ampia⁷¹ ovvero se non si dovesse interpretare estensivamente l'ambito della disciplina speciale, ritenendola fondata sull'affidamento nella proposta contrattuale⁷²; nell'ambito di

qualsiasi caso in cui l'oblato inizi a eseguire il contratto in buona fede: CATAUDELLA, op. cit., p. 45, il quale reputa che l'ipotesi in cui l'oblato confidi sulla conclusione del contratto sia quella tipica, ma non sia esclusiva. Salvo poi verificare se tale richiesta di risarcimento dei danni possa essere avanzata solo da chi abbia emesso tempestivamente l'accettazione: in effetti, ove vi sia stata una proposta, si può ritenere che l'oblato possa dimostrare di avere legittimamente confidato sulla conclusione del contratto solo se si sia comportato in modo congruo rispetto a tale preteso affidamento, provvedendo senza indugi all'accettazione. In tal senso si veda ROCCO, op. cit., 391 s., in nota, con citazioni di giurisprudenza.

68. Cfr. AFFERNI, op. cit., p. 257, il quale ritiene sufficiente l'aver fatto affidamento sulla imminente conclusione del contratto, seppure nell'ambito di un discorso in cui si riconduce una parte delle fattispecie di cui all'art. 1337 nell'ambito di una responsabilità di tipo oggettivo analoga a quella dell'art. 1328, c.c.

69. In questo senso mi pare vada inteso il pensiero di: SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 129; BIGLIAZZI GERI, op. cit., p. 258; GAZZONI, op. cit., p. 823. Non mi è chiaro invece, per la mancanza di esemplificazione analitica, se nello stesso senso vada intesa l'opinione che distingue tra l'art. 1328 e l'art. 1337 c.c., sia sotto il profilo della fattispecie (in quanto nel secondo caso si imputa un comportamento in contrasto con le regole di correttezza), sia sotto il profilo della disciplina (per la sua diversa estensione): per la quale si veda almeno G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Roppo*, vol. V, *Rimedi 2*, Milano, 2006, p. 1095 ss., e ivi ulteriori indicazioni.

70. Mi sembra che in questo quadro vada segnalata la tesi di AFFERNI, op. cit., p. 41 ss., il quale distingue tra ipotesi in cui il recedente risponderebbe a titolo di responsabilità oggettiva, secondo un modello analogo a quello dell'art. 1328, da tenere distinte dalle ipotesi in cui risponderebbe a titolo di colpa o dolo: anche se, secondo l'A., il lucro cessante per l'interesse negativo sarebbe risarcibile solo nel secondo caso.

71. Secondo CICU, op. cit., p. 85 ss., l'art. 36, cod. comm., presupponeva la risarcibilità dei costi sostenuti solo dopo che fosse trascorso il termine entro il quale sarebbe dovuta pervenire la revoca o l'accettazione (nello stesso senso PACIFICI MAZZONI, op. cit., p. 119; CESARINI, op. cit., p. 128; CANDIAN, *Revoca*, cit., p. 479; BOLAFFIO, op. cit., p. 169 ss., in nota 3); ma lo stesso A. riteneva configurabile, in base ai principi, una responsabilità più ampia, che sarebbe stata fondata sulla "probabilità obiettiva generica" che l'offerta non venisse revocata, dovendo essere accettata entro un termine breve (va aggiunto che secondo Cicu neanche in questa ipotesi più ampia si sarebbe dovuto ammettere il lucro cessante, non essendo sicuro l'oblato della conclusione del contratto). Cfr. altresì FAGGELLA, op. cit., p. 122 ss., p. 143, il quale ammette l'estensione analogica dell'art. 36 cod. comm. Cfr. anche NAVARRINI, op. cit., p. 138 ss., il quale trattando della revoca dell'accettazione rileva che l'affidamento non può che essere fondato sulla apparente conclusione del contratto; mentre trattando della revoca della proposta ammette che la tutela dell'oblato possa essere anche estesa all'affidamento sull'imminente conclusione del contratto.

72. Secondo ROCCO, op. cit., p. 391, "si può dunque affermare che la proposta e l'accettazione, in quanto abbiano fatto sorgere la legittima aspettativa della conclusione del contratto, implicano l'obbligo di mantenerle, per cui la revoca costituisce una violazione di quest'obbligo".

tale dibattito vi era sia la posizione di chi tendeva a ricondurre la disciplina nell'ambito della responsabilità oggettiva⁷³ o della responsabilità da atto lecito⁷⁴, contrastata da quegli studiosi che tendevano a inquadrarla quale rimedio ad un illecito⁷⁵. Il confronto tra la regola attuale e quella abrogata, sotto il profilo della responsabilità, non consente comunque valutazioni pienamente convergenti: sia perché l'ambito di applicazione dell'art. 36, cod. comm., era più esteso (non riguardando soltanto la revoca della proposta), sia perché la disciplina risarcitoria non incontrava limiti espressi⁷⁶. Non si intende, almeno in questa sede, prendere posizione sulla giustificazione della differenza di disciplina rispetto alla regola dell'art. 1328 c.c. (né sulla riconducibilità di tale diversa fattispecie nell'ambito dell'art. 1337 c.c.), al fine di accertare se sia soltanto collegata con il diverso oggetto del legittimo affidamento dell'oblato o se trovi origine anche in una valutazione negativa del comportamento del proponente: di certo il comportamento di colui che revoca la proposta, ferme le condizioni originarie, potrebbe non essere considerato altrettanto meritevole di tutela rispetto a chi reagisce al mutamento del mercato, nella comparazione con la posizione dell'oblato.

Sinora abbiamo escluso che l'oblato possa vantare un diritto al risarcimento del danno per l'interesse positivo, traendo argomento anche dalle ragioni che stanno a fondamento dell'estensione del diritto di revoca del proponente: occorre ora chiedersi se la preclusione riguardi soltanto il mancato guadagno e se l'ordinamento non possa invece ricondurre tra le perdite risarcibili anche quelle riconducibili all'interesse positivo. Si pensi al caso in cui l'oblato, confidando in buona fede sull'avvenuta stipulazione del contratto, rivenda a un terzo il bene acquistato: non si vede ragione per negare all'oblato il risarcimento del danno da inadempimento del contratto con il terzo causato dalla mancata disponibilità del bene, ancorché sembri ricollegabile con il concetto d'interesse positivo. Il tema meriterebbe di essere altrimenti approfondito, ma - pur con cautela - sembra prospettabile la tesi che, quantomeno in determinate circostanze, si possa estendere il risarcimento del danno a tutte le perdite subite, anche se resta incerto che siano considerate rilevanti a titolo di interesse positivo o negativo⁷⁷.

73. CICU, op. loc. cit.

74. Più precisamente, da disciplina equitativa direttamente disposta dalla legge e considerata eccezionale: ORLANDO CASTELLANO, op. cit., p. 88 ss., che la valutava criticamente; CARRARA, op. cit., p. 216; VIVANTE, op. cit., p. 45; SALV. ROMANO, op. cit., p. 366, p. 381 ss.

75. ROCCO, op. loc. cit.; NAVARRINI, op. cit., p. 138 ss.

76. Il terzo comma dell'art. 36, cod. comm., infatti, si limitava a sancire la risarcibilità dei danni, senza porre espressamente alcun limite: cfr. DALMARTELLO, op. cit., p. 75. In dottrina, reputavano che il danno potesse estendersi tanto al danno emergente, quanto al lucro cessante, nei limiti dell'interesse negativo: RAMELLA, op. cit., p. 103; CARRARA, op. cit., p. 210 ss.; BOLAFFIO, op. cit., p. 171; RUBINO, op. cit., p. 195, in nota. Altra dottrina del tempo, tuttavia, distingueva il caso in cui la responsabilità fosse senza colpa da quello in cui vi fosse stato un comportamento colposo o altrimenti scorretto, ritenendo che nella prima fattispecie i danni risarcibili fossero più limitati che nella seconda: VIVANTE, op. cit., p. 45.

77. Ammesso il lucro cessante derivante dalla mancata conclusione di altri contratti, sarebbe incompatibile

5. La tutela dell'oblato: le forme e la prova della revoca.

In un panorama interpretativo in cui è stato diffusamente negato il risarcimento di una parte del danno per la mancata conclusione del contratto, non deve sorprendere che la soluzione tradizionale sia stata temperata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, individuando altri contrappesi.

Al riguardo, va registrata la tesi secondo la quale la revoca della proposta assume rilievo soltanto se pervenga al domicilio dell'oblato, pur retroagendo l'efficacia al momento della spedizione: con tale prospettazione, si è tentato di coniugare la pretesa volontà della riforma di accogliere il principio della recettività della dichiarazione con la scelta di tenere ferma la regola originaria sulla revoca della proposta (c.d. recettività attenuata)⁷⁸. La soluzione ha trovato accoglimento anche nella giurisprudenza più recente⁷⁹, in quanto rispondente alle esigenze di tutela dell'oblato: ma è stata criticata, ponendo in evidenza che essa, per la sua eccentricità, andrebbe fondata su una specifica regola e non dedotta dal silenzio del testo dell'art. 1328 c.c.⁸⁰.

Si aggiunga che tale soluzione, incidendo sulla regola per la conclusione del contratto, introduce elementi d'incertezza anche nei confronti dei terzi⁸¹, risultando eccedente rispetto alla funzione di tutela dell'oblato: sarebbe preferibile, piuttosto, ipotizzare che l'interesse dell'oblato possa essere salvaguardato imponendo al revocante l'obbligo di avvisare tempestivamente la controparte, a pena di risarcimento dei danni, applicando analogicamente il modello accolto dall'art. 1327 c.c. In questa prospettiva, si potrà pervenire, operando sulle tecniche di quantificazione del risarcimento, a soluzioni analoghe a quelle già indicate nel precedente paragrafo.

Da un versante del tutto diverso, anche la soluzione appena prospettata può essere messa in discussione in considerazione di quella giurisprudenza che ha giustificato l'abbandono della regola tradizionale, argomentando dalle esigenze di tutela dell'oblato e in generale *“di garanzia e di certezza dei traffici giuridici che verrebbero seriamente compromesse se si consentisse al proponente di fornire la prova (anche a mezzo di testimoni se si aderisce a quella parte della dottrina e della giurisprudenza secondo cui la revoca della proposta è in ogni caso libera di forma) di avere affidato a terzi - prima di ricevere l'accettazione - l'incarico o di comunicare all'ac-*

riconoscere la risarcibilità dell'interesse positivo, ancorché limitato alle perdite causate dall'inadempimento dei contratti stipulati da chi ha confidato sull'avvenuta conclusione del contratto oggetto della revoca della proposta: salvo a non ritenere che il soggetto leso possa rinunciare a chiedere il risarcimento del danno da lucro cessante, limitando la sua richiesta alle perdite, ex art. 1328 c.c., nei termini esposti nel testo.

78. In tal senso GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettiva*, Milano, 1959, p. 68 ss., nota 146.

79. In particolare da ultimo Cass. 15.4.2016, n. 7543, cit.: *“la revoca della proposta - pur essendo un atto recettivo - opera con effetto retroattivo fin dal momento della sua emissione ...”*.

80. G. BENEDETTI, *Dichiarazioni*, cit., p. 249 ss.; DOTTORE, op. cit., p. 397 ss.

81. Trae argomenti dall'incertezza sulla conclusione del contratto per respingere questa tesi G. BENEDETTI, *Dichiarazioni*, cit., p. 250 s.; nello stesso senso PERFETTI, op. cit., p. 224.

*cezzante la revoca della proposta ovvero di consegnare la lettera indirizzata all'oblato contenente la revoca della proposta*⁸².

La Corte, che doveva decidere su un caso in cui la revoca era stata spedita nello stesso giorno in cui era stata recapitata l'accettazione, appare preoccupata di evitare che attraverso la prova per testi, in linea di principio di dubbia attendibilità, il revocante possa dimostrare la tempestività della propria dichiarazione.

In realtà nella sentenza si sovrappongono diversi piani.

In primo luogo, non sembra rilevante la questione se la revoca della proposta debba essere emessa nella stessa forma richiesta con cui sono state emesse le dichiarazioni precontrattuali o nella stessa forma richiesta per la stipulazione del contratto: piuttosto occorre chiedersi se, emesse le dichiarazioni prenegoziali in forma scritta, si possa provare la revoca per testi o se vada a essa estesa - come sostenuto in dottrina e giurisprudenza - la regola posta dall'art. 2722 c.c.⁸³.

Questione diversa è se la prova del momento in cui sia stata emessa la revoca debba risultare da atto scritto o possa darsi per testi. La questione tuttavia si intreccia con quella dell'idoneità dei mezzi per la spedizione della revoca, evocata già dalla giurisprudenza più antica a tutela della posizione dell'oblato⁸⁴: in questa prospettiva si è negato che possa essere rilevante la consegna della dichiarazione a un messo o a un nunzio, occorrendo che sia consegnata al servizio postale. La soluzione adottata dalla giurisprudenza, autorevolmente condivisa dal Gorla⁸⁵, sembra assumere rilevanza proprio sul piano probatorio, perché rende più facilmente accertabile la data di consegna della dichiarazione al servizio postale⁸⁶: ovviamente, se il problema della tempestività debba essere risolto in termini di ore e non di giorni, qualora una delle parti possa provare l'orario di spedizione o di ricezione e l'altra no, occorre individuare argomenti atti a giustificare lo spostamento dell'onere della prova su quest'ultima, sottoponendo al prudente apprezzamento del giudice eventuali richieste di prove per testi.

82. Il riferimento è alla nota sentenza di Cass. 16.5.2000, n. 6323, pubblicata in *N. giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 364 ss., con nota di A. BENEDETTI, in *Foro it.*, 2001, I, p. 227 ss., con note di R. PARDOLESI e di PALMIERI, in *Contratti*, 2001, p. 658 ss., con commento di POLLAROLI, in *Notariato*, 2002, p. 177, con commento di MORRA. Nello stesso senso: Cass. 31.3.2011, n. 7420, in *De Jure*.

83. In tal senso: RAVAZZONI, op. cit., p. 211 ss.; Cass. 25.5.1992, n. 6246, in *De Jure*. In senso opposto: NATUCCI, op. cit., p. 339.

84. Cass. 30.3.1951, n. 711; nello stesso senso Cass. 5.2.1953, n. 290, in *Giust. civ.*, 1953, p. 394 ss.; Cass. 25.5.1955, n. 1556; Cass. 28.2.1957, n. 725 in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1294 ss., con nota di GRANATA. La posizione giurisprudenziale, negando l'efficacia della revoca emessa con mezzi non idonei, sembra riprendere la tesi della "recettività imperfetta" di CANDIAN, *Indole recettizia*, cit., p. 392 ss., sostenuta nella vigenza del codice di commercio.

85. Ma già DALMARTELLO, op. cit., p. 66 ss. La tesi trova il consenso di MIRABELLI, op. cit., p. 57 ss., testo e nota 12; G. BENEDETTI, *Dichiarazioni*, cit., p. 262; GAZZONI, op. cit., p. 853.

86. Lo sottolinea DALMARTELLO, *ibidem*.

6. La trama delle regole: il rapporto con la disciplina dell'art. 1327 c.c.

L'adesione alla tesi secondo la quale la revoca della proposta sarebbe giustificata se siano mutate le condizioni di mercato rispetto al tempo della proposta è coerente con una lettura dell'art. 1327, c.c., diversa da quella che sembra ancorare la regola al soddisfacimento dell'interesse del proponente all'esecuzione immediata della prestazione⁸⁷: se questo fosse l'ambito di applicazione della norma, non vi sarebbe ragione di salvaguardare l'interesse del proponente alla revoca, nella fattispecie dell'art. 1327 c.c., perché la stessa proposta avrebbe un termine così breve da rendere tipicamente irrilevante il rischio di un mutamento delle condizioni economiche.

Secondo la più recente dottrina, l'ambito di applicazione della disposizione dell'art. 1327, c.c., deve essere articolato, essendo posto a tutela di una pluralità di distinti interessi⁸⁸: l'idea della scomposizione trova conferma nella formulazione del testo vigente, diversa da quella del secondo comma dell'art. 36 del codice di commercio.

Il disposto dell'art. 1327 c.c. ha, infatti, accolto l'orientamento prevalente sotto il codice abrogato, il quale era incline a espandere la portata della fattispecie anche in contrasto con il dato letterale. Ai sensi dell'art. 36 cod. comm., infatti, *“qualora poi il proponente richieda l'immediata esecuzione del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata e, per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena l'altra parte ne abbia impresa l'esecuzione”*: secondo l'orientamento autorevole, conforme al dato testuale, la norma si sarebbe dovuta applicare solo nel caso in cui vi fosse un interesse del proponente alla immediata esecuzione del contratto, salvo che il proponente non avesse chiesto una previa accettazione o che la necessità della previa accettazione non fosse risultato dalla natura del contratto o dagli usi⁸⁹. Appare evidente che, in questa prospettiva, l'interesse del proponente a evitare che l'oblato possa approfittare dei mutamenti delle condizioni economiche era in larga misura già tutelato dallo stesso termine della proposta, che richiedeva l'urgenza dell'accettazione mediante esecuzione (con il conseguente effetto di considerare tardiva l'accettazione ove l'esecuzione non fosse immediata): si spiega pertanto la mancanza di giustificazioni forti, in quel sistema, a supporto di una regola che avesse considerato

87. Alla quale sembra dare una spiccata rilevanza G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., p. 108 ss.

88. In tal senso si veda A. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 40 ss., p. 69 ss., per il quale *“non si tratta così di stabilire se il proponente avesse o meno interesse ad un'esecuzione immediata della prestazione (valutazione che semmai è il proponente stesso a potere effettuare attraverso la formulazione di una richiesta in tal senso); si tratta piuttosto di accertare se nel caso concreto fosse necessaria - per le oggettive caratteristiche dell'affare - una risposta all'offerta attraverso dichiarazioni o comportamenti resi noti all'offerente”*; in altra prospettiva cfr. LAS CASAS, op. cit., p. 292 ss., per il quale l'interesse del proponente sarebbe solo una delle ragioni della norma, la quale tutela altresì, perché rispondente alle esigenze di sicurezza degli scambi, l'interesse dell'oblato alla salvaguardia dell'investimento “precontrattuale” ogni qual volta sia giustificato dalla “natura dell'affare” o dagli usi.

89. VIVANTE, op. cit., p. 10 ss.; anche NAVARRINI, op. cit., p. 135 ss.

efficace la revoca della proposta emessa, anche se non pervenuta, prima dell'inizio dell'esecuzione⁹⁰.

Il testo dell'art. 1327 c.c. non pretende, invece, che la prestazione debba essere eseguita immediatamente: sembra accogliere pertanto la lettura che dava del capoverso dell'art. 36, cod. comm., altra dottrina, altrettanto autorevole, e ampiamente maggioritaria, sulla scorta della Relazione Mancini⁹¹. Secondo tale opinione, la norma si applicava non solo alle ipotesi in cui l'esecuzione immediata della prestazione fosse richiesta dal proponente o dovuta in conformità con la natura del contratto o con gli usi, ma anche ai casi in cui la prestazione, ancorché non urgente, dovesse essere comunque eseguita senza una preventiva accettazione, o su richiesta del proponente “*tenuto conto della natura dei rapporti esistenti tra esso e il destinatario o della professione di questo (mandato, commissione) o per eliminare pratiche tediose e sopprimere termini, in particolari circostanze, non richiesti o non necessari*”, o ancora “*per la stessa qualità del contratto, secondo gli usi del commercio*” come nel caso di “*spedizione di merci con indicazione della causa per cui sono spedite*”⁹².

Esteso l'ambito di applicazione dell'art. 1327 c.c. anche ai casi in cui non sia richiesta l'immediata esecuzione della prestazione, riemergono i rischi che il proponente si trovi vincolato a un contratto in condizioni di mercato meno convenienti e conseguentemente si giustifica l'applicazione della regola tradizionale della revoca della proposta.

La diversa soluzione dell'irrevocabilità della proposta nella disciplina speciale, autorevolmente prospettata, non mi pare convincente per una pluralità di ragioni, già di ordine testuale, anche se segnala una carenza di tutela, legata alla mancata risarcibilità dei costi di approntamento della prestazione⁹³: tale carenza di tutela, tuttavia, è solo apparente, perché legata a situazioni in cui il contesto economico si è modificato e la revoca del proponente trova giustificazione nelle logiche del mercato; mentre non vi è ragione di negare che il risarcimento copra l'intero spettro di interessi nel diverso caso in cui l'oblato appronti tempestivamente la propria prestazione confidando sull'imminente conclusione del contratto, ogni qualvolta l'affidamento venga frustrato da una revoca “ingiustificata”.

7. Ancora sulla trama delle regole (artt. 1334, 1335 e 1336 c.c.).

L'argomento principale a sostegno della tesi secondo la quale la revoca della proposta sarebbe efficace solo se pervenga al domicilio dell'oblato prima della conclusione del contratto è stato individuato nella coerenza con la disciplina posta dagli artt. 1334 e 1335 c.c.: si ritiene, infatti, che la revoca della proposta sia una dichiarazione recettizia, trovan-

90. Per cui tale regola, come si è visto (*supra* nota 53), è coerentemente respinta da VIVANTE, op. cit., p. 44 e da NAVARRINI, op. cit., p. 138.

91. In tal senso, tra gli altri: SCIALOJA, op. cit., p. 8 ss.; ORLANDO CASTELLANO, op. cit., p. 77 ss.; BOLAFFIO, op. cit., p. 149 ss.

92. Si riportano nel testo i casi e gli esempi illustrati da BOLAFFIO, op. loc. ult. cit.

93. G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., p. 116 ss.

do argomento dell'art. 1335 c.c., che ne fa espressa menzione⁹⁴; dalla natura recettizia della dichiarazione si ricava, trovando talvolta argomento nell'art. 1334⁹⁵, che la revoca produce l'effetto preclusivo della conclusione del contratto soltanto se giunga tempestivamente a conoscenza dell'oblatore.

L'argomento è già stato confutato in modo convincente dalla dottrina più recente.

È sufficiente coordinare il disposto dell'art. 1335 con quello dell'art. 1328 per rendersi conto che la norma potrebbe non avere nulla da dire sul problema dell'efficacia della revoca, essendo piuttosto riferita al profilo del risarcimento del danno. La disciplina dell'art. 1335, c.c., infatti, integra la regola dell'art. 1328 c.c., la quale dispone che l'oblatore ha diritto al risarcimento del danno se ha intrapreso l'esecuzione della prestazione in buona fede prima di avere notizia della revoca, specificando che il diritto al risarcimento sorge se l'esecuzione è iniziata prima che la revoca sia pervenuta al domicilio dell'oblatore, salvo che questi non provi di essere stato senza sua colpa nell'impossibilità di averne notizia⁹⁶.

Non vi è ragione di caricare di altri significati la regola sulla recettività della revoca della proposta.

Discorso diverso si avrebbe se si ritenesse applicabile alla revoca della proposta il disposto dell'art. 1334 c.c., il quale subordina la produzione degli effetti degli atti unilaterali al principio della conoscenza (*rectius*, della conoscibilità). Se si applicasse questa norma, non sarebbe possibile sostenere in modo convincente che la revoca possa avere effetto preclusivo della conclusione del contratto in un momento antecedente rispetto a quello della conoscibilità: gli sforzi, nel senso dell'attenuazione della recettività o della retroattività della regola⁹⁷, contrasterebbero - come abbiamo già rilevato - con la lettera e la *ratio* della disposizione⁹⁸. Né sarebbe convincente l'idea che il principio dell'art. 1334 c.c. sia derogato dalla regola dell'art. 1328 c.c.⁹⁹: se fosse una deroga a un principio generale, infatti, sarebbe stato ragionevole attendersi, da un legislatore consapevole e attento come è in genere quello del codice civile, una formula più chiara e univoca sul piano testuale.

È stato già sostenuto che l'art. 1334, c.c., riferendosi agli atti unilaterali negoziali¹⁰⁰, così come l'art. 1324 c.c., non sia applicabile alle dichiarazioni prenegoziali e alle loro revoche¹⁰¹. In tal senso depone non solo la presenza di regole che disciplinano espres-

94. Così TORREGROSSA, op. cit., p. 182; DOTTORE, op. cit., p. 394 ss.; VENDEMIALE, op. cit., p. 479 ss.; BIANCA, op. cit., p. 233; REALMONTE, op. cit., p. 147; NATUCCI, op. cit., p. 343 ss.

95. Richiamano il 1334 c.c.: TORREGROSSA, op. loc. cit.; DOTTORE, op. loc. cit.; BIANCA, op. loc. cit.; REALMONTE, op. loc. cit.; NATUCCI, op. loc. cit.; SACCO, op. cit., p. 184 ss.

96. In tal senso LAS CASAS, op. cit., p. 339 s.; già GORLA, *Ratio decidendi*, cit., p. 92, nota 13.

97. Entrambi gli argomenti sono ripresi da Cass. 15.4.2016, n. 7543.

98. Critico PRESTIPINO, op. cit., 458

99. Secondo l'idea prospettata da ROPPO, op. cit., p. 147 ss.

100. GIAMPICCOLO, op. cit., p. 41 ss., p. 314.

101. LAS CASAS, op. cit., p. 340 ss., il quale richiama a sostegno l'opinione di Belfiore, riportata in scritti inediti del corso catanese di lezioni di Diritto civile; la tesi è ripresa incidentalmente anche da Cass. 15.4.2016,

samente il tempo dell'efficacia delle dichiarazioni prenegoziali - disciplina che sarebbe ultronea se a queste dichiarazioni si applicasse la regola dell'art. 1334 c.c. - ma anche una lettura coordinata con l'art. 1335 c.c. - il quale, a differenza del testo dell'art. 1334, fa specifico riferimento alle dichiarazioni prenegoziale e alla loro revoca - in quanto il confronto tra le due disposizioni rende evidente l'intento dei compilatori di applicare agli atti prenegoziali solo la regola dell'art. 1335 e non anche quella dell'art. 1334 c.c.

Paradossalmente, la dottrina che sostiene la tesi della recettizietà non ha per lungo tempo valorizzato la disposizione che più di ogni altra offre argomenti contro l'opinione tradizionale, soprattutto se letta alla luce delle diverse stesure della Relazione del Guardasigilli (cfr. § 2): dal capoverso dell'art. 1336 c.c. - a norma del quale "*la revoca dell'offerta, se fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi ne ha avuto notizia*" - si può trarre argomento *a contrario* nel senso della recettizietà della revoca della proposta indirizzata a specifici destinatari¹⁰². È, tuttavia, vero che la stessa disposizione trova origine nel progetto di codice di commercio della Commissione D'Amelio, in cui era espressamente estesa la regola della recettizietà anche alla revoca della proposta ed era stata conseguentemente soppressa la disciplina risarcitoria; per cui si può reputare - ma i dubbi restano e mi sembrano giustificati - che il testo della disposizione e la stessa relazione di commento siano il prodotto di un difetto di coordinamento, perché non hanno tenuto conto dell'evoluzione della disciplina generale nella trasposizione dal codice di commercio al codice civile.

8. Tra norme e principi: questioni di metodo e di merito. Quali argomenti per un'interpretazione evolutiva?

Forse perché indotta dalla mancanza di un'adeguata riflessione sotto il codice di commercio, dove la questione si poneva altrimenti, a sostegno della tesi tradizionale non si sono rese esplicite le esigenze di tutela del proponente, limitandosi a cercare conferma della regola dell'emissione nel contrappeso della disciplina risarcitoria, considerata a sua volta soddisfacente nonostante i limiti testualmente introdotti con la disposizione vigente. In un panorama caratterizzato da siffatto *deficit* cognitivo, non deve sorprendere che l'opinione di segno opposto abbia trovato adepti sempre più numerosi, che ne hanno cer-

n. 7543, cit. Nel senso che le dichiarazioni prenegoziali (e quindi anche la revoca della proposta) non siano atti negoziali: SALV. ROMANO, op. cit., p. 328 (seppure criptico); CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1945, p. 115 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, p. 210; RAVAZZONI, op. cit., p. 193 ss., il quale però perviene alla soluzione opposta rispetto a quella sostenuta nel testo perché ritiene applicabile l'art. 1334 agli atti unilaterali in genere; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 123 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., p. 94 ss.; VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano 1968, p. 171. *Contra*, nel senso che la revoca della proposta sia atto negoziale: MIRABELLI, op. cit., p. 57.

102. La rilevanza dell'art. 1336 c.c. è stata segnalata da Morra, nel commento pubblicato in *Notariato*, 2002, 184; il rilievo di Morra è ora ripreso da PERFETTI, op. cit., p. 220.

cato il fondamento nella coerenza con il principio di cognizione e, negli scritti più recenti, nella conformità con le tendenze internazionali e nella comparazione.

Tuttavia, nessuna delle argomentazioni a sostegno della posizione innovativa mi convince pienamente.

Per un verso, sembra che sia la propensione per la costruzione simmetrica a spingere la dottrina a utilizzare disposizioni dall'ambito di applicazione incerto, come gli artt. 1334 e 1335, per ribaltare il significato tradizionale del primo comma dell'art. 1328 c.c.: abbandonando nei fatti il metodo di Gorla, si ricava un indice inespresso favorevole alla natura recettizia della revoca della proposta, non dalla congruità delle regole con gli interessi sottostanti, quanto piuttosto da una pretesa di coerenza logica della disciplina sulla conclusione del contratto. Coerenza logica che non è più riferita al principio della supremazia della volontà, facendo piuttosto riferimento, nel ripetere sotto altra veste errori del passato, al principio della recettizietà della dichiarazione¹⁰³.

Per altro verso, mancando una valutazione sicura del bilanciamento di interessi della disciplina originaria, le istanze di interpretazione evolutiva finiscono per adagiarsi sulla regola della recettizietà, senza dimostrare che questa, nella sua specifica applicazione alla revoca della proposta, sia la tecnica più adeguata a venire incontro alle esigenze attuali del mercato¹⁰⁴. Il richiamo alle discipline dotte, forgiate sulla soluzione offerta dalla Convenzione di Vienna in tema di vendita di beni mobili¹⁰⁵ e riprese dalla CESL¹⁰⁶, può forse fornire un modello alternativo, ma non consente un percorso argomentativo idoneo a sostenere la specifica interpretazione dell'art. 1328 c.c. nel segno della recettizietà¹⁰⁷, né

103. In questi termini si può valutare la posizione di RAVAZZONI, op. cit., p. 201 ss., il quale sostiene che poiché la proposta è un atto recettizio, principio logico vuole che lo sia anche la revoca della proposta.

104. Sono generici i tentativi di argomentazione che si trovano in NATUCCI, op. cit., p. 346, il quale reputa la regola della recettizietà maggiormente coerente “con l'impianto generale del codice” che sarebbe “tutto proteso alla tutela dell'affidamento più che della volontà, della circolazione, più che della conservazione dei beni, della conservazione degli effetti giuridici (ed economici) piuttosto che della loro dispersione” e che sono ripresi da PERFETTI, op. cit., p. 224, il quale lamenta i costi sociali in termini di lesione della certezza dei traffici determinati dalla soluzione tradizionale: ma invero dal punto di vista oggettivo del mercato (e anche dal punto di vista dell'oblatore) è irrilevante se la revoca sia efficace se spedita o se pervenuta al domicilio dell'oblatore prima della conclusione del contratto, in quanto, in entrambi i casi, né i terzi né l'oblatore hanno il controllo del processo di conclusione del contratto (e se si accetta la tesi della recettizietà della revoca della proposta tale controllo non lo ha nessuno, neanche il proponente).

105. Ai sensi dell'art. 16 della Convenzione “Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance”; la regola è ripresa pressoché negli stessi termini nei Principi e nel Draft.

106. Cfr. FERRANTE, *Common European Sales Law e codice civile italiano: regole armonizzate sull'accordo delle parti*, in *Contr. e impr. – Europa*, 2013, p. 560 ss.

107. Si può condividere l'idea che la regola internazionale privilegia la posizione dell'oblatore (così: GORLA, *La “logica - illogica”*, cit., p. 273 ss.; A. BENEDETTI, *La revoca della proposta*, cit., p. 376 ss.; NATUCCI, op. cit., p. 350; PERFETTI, op. cit., p. 224 ss.), ma non sembra che la si possa utilizzare quale argomento analogico di carattere sistematico (a differenza di quanto ritengono: SACCO, op. cit., p. 186; anche L. RUBINO, *sub art. 16*, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni immobili*, *Commentario* coord.to da C.M. BIANCA, Padova, 1992,

tantomeno di risolvere la questione, che resta urgente anche nel presente momento storico, della tutela della posizione di chi si espone al potere altrui di stipulare il contratto¹⁰⁸. Le esigenze manifestate dalle discipline settoriali - il cui rapporto con la disciplina generale, se non altro per ragioni di spazio, deve essere approfondito in altra sede - richiedono soluzioni precipue, che non è detto (ma la cautela è d'obbligo) che debbano sovvertire i risultati raggiunti rispetto alla soluzione offerta in caso di uso dei mezzi tradizionali¹⁰⁹ e al di fuori dei rapporti di consumo¹¹⁰.

p. 60 ss.) in quanto l'eventuale lacuna di senso è comunque delimitata nell'ambito della regola dell'art. 1328 c.c.: essa non può essere colmata dalla soluzione adottata dalla Convenzione, la quale è incompatibile con la disposizione codicistica - ed è conseguentemente ben diversa da quella sostenuta dai fautori della tesi della recettività (nonostante la contraria affermazione di DOTTORE, op. cit., p. 401, alla fine di nota 76) - poiché, a differenza di quest'ultima, prevede che la revoca debba pervenire all'accettante prima che questi invii la sua dichiarazione al proponente (come già notato nella nota a sentenza da PALMIERI, in *Foro it.*, 2001, I, p. 231 ss.; nonché da A. BENEDETTI, *ibidem* e NATUCCI, op. cit., p. 350, nota 45; cfr. L. RUBINO, op. cit., p. 63, la quale nega la compatibilità tra la regola della convenzione e la disciplina risarcitoria dell'art. 1328 c.c.).

108. Non sembra peraltro che indicazioni decisive nell'uno o nell'altro senso si possano desumere dalle disposizioni introdotte con la recente riforma del *Code civil*, dalle quali, salvo approfondimenti, si evince che: è ammesso il ritiro della proposta prima che essa pervenga al domicilio dell'oblatore (art. 1115); è disposta l'irrevocabilità della stessa proposta, una volta pervenuta, entro il termine posto dall'offerente o stabilito dal giudice, sancendo al contempo che l'eventuale revoca della proposta impedisca la conclusione del contratto, comportando piuttosto il risarcimento del danno secondo l'interesse negativo per responsabilità extracontrattuale (art. 1116); è previsto espressamente che la revoca dell'accettazione debba pervenire al proponente prima dell'accettazione (art. 1118). Sembra perciò superata la giurisprudenza precedente (mi limito a ricordare Cass. 7.5.2008, n. 07-11690 in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 356 ss., con nota di CARROCCIA), in cui si negava che la revoca della proposta irrevocabile avrebbe impedito la conclusione del contratto.

109. Si può dubitare che vi sia una disciplina specifica per i contratti conclusi mediante lo scambio di posta elettronica (cfr. art. 12, comma 2, art. 13, comma 1, D. lgs. 9.4.2003, n. 70): ciononostante si può sostenere che gli interessi dei contraenti, per la rapidità dei mezzi di comunicazione e per le modalità della conclusione del contratto, non siano gli stessi presi in esame in questo scritto, essendo circoscritto o venuto meno non solo l'interesse del proponente ad una regola specifica che gli consenta di reagire tempestivamente al mutamento delle condizioni di mercato, ma anche l'interesse dell'oblatore al risarcimento dei danni da iniziata esecuzione. Tale osservazione, anche ove la si condivida, dovrebbe sollecitare l'interprete, piuttosto, a porsi il problema dell'opportunità di configurare una regola diversa limitata a questo mezzo di trasmissione delle dichiarazioni, essendo irragionevole il totale rigetto della regola che si suppone adeguata ai contratti la cui conclusione sia stata raggiunta tramite i mezzi di trasmissione tradizionali (delle cui vicende, anche risalenti nel tempo, la giurisprudenza continuerà ad occuparsi nei prossimi anni). Questione diversa - da affrontare compiutamente in altra sede - è il rapporto tra la disciplina dell'art. 1328 c.c. e quella degli artt. 12 e 13 D.lgs. 70\03 e dell'art. 51, comma 2 ss., del Codice del consumo, con particolare riferimento alla revocabilità della proposta nel caso di ordine *on line*.

110. Con riferimento ai contratti tra professionisti e consumatori, si sottolinea che i dubbi sulla compatibilità della regola della revoca della proposta con la specifica regola del recesso del consumatore dall'offerta - sollevati da A. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 401 ss. - sembrano essere superati dalle sopravvenute modifiche testuali (cfr. art. 55, lett. b), cod. cons. che vanno intese nel senso di limitare la rilevanza della norma speciale agli atti vincolanti (proposte irrevocabili, opzioni, contratti preliminari): cfr. da ultimo PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano 2016, p. 137 ss. Più in generale, il potere di recesso dal contratto del consumatore rende la posizione di quest'ultimo adeguatamente tutelata, consentendogli di rimediare finanche sulla convenienza del contratto, senza che assuma rilevanza la posizione di proponente o

Le conclusioni di questo saggio - per quanto provvisorie, anche alla luce dei rapporti incerti, e ancora non del tutto esplorati, con la disciplina della responsabilità precontrattuale¹¹¹ - dimostrano che gli spazi per la ricerca, su temi che sembrano essere stati compiutamente arati, sono ancora ampi¹¹²; al contempo, pongono in evidenza la ricchezza dei bilanciamenti di interessi sottesi all'adozione di singole regole, ricchezza che rischia di passare inosservata - se non di venire meno - in una temperie culturale in cui l'interprete sembra più interessato a valorizzare soluzioni immediatamente desumibili da categorie dommatiche e da principi generali¹¹³.

di accettante: salvaguardati gli interessi del consumatore, non vedo ostacoli - salvo approfondimenti - a tenere ferma l'interpretazione tradizionale della regola sulla revoca della proposta, che consentirebbe al professionista di liberarsi tempestivamente, in caso di modifica delle condizioni di mercato, anche al di fuori della specifica ipotesi dell'art. 1336 c.c.

111. Anche per l'emersione di una sempre maggiore complessità nell'interpretazione della disciplina della responsabilità precontrattuale, sulla quale cfr. da ultimo BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, Napoli, 2016, *passim*, e dottrina e giurisprudenza ivi citate.

112. Che poi gli effetti pratici delle diverse soluzioni prospettate possano non divergere in modo "abissale" è altro discorso, per il quale cfr. ROPPO, *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004, p. 31 ss.

113. In tema si cfr., nelle diverse prospettive, i recenti interventi di G. D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443 ss., e di ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss.

USURA SOPRAVVENUTA: ORIZZONTI ERMENEUTICI IN ATTESA DELLE SEZIONI UNITE

GABRIELE SALVI

Assegnista di Ricerca Università di Siena

SOMMARIO: 1. I confini dell'indagine – 2. L'introduzione della l. 7 marzo 1996, n. 108 e la rilevanza (non solo pratica) dell'usurarietà sopravvenuta – 3. Le difformi soluzioni adottate in dottrina: tra tesi negazioniste e intervento sul programma negoziale – 4. La prospettiva rimediabile e i parametri della correzione.

1. Con una recente ordinanza interlocutoria la sezione prima della Suprema Corte ha rimesso alle sezioni unite la soluzione del contrasto giurisprudenziale circa il calcolo degli interessi maturandi su mutui fondiari attivati prima dell'ingresso in vigore della l. 7 marzo 1996, n. 108 e conclusi in momento successivo¹.

In particolare, la Corte di cassazione si è trovata – di nuovo – di fronte alla necessità di indagare la complessa questione dell'applicazione della normativa antiusura ai contratti conclusi anteriormente alla vigenza di detto apparato disciplinare, ma ancora da eseguirsi successivamente ad esso, ovvero sia al problema pratico di come intervenire sul piano civilistico sulla dazione di interessi usurari, che in origine non erano tali². Si tratta cioè

1. L'ordinanza può essere rinvenuta in Cass., 31 gennaio 2017, n. 2484, in *Corr. giur.*, 2017, p. 599, con note (divergenti) di G. GUIZZA, *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta* e di S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*.

2. Dall'ambito dell'indagine che si intende svolgere è del tutto escluso (anche per motivi di spazio) il problema del rilievo ai fini della normativa antiusura non solo degli interessi corrispettivi, ma anche di quelli moratori. Sul punto tra le pronunce più recenti si vedano, con posizioni non sempre coincidenti, Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 498 ss.; A.B.F., 28 marzo 2014, n. 1875, in *Foro it.*, 2014, c. 1330 ss.; Trib. Treviso, 11 aprile 2014, in *Giur. comm.*, 2015, p. 849 ss.; Trib. Parma, 25 luglio 2014, in *Foro it.*, 2014, c. 3601 ss.; Trib. Enna, 12 gennaio 2015, in *Foro it.*, 2015, c. 715 ss.; Trib. Milano, 29 gennaio 2015, in *Foro it.*, 2015, c. 1806 ss.; Trib. Reggio Emilia, 24 febbraio 2015, in *Foro it.*, 2015, c. 1805 ss.; Trib. Bari, 14 dicembre 2015, in *Resp. cin. pren.*, 2016, p. 622 ss. In dottrina, da ultimo, si veda l'intero volume G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2016, p. 1 ss.; G. COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte UE, Corte Costituzionale e Corte di Cassazione*, in *Contratti*, 2015, p. 257 ss.; F. VOLPE, *Usura ed interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro bancario finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 20 ss.; G. DI MARTINO, *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione*, Napoli, 2010, p. 114 ss. Nella dottrina più risalente, con posizioni difformi, da una parte, A.A. DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, p. 627 ss.; G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 534; F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in materia di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 778 ss.; A. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2001, p. 680. Dall'altra, M. AVAGLIANO, *Profili problematici in tema di usura: interessi di mora e ius superveniens*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 399 ss.; G. GIOIA, *Difesa dell'usura*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 504 ss.; ID., *La disciplina degli interessi usurari*, ivi, 2000, p. 878 ss.; G. MERUZZA, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 493; A. LAMORGESE, *Interessi moratori e usura*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1084 ss.; D. SINESIO, *Gli interessi*

di valutare se i tassi convenuti in misura lecita in data anteriore all'entrata in vigore della citata normativa e divenuti, nel corso del rapporto, usurari per effetto del superamento del tasso-soglia definito dalla nuova disciplina, possano o meno essere definiti usurari e quali siano le conseguenze dell'eventuale usurarietà.

Se questo è il problema concreto che si pone, l'ordinanza interlocutoria dalla quale si è preso le mosse motiva la scelta di rimettere alla massima istanza della Suprema Corte sulla base dei contrari orientamenti espressi in due recenti pronunce, nelle quali, affrontando il tema dell'usurarietà sopravvenuta degli interessi versati dal mutuatario (con riferimento a negozi di finanziamento ovvero a rapporti bancari di conto corrente, stipulati anteriormente alla riforma e ancora in corso di esecuzione), la soluzione adottata è stata diametralmente opposta.

Si assiste, infatti, da un lato, a una lettura rigida della normativa emergente dal disposto dell'art. 1, l. 28 febbraio 2001, n. 24, nella parte in cui essa assume l'inapplicabilità dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, comma 2, c.c. agli interessi che superano il limite stabilito dalla legge al momento nel quale essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal pagamento. Tale disposizione ostacolerebbe l'ingresso nell'ordinamento della usurarietà sopravvenuta perché la norma interpretativa comporterebbe (*apertis verbis* ovvero per semplice logica deduttiva) l'inapplicabilità del meccanismo dei tassi soglia alle pattuizioni stipulate in data anteriore all'ingresso in vigore della l. n. 108/1996 sebbene riferite a rapporti perduranti anche dopo tale data³.

Di segno opposto è l'indirizzo assunto da altro filone giurisprudenziale, a opinione del quale, sebbene si debba accogliere la non retroattività delle disposizioni in tema di interessi usurari in relazione ai contratti conclusi prima della loro entrata in vigore, tali norme determinano comunque l'inefficacia *ex nunc* delle clausole contenute nei contratti stessi che siano con esse confliggenti⁴. In questa prospettiva la Suprema Corte alimenta la

usurari. Profili civilistici, Napoli, 1999, p. 65 ss.

3. Cass., 19 febbraio 2016, n. 801, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Usura*, n. 18, per la quale «da norma interpretativa in esame, che attribuisce rilevanza, ai fini della qualificazione usuraria dei tassi, al momento della loro pattuizione piuttosto che al momento del pagamento degli interessi, comporta l'inapplicabilità del meccanismo dei tassi soglia alle pattuizioni di interessi stipulate – come nel caso che ci occupa – in data precedente all'entrata in vigore della L. n. 108, cit., ancorché riferite a rapporti perduranti anche dopo tale data, come da questa Corte riconosciuto in plurime occasioni». V. altresì Cass., 27 settembre 2013, n. 22204, in *Foro it.*, 2014, c. 128 ss.; Cass., 31 gennaio 2006, n. 2140, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; Cass., 21 dicembre 2005, n. 28302, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Mutuo*, n. 16.

4. Cass., 17 agosto 2016, n. 17150, in *Dir. giust.*, 2016, la quale enuncia il seguente principio di diritto: «In tema di interessi usurari, le norme che prevedono la nullità dei patti contrattuali che determinano la misura degli interessi in tassi così elevati da raggiungere la soglia dell'usura (introdotte, rispettivamente, con la L. 17 febbraio 1992, n. 154, art. 4, poi trasfuso nel D.Lgs. 1 settembre 1983, n. 385, art. 117, e con la L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 4), pur non essendo retroattive, in relazione ai contratti conclusi prima della loro entrata in vigore, comportano la inefficacia *ex nunc* delle clausole dei contratti stessi, sulla base del semplice rilievo – operabile anche d'ufficio dal giudice – che il rapporto giuridico non si sia esaurito prima ancora dell'entrata in vigore di

soluzione della rilevanza dell'usura sopravvenuta in corso di rapporto ed evoca il rimedio della sostituzione automatica della clausola, in quanto la sopravvenienza di una norma imperativa contraria al regolamento contrattuale non giustifica il protrarsi degli effetti dello stesso anche in epoca successiva all'entrata in vigore della nuova norma e impone, piuttosto, la sostituzione o l'integrazione per l'avvenire, cioè per gli effetti che il contratto dovrà produrre e non ha ancora prodotto (*i.e.* si afferma espressamente l'applicazione *ex nunc* del limite usurario)⁵.

Questo il (sintetico) quadro della situazione concreta che si indaga e del contrasto giurisprudenziale che ha indotto alla rimessione della questione alle Sezioni unite. Un panorama che, in ragione della alternatività tra i due poli argomentativi, non consente di esprimere visioni assolutizzanti o certezze inconfutabili, ma – nell'attesa di conoscere il pensiero risolutivo degli ermellini – permette suggestioni ricostruttive su un tema che, di là da taluni (forse maldestri⁶) interventi legislativi, continua a offrire spunti di riflessione⁷.

tali norme e che il credito della banca si sia anch'esso cristallizzato precedentemente». In tal senso, vedi anche A.B.F., Coll. Coord., 10 gennaio 2014, n. 77, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 388 ss.; Cass., 11 gennaio 2013, n. 602, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 653 ss.; Trib. Milano, 6 marzo 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 93; Trib. Monza, 22 aprile 2003, in *Giur. merito*, 2004, p. 285 ss.; Trib. Padova, 10 agosto 2001, *ivi*, 2002, p. 715 ss.

5. In tale prospettiva v. da ultimo Cass., 12 aprile 2017, n. 9504, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, successiva alla ordinanza di remissione alle sezioni unite, per la quale: «Qualora l'usurarietà del tasso d'interessi di un mutuo, originariamente pattuito in misura legittima, sia sopravvenuta nel corso dell'esecuzione del contratto e sia stata tempestivamente contestata – risultando applicabile, “ratione temporis”, la norma d'interpretazione autentica di cui all'art. 1 del d.l. n. 394 del 2000 (conv. con modif., dalla l. n. 24 del 2001) – il giudice del merito è comunque tenuto ad accertare l'usurarietà e, per la frazione temporale nella quale il superamento del tasso soglia sia effettivamente intervenuto, deve applicare il tasso previsto in via normativa, secondo la rilevazione trimestrale eseguita ai sensi dell'art. 2 della l. n. 108 del 1996; non devono, però, applicarsi le sanzioni civili e penali stabilite dagli art. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c.».

6. Anche se, in realtà, «quello che più preoccupa [...], non è tanto la qualità della legge, ma la qualità degli interpreti, i quali spesso rifuggono da interpretazioni adeguatrici o costituzionalmente orientate [...]» (G. PERLINGIERI, *Sul giurista che come «il vento non sa leggere»*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 392).

7. Per un inquadramento generale, v. D. SINESIO, *Interessi pecuniari fra autonomia e controlli*, Milano, 1989, p. 141 ss.; E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 62 ss.; *ID.*, voce «Usura (dir. civ.)», in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1999, p. 1 ss.; B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso «soglia» della disciplina antiusura e al divieto di anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, p. 257 ss.; G. LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta tra regole di responsabilità e di validità*, Napoli, 2001, p. 7 ss.; G. CHIARINI, *La Consulta e l'interpretazione autentica della legge sull'usura (ultimo saluto all'usurarietà sopravvenuta)*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1138 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008, p. 77 ss.; A. SASSI, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 247 ss.; P. FASCIANO, *L'inapplicabilità della disciplina anti-usura di cui alla legge 7 marzo 1996, n. 108 ai contratti di mutuo stipulati in epoca anteriore alla sua entrata in vigore*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 237 ss.; P. LAGHI, *Moneta, equilibrio patrimoniale e tutela della persona*, Milano, 2011, p. 314 ss.; P. BONTEMPI, *Usura e retroattività*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 653 ss.; A. QUARANTA, *Usura sopravvenuta e principio di proporzionalità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 491 ss.; G. MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, p. 436 ss.; A. PALMIERI, *Usura e sanzioni civili: assetti ancora instabili*, in *Foro it.*, 2014, c. 150 ss.; M. GIULIANO, *Usura sopravvenuta e tutela contrattuali*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 803 ss.; G. CARRIERO, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 93 ss.

2. La comprensione della tematica dell'usura sopravvenuta non può muovere che da un approccio ricostruttivo che analizzi (almeno per sommi capi) le ragioni e i fondamenti delle scelte operate dal legislatore nella riforma del 1996 in materia di usura e nella successiva legge di interpretazione autentica.

L'introduzione del disposto normativo contenuto nella l. n. 108/1996 aveva suscitato nell'immediatezza della sua entrata in vigore un vivo interesse, teorico e pratico, rispetto alla tematica dell'usura sopravvenuta. In particolare, il dibattito si concentrava sull'applicabilità o meno della normativa antiusura ai contratti stipulati in data antecedente ad essa e che fossero tuttavia ancora in corso di svolgimento; si dibatteva, cioè, sulla usurarietà dei tassi originariamente leciti, ma divenuti successivamente usurari in ragione dell'introduzione delle nuove modalità di calcolo del c.d. tasso soglia⁸.

Vista la consistenza del problema (i cui effetti sui contratti di finanziamento in corso rischiavano di rendere l'intero mercato creditizio instabile) e le difficoltà di rinvenire una posizione contraria nella giurisprudenza (in gran parte orientata per l'applicabilità della nuova normativa ai contratti in corso⁹), il legislatore è intervenuto con norma di interpretazione autentica (l. n. 24/2001¹⁰) – giudicata conforme a ragionevolezza dai Giudici delle leggi¹¹ – risolvendo il preteso dubbio interpretativo nel senso dell'irretroattività della

8. Nella giurisprudenza di merito, con argomentazioni diverse, a favore dell'usurarietà, Trib. Milano, 13 novembre 1997, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, p. 501 ss.; Trib. Velletri, 3 dicembre 1997, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, p. 501 ss.; Trib. Velletri, 30 aprile 1998, in *Foro it.*, 1998, c. 1607; Trib. Firenze, 10 giugno 1998, in *Corr. giur.*, 1998, p. 805 ss.; Trib. Avellino, 12 aprile 1999, in *Dir. fall.*, 1999, p. 916 ss.; Trib. Palermo, 7 marzo 2000, in *Foro it.*, c. 1709; in senso contrario, Trib. Roma, 4 giugno 1998, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, p. 501 ss.; Trib. Roma, 10 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, c. 343; Trib. Salerno, 27 luglio 1998, in *Contratti*, 1999, p. 580. Tra le pronunce di legittimità si ricordano, Cass., 2 febbraio 2000, n. 1126, in *Giur. it.*, 2001, p. 311 ss.; Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Foro it.*, 2000, c. 2180 ss.; Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, in *Foro it.*, 2000, c. 80 ss. In dottrina, *ex multis*, L. FERRONI, *La nuova disciplina del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997, p. 10 ss.; V. CARBONE, *Interessi usurari dopo la l. 108/96*, in *Corr. giur.*, 1998, 438 ss.; E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura*, cit., p. 62 ss.; G. GIOIA, *Interessi usurari: rapporti in corso e ius superveniens*, in *Corr. giur.*, 1998, 197 ss.; B. INZITARI, *Il mutuo*, cit., p. 257 ss.; G. GIUSTI, *Note in tema di sequestro liberatorio ed usurarietà sopravvenuta del tasso di interesse*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, p. 111 ss.

9. V. *supra* nota 8.

10. Sugli effetti della l. 28 febbraio 2001, n. 24, si vedano, tra gli altri, F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, in *Giust. cin.*, 2000, p. 3103 ss.; A. CIATTI, *Succezioni di leggi, usura e ragionevolezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1101 ss.

11. Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *Foro it.*, 2002, c. 933 ss., con nota di A. PALMIERI, *Interessi usurari: una nuova partenza*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 609 ss., con nota di V. CARBONE, *La corte legittima l'intervento del legislatore a favore delle banche: scompaiono gli interessi divenuti usurari*, in *Contratti*, 2002, p. 545 ss., con nota di O.T. SCOZZAFANA, *Interpretazione autentica della normativa in materia di usura e legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1125 ss., con nota di A. GENTILI, *Usurarietà sopravvenuta e interpretazione autentica del diritto giurisprudenziale*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 194 ss., con note di G. OPPO, *Gli interessi usurari tra costituzione, leggi e mercato*, di P. PASSAGLIA, *Dalla «diversità nell'indistinzione» all'enunciazione di tests di giudizio propri delle leggi di interpretazione autentica: la corte varca il Rubicone?*. La Corte afferma con chiarezza: «L'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, nel precisare che le sanzioni penali e civili di cui agli artt. 644 cod. pen. e 1815, secondo comma, cod. civ. trovano applicazione con

disposizione incriminatrice del nuovo art. 644 c.p. e della sanzione civile disposta dall'art. 1815, comma 2, c.c. e, così, individuando l'usurarietà soltanto per gli interessi promessi, o comunque pattuiti, successivamente all'entrata in vigore della legge «indipendentemente dal momento del loro pagamento».

Dopo un iniziale orientamento restrittivo – quasi che, davvero, l'intervento del legislatore avesse definitivamente risolto la questione – negli ultimi anni (almeno dal 2013¹²), l'usura sopravvenuta è tornata ad essere oggetto di indagine da parte della dottrina e dei giudici.

Con ottica opposta rispetto alle decisioni successive alla l. n. 24/2001 – in massima parte adeguatesi all'indicazione di irretroattività ivi imposta¹³ – la Suprema Corte ha, in effetti, riportato l'attenzione sul tema dell'usura sopravvenuta. Muovendo dalla essenziale distinzione tra i contratti esauriti anteriormente alla l. n. 108/1996 e quelli ancora in via di esecuzione¹⁴, la Corte ha definito il momento della maturazione dell'interesse come rilevante ai fini del giudizio di usurarietà degli stessi, così facendo propri gli argomenti della dottrina secondo la quale la computazione degli interessi “giorno per giorno” ai sensi dell'art. 821, comma 3, c.c., comporta che «la relativa clausola propone e proietta la sua efficacia rispetto a ciascuna cadenza temporale, frazione temporale per frazione temporale»¹⁵.

Così individuato il “momento” di rilevazione dell'eventuale usurarietà, allora gli effetti della norma di interpretazione autentica contenuta nella l. n. 24/2001, secondo la quale la valutazione dell'usurarietà del tasso d'interesse deve essere svolta sulla base di quello pattuito originariamente, non hanno alcun rilievo rispetto alla permanenza dell'illiceità dovuta al sopravvenuto superamento del tasso soglia, incidendo – soltanto – sulla applicazione delle sanzioni civili e penali stabilite all'art. 644 c.p. e all'art. 1815 c.c.

Questa costituirebbe una opzione ermeneutica compatibile con la natura inderogabile e imperativa della determinazione normativa periodica dei tassi soglia, per ciascuna tipologia contrattuale ivi prevista¹⁶.

riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie, impone – tra le tante astrattamente possibili – un'interpretazione chiara e lineare delle suddette norme codicistiche, come modificate dalla legge n. 108 del 1996, che non è soltanto pienamente compatibile con il tenore e la ratio della suddetta legge ma è altresì del tutto coerente con il generale principio di ragionevolezza». In materia, v. anche Corte Cost., 31 ottobre 2002, n. 436 (ord.), in *Foro it.*, 2003, c. 1.

12. Con Cass., 11 gennaio 2013, n. 602, cit.

13. Tra le altre, Trib. Napoli, 11 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 900 ss.; Trib. Napoli, 12 febbraio 2004, in *Giur. nap.*, 2004, p. 137 ss.

14. Su cui v. Trib. Bologna, 1 dicembre 2004, in *Corr. merito*, 2005, p. 379 ss.

15. A.A. DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione in materia di usura ex lege n. 108/96*, cit., p. 634. In tal senso, da ultimo, la già citata Cass., 12 aprile 2017, n. 9405, cit., che, con riferimento al tasso, afferma come «il giudice del merito è tenuto ad accertarlo per la frazione temporale nella quale il superamento del tasso soglia sia effettivamente intervenuto ed applicare per quel segmento del rapporto contrattuale il tasso soglia previsto in via normativa secondo la rilevazione trimestrale eseguita L. n. 108 del 1996, ex art. 2».

16. Cass., 17 agosto 2016, n. 17150, cit.

L'approdo così raggiunto è stato successivamente di nuovo messo in discussione da pronunce ove, partendo dall'esclusione di qualsiasi retroattività della l. n. 108/1996, si contesta la sussistenza stessa del fenomeno dell'usura sopravvenuta nel nostro ordinamento¹⁷. Di fronte a questa situazione di alternatività totale tra i due orientamenti, la decisione delle sezioni unite appare opportunamente sollecitata, anche se con alcune cautele sull'approccio da seguire.

Deve infatti riconoscersi che nella soluzione delle controversie in concreto decise dalle corti nazionali, la questione che interessa può essere ricondotta ad una tematica di diritto intertemporale, ovvero alla decisione in ordine allo spazio temporale di applicazione della nuova normativa antiusura¹⁸: ci si chiede cioè se si dovrebbe limitare il suo ambito applicativo ai contratti stipulati in data successiva alla sua entrata in vigore – come sembra si possa desumere da una prima lettura della legge d'interpretazione autentica, il cui scopo era proprio quello di rendere irrilevante l'usura sopravvenuta – ovvero se anche i vecchi contratti di finanziamento (*i.e.* quelli conclusi anteriormente al 1996) siano comunque soggetti al giudizio di usurarietà con riguardo alle ipotesi di sfioramento del tasso soglia nel corso del rapporto.

Per quanto si possa discutere sulla bontà dell'una o dell'altra tesi (e su questo si cercherà di argomentare in seguito), il substrato fattuale che ha riportato alla ribalta il tema è sempre lo stesso e si concretizza nel sindacato, relativamente ai rapporti di finanziamento conclusi in data anteriore all'entrata in vigore della l. n. 108/1996, sulla debenza o meno degli interessi originariamente pattuiti, anche se questi, a seguito della nuova indicazione del tasso di usura, abbiano superato il limite imposto dalla legge. Nel panorama giurisprudenziale l'usura sopravvenuta è definita dai contorni certi del caso descritto.

Ebbene, se letto nella sua episodica manifestazione, il tema non può che assumere un limitato impatto sistematico ed essere destinato ad un progressivo degradare di casi pratici rilevanti (risultando ormai trascorsi oltre venti anni dall'introduzione della legge antiusura). La decisione che si attende a seguito dell'ordinanza interlocutoria avrà, dunque, l'occasione di definire una questione dibattuta, ma, ad una indagine superficiale, potrebbe apparire la mera soluzione di un tema tanto interessante, quanto destinato a estinguersi nel tempo. Insomma, se così fosse, si sarebbe di fronte alla richiesta di un grande sforzo argomentativo per definire una questione che nella pratica è avviata a presentarsi sempre meno (e questo non sarebbe un problema, non essendo certo l'importanza o la futura ricorrenza del caso a determinare la profondità dello studio richiesto al giudice) e che

17. Cass., 19 febbraio 2016, n. 801, cit.

18. Con riferimento al problema di diritto intertemporale, in generale, v. A. CIATTI, *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute* (sofortwirkung), in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Atti del 7° Convegno Nazionale, Napoli, 2013, p. 155 ss.; nello specifico, F. MAISTO, *Diritto intertemporale*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, Napoli, 2007, p. 175 ss. e P. VIRGADAMO, *«Interpretazione autentica» e diritto civile intertemporale*, Napoli, 2012, p. 299 ss.

non pare intercettare i fili del sistema se non sotto il profilo della regolazione di diritto intertemporale (e ciò potrebbe disincentivare l'indagine ricostruttiva, affidando al tema il ruolo di mera soluzione di nicchia).

A ben vedere, tuttavia, l'usura sopravvenuta non è soltanto una questione di regolazione degli effetti della introduzione di una nuova e diversa norma imperativa a negozi in corso di esecuzione; volgendo lo sguardo all'attuale scenario socio-economico, infatti, l'evenienza dell'usura in fase di attuazione del contratto non è affatto esclusa anche per rapporti sorti successivamente all'entrata in vigore della l. n. 108/1996, soprattutto con riferimento alle ipotesi di finanziamento a tasso fisso ovvero a tasso variabile, ma legato a variabili diverse da quelle con cui si rileva il tasso soglia. Il crollo dei tassi di mercato costituisce un elemento endemico della contemporaneità e, con esso, varie potrebbero essere le ulteriori vicende che incidono sulla rilevazione del tasso applicato (per esempio, l'incremento delle spese o delle commissioni caricate sul rapporto), cosicché anche mutui stipulati nella piena vigenza delle disposizioni antiusura e nell'originario rispetto delle stesse si trovano a fare i conti con le oscillazioni dei tassi (sia del tasso reale applicato sia del tasso soglia) che nel corso del rapporto si succedono in concreto.

Se è pur vero che il ceto bancario non è insensibile a questa evenienza (e per questo si tutela a mezzo di apposite clausole di salvaguardia che, in ogni caso, riconducono l'eventuale tasso che, in ragione di eventi esterni, dovesse superare la misura del tasso soglia a quest'ultimo¹⁹), è evidente che, così inteso, il tema dell'usura sopravvenuta apre scenari sistematici ben più ampi di quelli sinora indagati dalla giurisprudenza. E ciò perché le accezioni del concetto di usura sopravvenuta possono modificarsi in ragione del suo concreto verificarsi: all'illiceità della clausola contrattuale per effetto dello *jus superveniens* si accompagnano ipotesi di sopravvenuto superamento del limite legale del tasso originariamente convenuto in una misura lecita.

Analizzata nella sua completezza, dunque, l'usura sopravvenuta contiene in sé tutte le problematiche che connotano il tema delle sopravvenienze contrattuali e – se vi sarà una impronta ordinamentale di più ampio raggio (e cioè se si eviterà la logica riduzionista di

19. Sul tema validità della clausola di salvaguardia, si veda tuttavia Cass., 22 giugno 2016, n. 12965, in *Giust. in Mass.*, 2016, secondo la quale: «Può dunque enunciarsi il principio per cui la clausola contenuta nei contratti di apertura di credito in conto corrente, che preveda l'applicazione di un determinato tasso sugli interessi dovuti dal cliente e con fluttuazione tendenzialmente aperta, da correggere con sua automatica riduzione in caso di superamento del cd. tasso soglia usurario, ma solo mediante l'astratta affermazione del diritto alla restituzione del supero in capo al correntista, è nulla ex art. 1344 c.c., perché tesa ad eludere il divieto di pattuire interessi usurari, previsto dall'art. 1815 c.c., comma 2, per il mutuo, regola applicabile per tutti i contratti che prevedono la messa a disposizione di denaro dietro una remunerazione». Come si può notare, l'ipotesi è peculiare e non pare possa essere ritenuta espressione di un principio che nega il valore a tutte le clausole di salvaguardia: nel caso di specie, infatti, il patto prevedeva non già la riduzione automatica dell'interesse preteso dalla banca nei limiti del tasso soglia (pattuizione che potrebbe andare esente da critiche), ma l'applicazione del tasso usurario, con successivo diritto dell'usurato alla restituzione della differenza.

una soluzione asistemica) – la decisione demandata con l'ordinanza più volte evocata alle sezioni unite non costituisce unicamente una mera definizione di interessi concreti in conflitto, ma potrebbe gettare le basi per un approccio ordinamentale al tema delle sopravvenienze²⁰.

Visto in questa logica il *decisum* rimesso alle sezioni unite potrebbe costituire il banco di prova di concetti e principi altrove già elaborati o in corso di elaborazione e il tema da semplice nicchia episodica destinata all'estinzione potrebbe assumere il ruolo di epifania di una problematica complessiva, prodromo di visioni e orizzonti da esplorare.

3. Evidenziata la potenziale rilevanza sistematica della decisione, si può passare ad indagare le argomentazioni che giustificano le varie opzioni interpretative prospettabili per la definizione del problema.

Parte della letteratura ha da tempo condiviso le conclusioni raggiunte da quella giurisprudenza che esclude il rilievo giuridico dell'usura sopravvenuta, quanto meno con riferimento alla sua esplicazione nelle forme di diritto intertemporale²¹.

A sostegno di tale interpretazione viene utilizzato anzitutto l'art. 1 della legge n. 24/2001, di interpretazione autentica della l. n. 108/1996, già richiamato in precedenza. In particolare, dalla Relazione governativa al d.l. n. 394/2000, convertito nella l. n. 24/2001, emerge la volontà del legislatore di rendere la l. n. 108/1996 inapplicabile ai contratti conclusi prima della sua entrata in vigore, nonché quella di escludere l'ammissibilità dell'usura sopravvenuta per i contratti stipulati successivamente alla sua entrata in vigore²². Per questo, a fronte di una ipotetica inopportunità dei tassi divenuti usurari in

20. Il problema delle sopravvenienze in ambito contrattuale non può in alcun modo essere trattato in questa sede; senza pretesa di esautività, fra gli scritti più recenti, cfr. V. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 10 ss.; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 843 ss.; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 162 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 667 ss.; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg., II*, Torino, 2003, p. 1200 ss.; ID., *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 937 ss.; F. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003, p. 96 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 467 ss.; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, Milano, 2006, p. 615; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; R. PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013, p. 101 ss.

21. A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 353 ss.; G. GUIZZI, *Congruietà dello scambio e contratti di credito*, in G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 437 ss.; ID., *Il problema dell'usura sopravvenuta*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 184 ss.; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Napoli, 2001, p. 175 ss.; R. ZORZOLI, *Interessi usurari e mutui stipulati anteriormente alla legge n. 108 del 1996*, in *Contratti*, 1999, p. 595; F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1447 ss.; U. MORERA, *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso soglia e ...usuraio sopravvenuto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, p. 522 ss.

22. C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2016, p. 525; G. GUIZZI, *Tentazioni pericolose*, cit., 604. A tale impostazione si è efficacemente ribattuto che «detto ragionamento incoccia nel contrappunto che, in mancanza di una norma transitoria contemplante l'ultrattività

corso di rapporto, si ritiene che la disposizione interpretativa abbia escluso ogni rilievo all'usura sopravvenuta, essendo razionale il suo contenuto nella parte in cui demanda la valutazione del carattere degli interessi con riferimento al momento genetico del rapporto, poiché esso risulta «coerente tanto con la repressione dell'usura, che non può che consistere nel pretendere profitti sproporzionati in rapporto alle condizioni del mercato al momento della stipula, laddove il seguito appartiene al rischio contrattuale; quanto con l'ordine pubblico di direzione, che può dirigere la formazione delle contrattazioni all'interno dei limiti legali di quel momento, ma non può razionalmente modificare auto-contraddicendosi quelle che nella regola privata siano già a loro tempo entrate»²³.

Sempre in tal prospettiva vengono letti l'art. 1815 c.c., il quale ricollega la nullità della pattuizione al momento in cui sono convenuti interessi usurari²⁴, nonché le Istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione del TEGM, le quali prevedono, per i mutui e gli altri contratti di credito, che «sono assoggettati alla rilevazione [...] esclusivamente i nuovi rapporti di finanziamento accessi nel periodo di riferimento»²⁵.

Del resto, si ritiene impossibile sostenere che la misura degli interessi lecitamente pattuita possa essere oggetto di opposta valutazione in ragione del mutamento delle condizioni di mercato: in questo modo, da un lato, si finirebbe per trascurare il fatto che le parti abbiano consapevolmente accettato il rischio del mutamento dei tassi, dall'altro, si avallerebbe una soluzione che si risolve in una modifica autoritativa dei criteri di distribuzione dell'alea contrattuale, accollandoli solo al sovventore²⁶.

della disciplina previgente, quando si dia il caso di un *ius superveniens* conformativo della libertà contrattuale, il fatto dell'esserci una nuova norma imperativa implica, se il rapporto è di durata e non ancora esaurito, che la clausola difforme non possa più operare nella sua *veste originaria*», S. PAGLIANTINI, *La saga*, cit., 610. Corsivi dell'a.

23. A. GENTILI, *I contratti usurari*, cit., p. 380.

24. V. A.B.F. Milano, 28 ottobre 2011, n. 2183, su www.arbitrobancariofinanziario.it, per il quale «gli interessi, che al momento della stipula del contratto che li contempla non sono usurari, non possono in alcuno modo divenire in un momento successivo. Ciò si evince chiaramente anche dal disposto dell'art. 1815, 2° comma, cod. civ., che commina la nullità, originaria, della clausola con cui sono convenuti interessi usurari».

25. La nota n. 9 delle «Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura», del 12 agosto 2009, Sezione C2, p. 11, chiarisce che «i finanziamenti si intendono accessi all'atto della stipula del contratto».

26. G. GUZZI, *Congruietà dello scambio*, cit., p. 452. V., recentemente, ID., *Tentazioni pericolose*, cit., p. 607 ss., ove si sostiene che «in un mercato concorrenziale, che offre molteplici forme di finanziamento e diverse tipologie di tassi di interesse, nelle operazioni a tasso fisso la tutela del sovrvenuto contro il rischio che l'andamento dei tassi nel tempo si riveli decrescente non abbia ragione di porsi. E ciò non solo perché (i) egli aveva già, al momento in cui ha concluso il contratto, la facoltà di scegliere un meccanismo – il tasso variabile – che eventualmente eliminava tale rischio (seppure a condizione di accettare il rischio opposto), sicché egli non può pretendere di vedere riscritto, solo però a suo vantaggio (dal momento che con il tasso fisso egli comunque gode del beneficio di essere immune dal rischio dell'aumento dei tassi medi di mercato), la regola di distribuzione della normale alea contrattuale, ma anche, a ben vedere, perché (ii), in un mercato aperto alla concorrenza, se non vuole continuare a sostenere il costo di un finanziamento divenuto eccessivo rispetto a quelli oramai mediamente praticati, il sovrvenuto gode pur sempre della possibilità di rifinanziarsi, accedendo al credito a condizioni più vantaggiose in modo da estinguere l'esposizione debitoria precedente e rendere il proprio indebitamento meno oneroso». Corsivi dell'a.

A dispetto, delle suesposte argomentazioni, si ritiene che ogni soluzione che tenda alla corretta ermeneusi del dato normativo, debba confrontarsi in via prioritaria con gli scopi e le regole della disciplina contenuta nella l. n. 108/1996, anche alla luce dell'interpretazione autentica contenuta nella l. n. 24/2001, nonché con il ruolo che detta disciplina assume nell'ordinamento.

Vi è infatti una considerazione di fondo che non può essere elusa: la norma sull'usura – al pari di quelle sulla trasparenza bancaria, sulla tutela del consumatore e dell'utente – è espressione di un contesto profondamente mutato in ordine al mercato del credito, alla posizione degli istituti di credito e degli utenti, cosicché la disciplina in esame non rappresenta una regolazione settoriale, ma un precipitato (e la realizzazione concreta) di valori costituzionali²⁷.

È quindi indubbio che, se il punto di partenza della riflessione non può che essere la considerazione per cui la legge antiusura non abbia efficacia retroattiva – e sul punto non pare possa prodursi uno sforzo interpretativo che “svuoti” di contenuto l'opera del legislatore, il quale con la succitata (ragionevole) legge è intervenuto per escludere espressamente che le nuove disposizioni si potessero applicare agli accordi già in essere, affermando (all'art. 1, comma 1) che ai fini della comminatoria delle sanzioni previste dagli artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c., il superamento del tasso soglia va considerato al momento in cui gli interessi sono convenuti o promessi – tuttavia, le risultanze disciplinari della evocata irretroattività non devono essere assunte nella maniera assolutizzante per cui l'usura regolata dalla l. n. 108/1996 riguardi soltanto i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge, giustificando la richiesta di interessi divenuti usurari nel corso del rapporto. Ciò per diversi ordini di motivi.

Come si è accennato, la disciplina dell'usura costituisce una esplicazione del dettato costituzionale ed ivi trova sostanziale fondamento; l'ammissione della legittimità della richiesta di interessi che superano, al momento della dazione, il tasso soglia soltanto perché la pattuizione originaria non era superiore a tale tasso, rappresenta una visione statica del fenomeno contrattuale, che confligge con la perduranza del controllo di meritevolezza e conformità agli obiettivi dell'ordinamento dell'atto privato ben oltre la fase genetica del rapporto, estendendosi a tutta la fase esecutiva²⁸, nonché una irragionevole disparità di trattamento, rilevante – quanto meno – *sub* art. 3 Cost., tra soggetti che hanno posto in essere la medesima operazione economica²⁹.

27. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 1 ss.; G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in ID. (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 25.

28. Per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 337 ss.

29. S. PAGLIANTINI, *La saga*, cit., p. 610; A.A. DOLMETTA, *Sul contratto usurario*, in A. FLAMINI e L. RUGGERI (a cura di), *Contratto e reato*, Napoli, 2014, p. 292 ss.

A ciò si aggiunga che gli effetti di una interpretazione negatrice del fenomeno dell'usurarietà sopravvenuta sarebbero alquanto paradossali: si consentirebbe, infatti, la (intollerabile, anche per il senso comune) coesistenza, nel medesimo momento storico, di creditori che ricevono tassi "calmierati" dalla legge antiusura e creditori che, per il mero caso di aver stipulato il contratto prima della sua entrata in vigore, godono di vantaggi esorbitanti, i quali assumerebbero il carattere dell'illiceità se solo trovassero la propria fonte in un negozio concluso qualche tempo dopo³⁰. Nella sostanza, si ammetterebbe la possibilità per gli operatori che offrono finanziamenti di continuare a ottenere vantaggi che, alla luce della legge antiusura, sono in contrasto con gli obiettivi dell'ordinamento³¹ e così si inciderebbe, vanificandolo, sull'intento stesso della legge, la quale mira alla repressione «nella maniera più incisiva» del fenomeno usurario e, dunque, nel modo più ampio possibile, nonché sul principio di effettività della tutela che impone un ponderato bilanciamento fra le esigenze confliggenti e la prevalenza dell'interesse che, alla luce del sistema, appare meritevole di trovare attuazione (non potendosi dubitare che l'interesse dell'usurato assuma carattere prevalente nel caso che interessa)³².

A livello strutturale, poi, ammettere l'irretroattività delle sanzioni (civile e penale) irrigidite dalla l. n. 108/1996, non significa condannare all'irrilevanza l'usura che sorge su un presupposto contrattuale anteriore a tale normativa, ma che si concretizza nella sua vigenza (non fosse altro perché la definizione di usura unisce "chi si fa promettere" a "chi

30. Dando così corpo a «il dramma personale di una grande massa di individui (e delle rispettive famiglie), poiché essi sono trovati automaticamente in situazione d'insolvenza», F. MAISTO, *Diritto intertemporale*, cit., p. 181.

31. Si potrebbe affermare che sono in contrasto con l'ordine pubblico economico o di protezione. In verità, tale affermazione è contestata da chi (M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, p. 207 ss.) ritiene che «la scelta di circoscrivere la fattispecie penale alle ipotesi in cui vengano pattuiti interessi usurari ... unitamente all'utilizzo della media delle voci di costo praticate dagli intermediari paiono confortare, invero, l'idea della estraneità alla logica della legge dell'intento di monitorare il rapporto negoziale al fine di una sua conformazione all'andamento del mercato nel caso di un ribasso dei tassi di interesse». Si ritiene, dunque, che «accanto al più classico interesse alla repressione di un comportamento criminale, l'attuale disciplina antiusura, ove applicata ai rapporti tra istituti di credito e clienti, è anzitutto diretta ad assicurare la tenuta del sistema bancario». Se ciò è vero (e non se ne dubita), non può dimenticarsi che la matrice sanzionatoria (anche in sede civilistica, v. G. COLLURA, *La nuova legge dell'usura e l'art. 1815 c.c.*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 602 ss.) della l. n. 108/1996 non consente di ritenere l'ordinamento del tutto indifferente rispetto alla tutela del soggetto debole. La logica mercantile non può essere disgiunta dalle ragioni di tutela di tale soggetto, che incidono necessariamente sulla interpretazione delle norme antiusura: in altri termini, si potrà non considerare la repressione dell'usura un principio di ordine pubblico (di direzione o di protezione), ma non si crede possibile legittimare un comportamento che si pone in contrasto con diritti costituzionalmente garantiti per il tramite della legge antiusura (v. P. LAGHI, *Moneta*, cit., p. 323). Nella giurisprudenza si veda Trib. Benevento, 15 aprile 2008, in *Il civilista*, 2009, p. 49, ove si osserva come «in tema di interessi, nel caso di usurarietà sopravvenuta, l'ordinamento non può ammettere il pagamento di interessi in maniera superiore al tasso soglia trimestralmente rilevato, essendo gli effetti del contratto regolati, oltre che dalla volontà delle parti, anche dall'eteroregolamento imposto dall'ordine pubblico (integrazione legale degli effetti contrattuali) quale è quello che vieta qualsiasi effetto usurario».

32. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 115.

si fa dare” interessi usurari). Ed allora, la lettura della norma di interpretazione autentica deve essere svolta nel solco del pensiero della Corte costituzionale, che, nel rimarcare la ragionevolezza della scelta di applicare le nuove sanzioni con riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie, ha offerto un quadro di insieme più complesso, affermando che «restano, invece, evidentemente estranei all’ambito di applicazione della norma impugnata gli ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuatario, secondo la generale disciplina codicistica dei rapporti contrattuali»³³.

Si legge in controtelaio la chiara divaricazione concettuale che i Giudici delle leggi pongono tra usura originaria (sottoposta – alla luce della legge di interpretazione autentica – alle sanzioni civili e penali introdotte dalla legge antiusura) e usura sopravvenuta, nei confronti della quale permangono gli altri rimedi offerti dall’ordinamento.

La distinzione rimediale è perfettamente ragionevole in considerazione della indubbia differenza tra la pericolosità sociale dell’usura originaria rispetto a quella sopravvenuta, nella quale lo stesso creditore è (talvolta) incolpevole, atteso che lo sfioramento del tasso soglia in corso di rapporto può non dipendere da un atto volontaristico delle parti, ma dalle mere fluttuazioni di mercato³⁴. In sede civile, la minore intensità dell’usura sopravvenuta comporta l’inapplicabilità dello strumento di “ortopedia” contrattuale previsto dall’art. 1815, comma 2, c.c.³⁵ e la necessità di strutturare una soluzione manutentiva, che abbia riguardo ai soli interessi usurari maturati nel corso del rapporto e che non caduchi la originaria pattuizione relativa agli stessi (che nel corso del rapporto potrebbe fluttuare tra lecito ed illecito, cioè tra sopra e sotto il tasso soglia), ma la corregga in modo tale da farla “rientrare” nell’ambito della liceità in tutti i casi in cui il *quantum* di interessi superi l’indicazione legislativa massima.

L’usura sopravvenuta è dunque un fenomeno tutt’altro che “cancellato” dall’ordinamento; essa rileva e la sua esistenza è diretta espressione di ragioni di tutela che trovano riscontro ed attuano il dettato costituzionale.

Una volta ammessa la rilevanza del fenomeno rimane il problema del supporto argomentativo che giustifichi la presenza di un intervento sul contenuto del contratto nel corso della sua esecuzione (atteso che – come visto – nel momento genetico esso è pienamente conforme alla legge), con una precisazione: tutte le sottoesposte teorie convergono nell’idea della correzione del contenuto negoziale e raggiungono, per strade concettuali diverse, il medesimo risultato (cioè l’interpolazione del tasso soglia), ma, per quanto si possa apprezzare la necessità di una corretta impostazione, esse tendono a limitare

33. Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, cit.

34. S. PAGLIANTINI, *La saga*, cit., p. 611, per il quale «l’usurarietà sopravvenuta, al contrario di quella originaria, non palesa un coefficiente di marcata negatività etica perché non è che qui (normalmente) venga in gioco un’illeceità legata alla condotta estorsiva del mutuatario».

35. G. COLLURA, *La nuova legge*, cit., p. 611 ss.

l'orizzonte rimediabile alla mera sostituzione del tasso soglia a quello divenuto usurario. Ebbene, una volta che si concordi nella logica correttiva (certamente da giustificarsi nel modo più coerente con le norme vigenti), è l'aspetto del contenuto concreto del rimedio quello che meriterebbe maggiori approfondimenti, dovendo, forse, staccarsi dalla mera logica della sostituzione³⁶.

Il discorso da proporre, dunque, deve distinguere le ragioni dell'intervento "manipolativo" sul programma negoziale e i parametri con cui operare l'intervento medesimo.

Muovendo dal primo punto, pur con varietà di sfumature al loro interno, le ragioni della "correzione" hanno trovato sfogo in diversi orientamenti: nullità sopravvenuta, inesigibilità della prestazione, risoluzione parziale per impossibilità sopravvenuta.

L'ipotesi della nullità (parziale) sopravvenuta si fonda sulla possibilità che nei contratti ad efficacia differita o di durata la prestazione possa subire la sopravvenienza di regole imperative che provocano la illiceità (totale o parziale) della prestazione: il contratto inizialmente valido può divenire successivamente, in parte, invalido nell'ipotesi di eccezionale retroattività della legge (e non è il caso che interessa) o «perché l'ulteriore attuazione del rapporto come programmato dalle parti si pone in contrasto con la nuova norma»³⁷.

In tali evenienze, il meccanismo di salvaguardia è costituito dagli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. che consentono la sostituzione della sola clausola divenuta nulla per contrarietà a norma imperativa. Nel caso dell'usura sopravvenuta la disposizione imperativa sarebbe quella che definisce il tasso soglia al di sopra del quale la pattuizione di interessi è illecita³⁸; tale norma "mobile" si riempirebbe periodicamente dei coefficienti dell'usura, così implicando il giudizio di favore o sfavore a seconda del mutare della regola stessa.

Questa ricostruzione – per quanto risulti la più seguita in ambito giurisprudenziale³⁹ – secondo la dottrina sconta diverse lacune concettuali e, su tutte, si scontra con la decisiva distinzione tra momento genetico e momento funzionale del contratto: il sindacato di nullità distingue la rilevanza giuridica del fatto, il quale è o non è per il diritto. Questa essenza non può mutare nel corso del rapporto e l'accadere di un evento sopravvenuto – come la variazione del tasso soglia – non può incidere o, comunque, riverberarsi sulla validità della clausola, ma, al massimo, sulla produzione o prosecuzione dei suoi effetti⁴⁰.

36. Sottolinea il concetto S. PAGLIANTINI, *La saga*, cit., p. 615, per il quale: «Col che si giunge al vero cuore della questione. Il *focus*, se sono queste le premesse, va infatti concentrato non sul come ma in quale misura il tasso (divenuto) usurario va corretto».

37. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 575 ss. Sul concetto di nullità sopravvenuta, già C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 761 ss.; A. CATAUDELLA, *Nullità «formale» e nullità «sostanziale» nella normativa sul condono edilizio*, ora in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, p. 172 ss.

38. *Contra* F. DI MARZIO, *Il trattamento*, cit., p. 3111.

39. Tra le ultime Cass., 17 agosto 2016, n. 17150, cit.; Cass., 11 gennaio 2013, n. 602, cit.

40. F. GAMBINO, *L'usura «sopravenuta» e l'indigenza del dato positivo*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 890. In proposito F. MARICONDA, *La nullità del contratto*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1991, p. 362, il quale sottolinea come la

Proprio la necessità di collocare la vicenda nella fase attuativa del contratto è il presupposto che si pone in radice della seconda soluzione, la quale esclude l'esigibilità dell'interesse usurario (o meglio la porzione di interesse rappresentato dalla differenza tra tasso soglia e tasso usurario) perché il contratto sarebbe parzialmente inefficace⁴¹ ovvero, perché, muovendo da una lettura costituzionalmente orientata della buona fede *in executivis* desumibile dall'art. 1375 c.c., la pretesa di interessi divenuti eccessivi (*rectius* superiori al tasso soglia) sarebbe contraria a buona fede e, come tale, inesigibile per la parte eccedente il limite imposto dalla legge⁴². Le variazioni del tasso soglia, in questa prospettiva, vanno ad incidere sul necessario contegno delle parti durante l'esecuzione del contratto, poiché l'esercizio del diritto e l'adempimento dell'obbligo devono porsi in correlazione e soggiacciono al controllo di compatibilità tra circostanze (sopravvenute) prevedibili ed adempimento⁴³.

In questo caso le critiche si appuntano, sul concetto di inesigibilità, il quale, nella letteratura tradizionale, si connota per la natura soggettiva e non oggettiva dell'impedimento all'esecuzione della prestazione⁴⁴. Nel caso in esame, in verità, il mutamento del tasso soglia determinerebbe un impedimento che assume carattere certamente oggettivo (tanto che è vagliabile mediante una semplice operazione di calcolo) e, pertanto, si tratterebbe «di un caso di illiceità sopravvenuta della prestazione, il cui carattere di impedimento oggettivo fa sì che non sia necessario, né corretto, ricercarne il fondamento nella violazione di un obbligo di buona fede»⁴⁵.

distanza che corre tra l'atto perfezionativo, valutabile in termini di validità, ed il rapporto, valutabile in termini di efficacia, non è solo cronologica, ma strettamente logica. Sul punto si veda tuttavia l'argomentare di A. GENTILI, *I contratti usurari*, cit., p. 382 ss., per il quale, se kelsenianamente il contratto è fatto, ma è anche regola, «il fatto è quello che è stato e non può successivamente mutare, non così la regola. La regola può vivere nel tempo e trovarsi ad operare, fondando pretese in un contesto normativo mutato. Ma la nullità è riferibile soltanto alla regola e non al fatto. Sicché una sopravvenienza normativa può ben rendere da quel momento invalida una regola ancora operante, originariamente valida. Sarebbe perciò bene non invocare a sproposito la logica».

41. F. DI MARZIO, *Il trattamento*, cit., p. 3112 ss.

42. A.B.F., Coll. Coord., 10 gennaio 2014, n. 77, cit., p. 388 ss. A supporto della tesi che incentra l'attenzione sul canone di buona fede, v. M. GHISALBERTI, *Sulla sopravvenuta violazione del tasso soglia antiusura nello svolgimento del rapporto negoziale e l'applicazione del principio della buona fede quale possibile correttivo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 396, rileva che «il ricorso al criterio generale della buona fede consente infatti di modulare, sulla scorta del contegno tenuto dalle parti così come delle altre circostanze di fatto che abbiano caratterizzato il rapporto, la corresponsione di interessi divenuti medio tempore usurari restando sul mero piano dell'esecuzione del contratto, superando il riferimento alla sopravvenienza della nullità e le sue possibili conseguenti distorsioni applicative».

43. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 397 ss.

44. In generale sul tema, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1988, p. 1090; U. MAJELLO, *Sulla responsabilità per inadempimento di una prestazione infungibile*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, p. 25 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 493.

45. G. PASSAGNOLI, *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 107. V. anche ID., *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005, p. 82 ss. Emerge con evidente chiarezza che la critica in esame è costruita sul difficile discrimine tra illiceità ed impossibilità giuridica della prestazione, poiché si fonda su un'idea di illiceità sopravvenuta che può non essere accolta, preferendosi l'idea della impossibilità giuridica,

Venendo alla terza ipotesi ricostruttiva, anch'essa si pone nella logica della valutazione della fase esecutiva e si concentra sul rimedio che più si attaglia al mutamento oggettivo della prestazione in corso di rapporto. Il riferimento è all'art. 1464 c.c. ed alla possibilità di risoluzione parziale del contratto per illiceità sopravvenuta della prestazione, dalla quale deriverebbe il diritto del creditore al pagamento dei soli interessi nei limiti del tasso soglia (o, per converso, ad eccepire l'inesigibilità per usurarietà sopravvenuta), con esclusione del diritto del mutuatario di recedere dal contratto, stante l'irrilevanza del suo interesse contrario alla conservazione del contratto⁴⁶.

Seppure mediante uno strumento tecnico diverso, anche nell'ambito di questa impostazione il risultato interpretativo è quello del non riconoscimento della legittimità della richiesta di interessi superiori al tasso soglia e, dunque, si torna al concetto – che pare essere quello più apprezzabile sotto il profilo ricostruttivo – di inesigibilità giuridica sopravvenuta⁴⁷, al quale non può che conseguire un intervento correttivo sulla clausola con cui sono pattuiti gli interessi.

Non vi è chi non veda come, per quanto differenti, tutte le soluzioni sinteticamente tracciate appaiano legittimamente sostenibili (e, nel contempo, criticabili), col rischio che la scelta dell'una o dell'altra dipenda più dal gusto dell'interprete che da reali motivi di

alla quale dare conseguenze diverse sul piano della inesigibilità in fase esecutiva; il tutto a differenza di quanto avviene nella valutazione dei due concetti nell'ambito della rilevazione dell'oggetto originario del contratto, ove la differenza sfuma a causa della identità delle conseguenze (v. *ex multis* V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. prin.* Iudica e Zatti, 2, Milano, 2011, p. 326). Pare poi doversi proporre un ulteriore elemento di confutazione: la figura dell'inesigibilità ha ormai perduto il suo carattere strettamente soggettivo, "oggettivandosi" per il medio dell'elemento valutativo derivante dall'imperativo di correttezza e di buona fede, quali espressioni del divieto di abuso del diritto nel terreno dell'attuazione del rapporto obbligatorio. L'inesigibilità, dunque, assume la funzione di strumento di contrasto di una pretesa abusiva in concreto, perché portata avanti nel contrasto con un interesse del debitore preminente sul piano assiologico. Nel caso dell'usura, non si crede di dover fornire giustificazioni particolari sulla natura preminente dell'interesse dell'usuraio su quello dell'usuraio e, per l'effetto, sulla inesigibilità della richiesta di interessi superiori al tasso massimo imposto dalla legge. In materia, già P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, p. 219 ss.; più recentemente, G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, p. 69 ss.; O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, p. 41 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 448 ss.

46. G. PASSAGNOLI, *Ancora su regole*, cit., p. 111, per il quale «diviene, per tale via, rilevante il rapporto tra l'interesse della parte che contrasta la esecuzione parziale del contratto e la *ratio* della norma che determina la impossibilità parziale sopravvenuta dell'oggetto. Così, ove la impossibilità giuridica e la illiceità sopravvenute trovino, come nella specie, il proprio composito fondamento, oltre che nell'interesse generale, nella specifica protezione di una delle parti di fronte all'altra, ne discende una conseguenza decisiva: ogni contrario interesse del contraente non protetto, sarà irrilevante ai fini risolutivi, esattamente come lo sarebbe agli effetti della disciplina della nullità necessariamente parziale».

47. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 91. Per una indagine sotto il profilo della inesigibilità della prestazione, anche F. GAZZONI, *Usura*, cit., p. 1454 ss., per il quale si è in presenza di un abuso del diritto allorché la prestazione «è divenuta eccessivamente onerosa per il debitore, con riferimento ad una valutazione normativa non opinabile perché oggettiva, e, pertanto, inesigibile per la parte eccedente il tasso soglia». Di inesigibilità discorre altresì B. INZITARI, *Il mutuo*, cit., p. 264.

coerenza: salvo inaspettate e imprevedibili nuove soluzioni (o sgradevoli, quanto inadeguate, commistioni), spetterà alla Suprema Corte attingere dallo spettro di alternative descritte quella che ritiene più adeguata, nella consapevolezza che qualunque essa sia non potrà non confrontarsi con le critiche che ciascuna porta con sé. Quel che sembra certo in ogni caso – una volta che si assuma la giuridica rilevanza del fenomeno – è che il contratto debba essere corretto e che tale intervento assuma le vesti di una riconduzione ad equità della clausola con cui sono stipulati gli interessi.

4. L'apertura alla logica dell'intervento correttivo sul contratto impone un ulteriore passo avanti (che si è prima soltanto ipotizzato): posta l'inesigibilità giuridica della prestazione resta il dubbio su quale tasso debba applicarsi in sostituzione del tasso divenuto usurario nel corso del rapporto o, se si guarda al problema nella prospettiva di diritto intertemporale, maturato nella parte di rapporto sottoposta alla vigenza della legge antiusura (e, dunque, escludendo eventuali interessi maturati prima, ma richiesti dalla banca dopo).

Tale questione prescinde dalla giustificazione che si voglia dare alla "correzione" operata in corso di esecuzione: sia che si guardi alla logica schiettamente equitativa scaturita dall'indagine sul contegno del creditore alla stregua del canone di buona fede, sia che si faccia riferimento alla tecnica della sostituzione legale della clausola nulla, sia infine che si assuma la risolubilità parziale, resta il problema di individuare il parametro attraverso il quale modificare il programma contrattuale nella parte divenuta contraria a legge. Tutte le interpretazioni che giustificano la correzione, infatti, impongono il ricorso a un parametro sostitutivo, ma non consentono di individuarlo o, meglio, non escludono che esso possa essere rintracciato attraverso una diversa fonte normativa indiretta (ora il decreto ministeriale che stabilisce il tasso legale, ora la rilevazione trimestrale di Banca d'Italia per il TEGM o il tasso soglia).

Le soluzioni astrattamente ipotizzabili che individuano vari tassi alternativi che potrebbero essere sostituiti al tasso divenuto usurario – e cioè il tasso soglia, il tasso legale, il tasso effettivo globale medio vigente al momento della riscossione – sembrano tutte in astratto coerenti con le giustificazioni dell'intervento correttivo, posto che ciascuna di esse ha un "appiglio" *lato sensu* normativo che la rende ipoteticamente compatibile con il meccanismo sostitutivo (ferme le eccezioni di cui si dirà per il caso della sostituzione della clausola ai sensi del combinato disposto degli artt. 1339 e 1419 c.c.). Il problema, dunque, è da ricondursi al lato funzionale e si concreta non già in una mera di scelta "politica", ma, attraverso questa scelta, nella regolazione dell'elemento che va a costituire la cifra dell'istituto e, in particolare, determina l'effettiva capacità di realizzare il contemperamento degli interessi in conflitto nel caso di usura sopravvenuta.

Ciò posto è innegabile che l'orientamento prevalente della giurisprudenza sia indirizzato verso l'utilizzo del tasso soglia, attraverso il meccanismo dell'inserzione automatica

delle clausole previsto dal disposto degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.⁴⁸. L'idea che sorregge questa impostazione è quella della conservazione della volontà storica delle parti, ma il metodo di correzione non è esente da critiche sotto il profilo tecnico e gius-politico.

Dal primo punto di vista, la riconducibilità dei decreti ministeriali al concetto di norma conformativa che possa integrare il programma negoziale suscita perplessità, perché difficilmente essi sono riconducibili al sistema di operatività degli artt. 1339 e 1419 c.c. (in sostanza, si utilizzano, con certa forzatura, i decreti ministeriali quali norme conformative *per relationem* dalle quali ricavare i contenuti da inserire nel regolamento, sebbene essi abbiano in realtà tutt'altra funzione)⁴⁹; parallelamente, assumere quale intento quello di mantenere ferma la originaria volontà sostitutiva ipotetica dei contraenti ("strizzando l'occhio" all'istituto della conversione, senza tuttavia farvi espresso riferimento per non incorrere nell'eccezione per cui la conversione concerne il contratto e non la sua clausola) significa sottovalutare che il creditore, a ben guardare, non è affatto contraddistinto da un intento sostitutivo: se tale volontà vi fosse, egli (soprattutto se operatore professionale) una volta accortosi della intervenuta usurarietà del tasso potrebbe (o dovrebbe) attivarsi per ridurre la propria pretesa. Quando ciò non faccia, è evidente che nessuna volontà ipotetica di correzione può essere individuata in capo ad esso; l'elemento volontaristico risulta una finzione che non corrisponde alla reale intenzione del creditore.

Queste ultime considerazioni sul contegno del creditore aprono la strada a una visuale più ampia. Atteso il mancato volontario adeguamento da parte del creditore del tasso divenuto usurario (quanto meno) al tasso soglia, adottare la soluzione in parola significa consentire al creditore medesimo di coltivare, senza alcuna ripercussione concreta, le proprie pretese usuarie, confidando nel fatto che o il debitore non agirà mai in giudizio per la riduzione, così legittimando nei fatti un guadagno illecito, o, nel caso in cui il debitore (o il giudice d'ufficio) rilevi l'usurarietà, il rimedio sarà lo stesso a cui si sarebbe andati incontro per il tramite di una scelta volontaria. È di palese evidenza che così argomentando si giustificano, validandole, scelte opportunistiche del contraente forte.

48. Cass., 11 gennaio 2013, n. 602, cit. In dottrina, si veda G. GIUSTI, *Note*, cit., p. 110 ss.

49. Sul tema, già F. DI MARZIO, *Il trattamento*, cit., p. 3111; v. anche G. CARRIERO, *Credito*, cit., p. 111; G. GUIZZI, *Tentazioni pericolose*, cit., p. 606. In giurisprudenza, Cass., 26 gennaio 2006, n. 1689, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, per la quale «relativamente ad un rapporto contrattuale di durata, l'intervento nel corso di essa, di una nuova disposizione di legge diretta a porre, rispetto al possibile contenuto del regolamento contrattuale, una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti nel regolamento del contratto, in assenza di una norma transitoria che preveda l'ultrattività della previgente disciplina normativa non contenente la norma imperativa nuova, comporta che la contrarietà a quest'ultima del regolamento contrattuale non consente più alla clausola di operare, nel senso di giustificare effetti del regolamento contrattuale che non si siano già prodotti, in quanto, ai sensi dell'art. 1339 c.c., il contratto, per quanto concerne la sua efficacia normativa successiva all'entrata in vigore della norma nuova, deve ritenersi assoggettato all'efficacia della clausola imperativa da detta norma imposta, la quale sostituisce o integra per l'avvenire (cioè per la residua durata del contratto) la clausola difforme, relativamente agli effetti che il contratto dovrà produrre e non ha ancora prodotto».

Nell'ottica di superare i limiti esposti, le altre ricostruzioni si pongono in decisa soluzione di continuità rispetto a quella sin qui descritta e muovono nell'ambito di un intervento di matrice equitativa – o meglio volto a ristabilire il principio di proporzionalità su cui si fonda la norma antiusura – finalizzato a riportare il contratto a contorni più coerenti rispetto al mercato creditizio e con gli indici normativi che regolano l'operazione in concreto svolta⁵⁰; essi, al loro interno, si sviluppano in una duplice alternativa: il tasso legale e il tasso effettivo globale medio.

L'argomentazione che ipotizza l'utilizzo del tasso legale degli interessi costituisce il precipitato di una logica fondamentalmente sanzionatoria (perché – come noto – nell'attuale sistema l'applicazione degli interessi legali rappresenta assegnare al denaro una redditività esigua), la quale non può sempre dirsi giustificata nel caso dell'usura sopravvenuta, posto che – come si è visto in precedenza – spesso il mutamento del tasso è del tutto indipendente dalla volontà del creditore e, comunque, non esiste una necessità di punizione equiparabile a quella sentita in caso di usura originaria (la sola che giustifica il doppio regime punitivo stabilito dagli artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c.).

Per converso, la scelta del TEGM è sembrata preferibile a una parte della dottrina quale espressione di una logica equitativa, poiché il criterio in esame risulta rappresentativo di «quell'idea di normalità che appare insita nel concetto di determinazione equitativa»⁵¹. In altri termini, l'operazione divenuta usuraria viene ricondotta al tasso medio corrente trimestre per trimestre sulla base delle rilevazioni periodiche della Banca d'Italia, così riportando il contenuto negoziale dalla illiceità alla normalità di mercato (anche se – a parere di chi scrive – non sempre quest'ultima è anche conforme ad equità⁵²).

Di fronte a questo panorama frastagliato, ogni soluzione presta il fianco ad un uso distorto rispetto alle esigenze scaturenti da specifici casi concreti: la varietà delle forme di manifestazione del fenomeno dell'usura sopravvenuta impone un atteggiamento eclettico che veda nel rimedio l'effettivo sistema di composizione dei valori in gioco, anche in considerazione del contegno delle parti e ciò non solo nella fase “recuperatoria” per il mutuatario che pretenda la restituzione di quanto versato indebitamente (che è quella che sovente si verifica), ma anche nella fase della eventuale richiesta “illegittima” della banca, che agisca per la esecuzione del contratto con applicazione del tasso originariamente lecito, ma divenuto usurario.

50. P. PERLINGHERI, *Il diritto civile*, cit., p. 386; ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 432; ID., *Equilibrio normativo e proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 456.

51. A.A. DOLMETTA, *L'usura sopravvenuta in Cassazione*, in www.cortedicassazione.it, p. 22 ss.; L. FERRONI, *La nuova disciplina*, cit., *passim*; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, p. 159 ss.

52. In altre sedi si è avuto modo di definire la distinzione (o meglio, la non necessaria sovrapposibilità) tra valori di mercato e logica equitativa, G. SALVI, «*Accordo gravemente iniquo*» e «*riconduzione ad equità*» nell'art. 7, d. lgs. n. 231 del 2002, in *Contr. impr.*, 2006, p. 181 ss.

Non sarebbe, dunque, da escludere un ruolo *lato sensu* punitivo (con conseguente applicazione del TEGM, se non addirittura del tasso legale) rispetto a ipotesi di usura sopravvenuta dovuta all'incremento nel corso del rapporto di spese o commissioni, a cui la banca non intenda in alcun modo rinunciare, sebbene ciò comporti lo sfioramento (anche solo in alcuni trimestri) del tasso soglia⁵³; ovvero non appare del tutto destituita di fondamento l'eventuale scelta del giudice per il TEGM (o per il tasso legale) allorché la banca, consapevole del superamento del tasso, insista per la richiesta di pagamento dell'interesse convenzionale sebbene il mutuatario le abbia eccepito (anche stragiudizialmente) l'usurarietà. Specularmente, potrebbe ritenersi del tutto legittimo l'utilizzo del tasso soglia in situazioni nelle quali l'alea contrattuale assunta consapevolmente dai due contraenti preveda proprio il "gioco" sul filo dell'usura: se il debitore ha partecipato con convinzione (cioè ottenendo vantaggi corrispondenti) alla determinazione di un tasso soggetto al plausibile rischio di sopravvenuta usurarietà, la mera sopravvenienza amministrativa costituita dalla rilevazione trimestrale del tasso soglia non può andare a detrimento del creditore, al quale potranno riconoscersi vantaggi computabili non certo in misura usuraria, ma almeno nella misura massima consentita dalla legge.

È prevedibile che ogni soluzione non definita una volta per tutte si esponga alla critica sulla imprevedibilità del risultato giudiziale, ma ciò non pare infici il risultato raggiunto per due ordini di motivi. Sul piano pratico, la discrezionalità del giudice è in questo ambito pur sempre ondeggiante tra forme remunerative per il creditore e non certo ablative di ogni guadagno (come avviene con l'art. 1815, comma 2, c.c.) e, dunque, essa può incidere sul *quantum* del profitto, ma non sull'*an* dello stesso; sul piano teorico, la concomitanza di rimedi (anzi, in questo caso, la compresenza di contenuti diversi del medesimo rimedio correttivo) non è affatto un *unicum* e, piuttosto, è espressione del più generale criterio della ragionevolezza⁵⁴.

Traendo le conseguenze da quanto detto non può che aderirsi all'idea per cui «le molte sfaccettature del problema lasciano però scorgere una poliedricità funzionale, non tutte le usure sono uguali giova ripeterlo, che sarebbe ingenuo pensare di risolvere i conflitti mediante la bussola di un'asfittica *reductio ad unitatem*»⁵⁵, rendendo così opportuna la configurazione di rimedi "flessibili" che si conformino alle esigenze del caso concreto⁵⁶.

Ed è proprio nella necessità di adeguamento tra la realtà mutevole e la risposta giuridica che si pone il ruolo profondo del giurista, il quale, ripercorrendo le parole dell'insigne dottrina che oggi onoriamo, «astretto dalla necessità di corrispondere alle istanze di giu-

53. Sul tema del computo delle varie spese nel calcolo del tasso applicato, v. V. FARINA, *Sindacato e disapplicazione dei decreti Ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 445 ss.

54. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi*, cit., p. 86.

55. S. PAGLIANTINI, *La saga*, cit., p. 617.

56. F. GAMBINO, *L'usura*, cit., p. 898 ss.

stizia che sono e della realtà propria dei fenomeni considerati e del modo di guardare agli stessi, quale si produce nell'ambito della *conscience collective*, ha tuttavia qualcosa di peculiarmente suo da apportare: l'elaborazione degli strumenti concettuali finalizzati alla resa in termini operativi del nucleo che ad esso si impone⁵⁷. Un sapere tecnico che è «capacità di elaborazione critica della propria ragione, quale unico strumento in grado di corrispondere alle finalità del diritto in tutta la diversificazione problematica che di esso è propria»⁵⁸.

57. G. FURGIUELE, *François Gény civilista, o dell'applicazione d'une méthode critique d'interprétation* nel diritto (a proposito di «des droits sur les lettres missives»), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XX, 1991, p. 530.

58. *Id.*, *o.c.*, p. 535.

LA NUOVA LEGGE SULLA RESPONSABILITÀ SANITARIA: QUALE MODELLO DI RESPONSABILITÀ?

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO
Prof. ordinario Università di Roma "Tor Vergata"

SOMMARIO: 1. I profili di interesse della disciplina introdotta dalla L. n. 24/2017 all'interno di una riflessione sull'evoluzione complessiva del sistema della responsabilità civile. – 2. La rilevanza delle linee guida ed il problema dell'onere della prova. Un caso esemplificativo: l'intervento di *routine*. – 3. La legge Balduzzi ed il primo tentativo di superamento del modello della responsabilità da contatto sociale. – 4. L'assalto finale alla 'cittadella' del contatto sociale: la L. n. 24/2017.

1. I profili di interesse della disciplina introdotta dalla L. n. 24/2017 all'interno di una riflessione sull'evoluzione complessiva del sistema della responsabilità civile.

Il nuovo disegno della responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, che emerge dalla L. 8 marzo 2017, n. 24, incide, sia pure in termini non sistematici e che, comunque, richiedono, come si dirà, interventi di specificazione da parte della disciplina subprimaria, sul versante delle regole di condotta che debbono essere osservate dal medico, su quello della costruzione stessa del modello di responsabilità ed altresì quanto alla delimitazione del danno risarcibile.

Naturalmente, e proprio per la natura non sistematica dell'intervento, che non si cimenta neppure nel tentativo di definire una disciplina organica della materia della responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, non è dato parlare della costruzione di un sottosistema di questo specifico ambito della responsabilità civile; tuttavia, anche la disciplina che, con particolare riguardo alle disposizioni degli artt. 5 e 7 di essa, costituisce il termine di riferimento di queste considerazioni di commento a prima lettura, sembra confermare una triplice linea di tendenza del recente diritto della responsabilità civile.

Infatti, e sotto un primo profilo, anche sul versante della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, ed attraverso la rilevanza assegnata, nei termini dei quali si dirà più in dettaglio tra breve, alle buone pratiche assistenziali ed alle raccomandazioni previste dalle linee guida, si coglie l'evoluzione del concetto di colpa verso una nozione sociale ed oggettiva di esso, così da qualificare appunto come in colpa colui che adotti un comportamento in contrasto con quelle regole di diligenza, prudenza e perizia che, nel quadro del contesto sociale in cui si inserisce la condotta, si considerano idonee a prevenire i danni¹. E, proprio perché la sussistenza di un comportamento qualificato da colpa deve

1. Si tratta di un fenomeno che era stato già acutamente rilevato da C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G.

essere verificata in relazione al contesto sociale di riferimento, la nozione di colpa, ancora una volta secondo una linea di tendenza che anche la L. n. 24/2017 conferma, si presenta dotata da un forte coefficiente di elasticità «che ne consente specificazioni adeguate al variare di determinate caratteristiche della fattispecie concreta»².

Da un ulteriore angolo visuale, la regolamentazione introdotta dalla L. n. 24/2017 pare costituire - e, del resto, nel solco del dato normativo immediatamente previgente - un ulteriore punto di emersione di un'area di illeciti nei quali l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria risulta variamente influenzata dalle modalità soggettive della condotta, laddove l'art. 7, comma 3, legge cit. prevede che "il giudice nella determinazione della misura del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590 - *sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge": restando in questo modo confermata l'attualità di una riflessione complessiva sui risarcimenti aggravati, ma, a questo punto, in ipotesi anche attenuati, dalla condotta³. Mentre, e sempre sul versante della concreta determinazione della prestazione risarcitoria, assume rilievo anche la conferma della regola, contenuta nell'art. 7, comma 4, e già presente nel dato normativo immediatamente previgente, che richiama le tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni private, salve le integrazioni delle medesime per tenere conto delle fattispecie da esse non previste ed attinenti a quelle cui ha invece riguardo la materia della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

Infine, e si tratta forse dell'aspetto sistematicamente più interessante della disciplina cui sono dedicate queste brevi notazioni, essa sembra in effetti voler definitivamente superare il modello della responsabilità da contatto sociale come 'forma' della respon-

IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. privato*, II ed., Milano, p. 161.

2. Così, ancora, C. SALVI, op. cit., pp. 161-162. In un ordine di idee per molti aspetti analogo, M. BARCELLONA, *Trattato breve della responsabilità civile*, Torino, 2011, ha ricostruito lo standard della colpa come strutturato in tre stadi distinti, nei quali il primo «è costituito dalla ricostruzione del rischio di cui il danno costituisce attuazione e consiste nella determinazione delle circostanze concrete che hanno reso rischiosa una condotta altrimenti innocua e della determinazione delle probabilità che tali circostanze fossero presenti nel contesto concreto in cui tale condotta è stata esperita. Il secondo stadio attiene alla riferibilità all'agente del rischio che la sua condotta ha creato e consiste nel giudizio circa la conoscibilità *ex ante* della possibile presenza delle circostanze che avrebbero potuto rendere la sua condotta dannosa e del grado di probabilità con cui tale presenza si sarebbe potuta dare nel contesto concreto dell'azione. Il terzo stadio concerne, infine, la tollerabilità/intollerabilità del rischio creato dall'agente e ad esso riferibile. Esso consiste, perciò, in un giudizio con il quale il rischio che si è prima accertato essere stato creato dall'agente con la sua condotta ed essere ad esso riferibile sulla base di una valutazione prognostica riferita alle conoscenze che *ex ante* gli si potevano accreditare, viene confrontato con un misuratore deontico. Solitamente questo misuratore deontico viene indicato nella diligenza media, precisando però che tale diligenza media non è quella che viene di fatto praticata dalla maggioranza dei consociati, bensì il livello medio di diligenza esigibile alla stregua di quel metro di doverosità che viene metaforicamente indicato nel c.d. buon padre di famiglia».

3. Su questo argomento, cfr. ARNONE - CALCAGNO - MONATERI, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014.

sabilità del medico che operi all'interno di una struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata, senza avere agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale in ipotesi assunta con il paziente: così dando corpo, nella specifica materia, alla rivisitazione critica dello schema ricostruttivo appena evocato, che pure, per un paio di decenni e proprio muovendo dal problema della responsabilità del medico che presti la sua attività di cura in favore del paziente senza avere assunto un'obbligazione contrattuale nei suoi confronti, è stato largamente accreditato nella elaborazione giurisprudenziale della responsabilità civile⁴.

Ve n'è quanto basta per confermare l'assunto, anche di recente autorevolmente proposto, secondo il quale la responsabilità medica, ancora più che un sottosistema della responsabilità civile, dovrebbe essere considerato quale una sorta di frontiera avanzata della responsabilità civile nel suo complesso⁵, e per rendere evidente, dunque, l'interesse estremo di una riflessione sul dato normativo che costituisce il termine di riferimento di queste notazioni.

2. La rilevanza delle linee guida ed il problema dell'onere della prova. Un caso esemplificativo: l'intervento di *routine*.

Nel contesto normativo delineato dalla L. n. 24/2017 il ruolo delle buone pratiche assistenziali e delle linee guida appare senz'altro più significativo di quanto non fosse dato rilevare all'interno della L. 8 novembre 2012, n. 189⁶. La formulazione generale dell'art. 5, comma 1, L. n. 24/2017⁷, infatti, fa assurgere le raccomandazioni previste nelle linee

4. Cfr., sul punto, la recentissima e completa ricostruzione di E. VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 2065 ss.

5. Così E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 28. Dello stesso Autore, vedi, con riferimento ora al testo di legge così come pubblicato, Il parto travagliato della riforma in materia di responsabilità sanitaria, *Giustizia civile.com*, 27 marzo 2017. Sul nuovo assetto normativo della materia vedi anche il contributo di P. GATTARI, *Prime riflessioni sulla riforma della responsabilità civile da attività sanitaria (L. 8 marzo 2017 n. 24)*, in *Giustizia civile.com*, 31 marzo 2017, il quale osserva che «il legislatore del 2017 pare aver colto appieno la distorsione del sistema conseguita all'aver applicato la medesima disciplina alle strutture sanitarie o socio sanitarie – obbligate direttamente in base al contratto o *ex lege* ad eseguire determinate prestazioni al paziente – e agli esercenti le professioni sanitarie di cui le strutture debbono necessariamente avvalersi per adempiere (trattandosi di c.d. 'professioni protette') ma che eseguono le prestazioni non per un obbligo verso il paziente, bensì nell'espletamento dell'attività lavorativa a cui sono tenuti in base al rapporto contrattuale che li lega alla struttura o in base al rapporto di convenzione con il S.S.N.».

6. Si tratta, come è ovviamente noto, della legge di conversione del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, la c.d. legge Balduzzi.

7. Secondo la quale, com'è noto, «Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si atten-gono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati, nonché dalla società scientifiche e dalle associazioni tecnico - scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto

guida e le buone pratiche assistenziali, da utilizzarsi in assenza delle suddette raccomandazioni, al rango di criteri di verifica della sussistenza stessa di un'ipotesi di responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria: resta così confermato appunto il processo evolutivo del criterio di imputazione dell'obbligo risarcitorio rappresentato dalla colpa del quale si era poc'anzi fatto cenno, da intendersi ormai senz'altro nei termini della condotta esigibile secondo gli *standards* di diligenza professionale applicabili nel settore socio - economico di riferimento.

La modifica del dato normativo che si registra, sul punto, rispetto al testo della L. n. 189/2012⁸, rende necessario chiarire subito quali siano, appunto, gli elementi di novità avuto riguardo al testo previgente.

Nel sistema della legge Balduzzi, il riferimento alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica era essenzialmente funzionale ad escludere la responsabilità penale per colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria, facendo tuttavia salvo "l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile"⁹. Restava tuttavia aperto, sul versante del diritto civile, il problema del modo in cui la conformità della condotta dell'esercente la professione sanitaria alle linee guida ed alle buone pratiche potesse incidere sull'affermazione, o meno, della responsabilità civile del medico; ed infatti, una volta ammesso che, in sede penale, l'esercente la professione sanitaria potesse rispondere, sia pure solo per colpa lieve, anche nel caso in cui si fosse attenuto, appunto, a linee guida ed a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, sarebbe stato evidentemente difficile negare la possibilità di una responsabilità civile del predetto esercente, ove pure osservante delle linee guida e delle buone pratiche. Si veniva, in questo modo, a delineare un risultato applicativo che, per certi aspetti almeno, contraddiceva l'esigenza, sottostante già alla L. n. 189/2012, di limitare l'esposizione del medico a responsabilità risarcitoria in sede civile, perché pure l'adeguamento a modelli di condotta, ragionevolmente suscettibili di essere qualificati come generalmente accettati e condivisi dalla comunità scientifica, non avrebbe escluso la responsabilità risarcitoria del medico, benché in ipotesi da qualificarsi

del Ministro della Salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico - assistenziali".

8. La quale attribuiva rilievo alle linee guida e alle buone pratiche accreditate nel contesto dell'art. 3, comma 1, enunciando la regola secondo la quale "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi, resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

9. Disposizione, quest'ultima, che aveva alimentato il dibattito, destinato, a quanto pare, ad essere superato dalla L. n. 24/2017, circa la possibilità di ricondurre ancora la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria alla responsabilità da contatto sociale qualificato ovvero di farne senz'altro, e sia pure assai discutibilmente, un'ipotesi di responsabilità civile per scelta del legislatore: sul punto, si avrà modo di tornare tra breve nel testo.

come responsabilità extracontrattuale e, dunque, con onere della prova della colpa dell' esercente a carico del paziente danneggiato o, comunque, dell'attore in giudizio.

Da questo punto di vista, la formulazione dell'art. 5 della L. n. 24/2017 sembra effettivamente in grado di introdurre un assetto più equilibrato della materia, assetto che risulta essenzialmente affidato all'inciso che delimita la rilevanza del rispetto, da parte dell'esercente la professione sanitaria, delle raccomandazioni o delle buone pratiche assistenziali con il richiamo alle eventuali specificità del caso concreto. In altre parole, l'esercente resta esente da responsabilità solo se, anche al di là delle prescrizioni astratte delle linee guida, conforma la propria condotta alle peculiarità della singola esigenza diagnostica, terapeutica, riabilitativa o palliativa che di volta in volta venga in considerazione.

Tuttavia, la scelta di ricondurre la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria all'interno dello schema della responsabilità civile, ormai definitivamente consacrata dalla L. n. 24/2017, impone di verificare se, ed in quali termini, potrà continuare a trovare applicazione l'assetto giurisprudenziale fin qui accreditatosi, soprattutto con riferimento alla graduazione della diligenza nel caso di interventi routinari, per i quali più incidente potrebbe sembrare la rilevanza, esonerativa da responsabilità del medico, del suo ottemperare alle linee guida o alle buone pratiche clinico - assistenziali¹⁰.

Per quanto riguarda interventi così qualificati, si rammenta che, nel prevalente assetto di diritto vivente, i giudici di legittimità avevano avuto modo di precisare che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà non poteva valere come criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma, piuttosto, solo ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario¹¹. Si trattava di una soluzione raggiunta solo recentemente dalla elaborazione della giurisprudenza di legittimità, atteso che, in precedenza, la qualifica di "facile" o "difficile" attribuita ad un intervento aveva conseguenze diverse sul piano dell'onere della prova¹²; dopo che le Sezioni Unite della

10. Sul quale cfr., ancora da ultimo, Cass. 17 giugno 2016, n. 12516.

11. Cfr. Cass., Sez. III, 18 settembre 2015, n. 18307, su *Foro it.*, 2016, 1, 1, p. 175.

12. Cfr. Cass., Sez. III, 16 novembre 1988, n. 6220 che così statui: «se l'intervento operatorio scelto ed applicato dal chirurgo è di difficile esecuzione (poiché richiede una notevole abilità, implica la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità, e comporta un largo margine di rischio) il cliente deve provare, con precisione e particolareggiatamente il modo di esecuzione dell'intervento operatorio nelle sue varie fasi e, all'occorrenza, il modo di esecuzione delle prestazioni post-operatorie, tale rigore probatorio non è richiesto quando l'intervento operatorio applicato dal chirurgo allo specifico caso patologico non sia di difficile esecuzione ed il rischio di un esito negativo o addirittura peggiorativo sia minimo, potendo derivare, al di fuori della colpa dell'operatore, dal sopravvenire di eventi imprevisi ed imprevedibili secondo la ordinaria diligenza professionale, oppure dalla esistenza di particolari condizioni fisiche del paziente, in precedenza non accertabili con il medesimo criterio della ordinaria diligenza professionale. Quando, pertanto, il paziente abbia provato in giudizio che l'intervento operatorio sofferto era di non difficile esecuzione e che da quell'intervento è scaturito un risultato peggiorativo (essendo le sue condizioni fisiche finali divenute deteriori rispetto a quelle preesistenti) non può non presumersi la inadeguatezza o non diligente esecuzione della prestazione professionale; presun-

Cassazione avevano chiarito la questione relativa all'onere della prova nelle azioni intese a far valere l'altrui inadempimento di un'obbligazione¹³, tale impostazione era stata superata, appunto, dalle più recenti decisioni della Corte. La circostanza che l'intervento fosse qualificato di *routine* continuava a rilevare dall'angolo visuale del rapporto di causalità. Infatti, e come si legge appunto nella più recente sentenza in argomento¹⁴, «l'insuccesso o il parziale successo di un intervento di routine, o comunque con alte probabilità di esito favorevole, implicano di per sé la prova dell'anzidetto nesso di causalità, giacché, tale nesso, in ambito civilistico, consiste nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio del 'più probabile che non'».

E infatti - questo il ragionamento svolto dalla Corte anche in occasione di precedenti pronunce¹⁵ - se è vero che il mancato o incompleto raggiungimento del risultato non può, di per sé, implicare inadempimento (o inesatto inadempimento) dell'obbligazione assunta dal professionista (e dalla struttura ospedaliera), è anche vero che il totale insuccesso di un intervento di *routine* e dagli esiti normalmente favorevoli, come il parziale insuccesso che si registra nei casi in cui dall'intervento sia derivata una menomazione più gravosa di quella che era lecito attendersi da una corretta terapia della lesione o della malattia, si presenta come possibile ed altamente probabile conseguenza dell'inesatto adempimento della prestazione (o di colpevole omissione dell'attività sanitaria dovuta) e, alla stregua dei criteri di accertamento del nesso di causalità nel settore della responsabilità civile, giustifica, così, la prova della relazione causale.

Ne discendeva il corollario, nel contesto della qualificazione della responsabilità del medico come da inadempimento di un'obbligazione preesistente, che, in caso di prestazione professionale medico-chirurgica di *routine*, spettava al professionista superare la presunzione che le complicanze fossero state determinate da omessa o insufficiente diligenza professionale o da imperizia, dimostrando che erano state, invece, prodotte da un evento impreveduto ed imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento; con l'ulteriore conseguenza che laddove si prospettasse una questione circa l'incidenza di una causa naturale nella determinazione dell'evento pregiudizievole, o era certo che il fattore naturale fosse tale da escludere del

zione basata su di una regola di comune esperienza nel settore chirurgico ed in definitiva sul principio dell'*id quod plerumque accidit*. Ne deriva che, assolto dal paziente, con la dimostrazione degli elementi sui quali si fonda la presunzione, l'onere probatorio a suo carico, spetta al chirurgo fornire la prova contraria, di avere adeguatamente e diligentemente eseguito la prestazione professionale e di nulla aver potuto contrapporre all'insorgenza dell'esito peggiorativo dell'intervento, in quanto causata dal sopravvenire di un evento impreveduto ed imprevedibile (secondo la ordinaria diligenza professionale) oppure da una particolare condizione fisica del cliente (non accertabile con il medesimo criterio della ordinaria diligenza professionale)».

13. Il riferimento è ovviamente a Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533.

14. Cass. n. 12516/2016, cit.

15. Cfr. Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, (in *Corriere Giuridico* 2009, 12, 1653, con nota di M. Bona) alla quale rinvia anche la sentenza qui in commento.

tutto il nesso di causa, oppure si doveva ritenere che il danneggiante/debitore non avesse fornito la prova della causa non imputabile con conseguente riconducibilità, in termini di responsabilità *tout court*, della lesione della salute alla condotta colpevole.

Volgendosi ora al tentativo di dare risposta all'interrogativo circa il modo in cui analogo problema sarà risolto nell'ambito della nuova disciplina, si può ipotizzare che proprio il riferimento alle specificità del caso concreto, del quale si legge all'art. 5, comma 1 della L. n. 27/2014 possa dischiudere soluzioni operative non troppo dissimili da quelle fin qui accreditate: in altre parole, il modo in cui può delinearsi il nesso di causalità, avuto riguardo alla natura routinaria dell'intervento, può rilevare come una specificità del medesimo, tale da essere apprezzata ai fini dell'affermazione della ricollegabilità delle complicanze ad un contegno evidentemente non conforme a quanto concretamente esigibile da parte dell'esercente la professione sanitaria¹⁶.

3. La legge Balduzzi ed il primo tentativo di superamento del modello della responsabilità da contatto sociale.

Volgendosi ad affrontare il modello di responsabilità delineato dalla L. n. 24/2017, è fin troppo noto che sono passati ormai quasi vent'anni dalla, è il caso di dire celeberrima, sentenza della Cass. n. 589/1999 che aveva enunciato la teoria della responsabilità da contatto sociale e, a partire da quel momento, la giurisprudenza si è attestata, com'è noto, sulla tesi della natura contrattuale (nel senso, ovviamente, di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente) della responsabilità derivante dall'attività medica. Il diritto vivente si è, infatti, venuto consolidando nel senso di dare concretezza applicativa alla premessa metodologica sottesa all'orientamento dottrinale cui si deve il primo accreditamento della teoria della responsabilità del medico come responsabilità da inadempimento di un'obbligazione di protezione, discendente da un contatto sociale, a sua volta fondato sull'affidamento che il paziente ripone sulla professionalità del medico: e cioè quella secondo la quale sarebbe stato inappropriato costruire la responsabilità del medico, cui appunto il paziente si affida, secondo lo stesso modulo della responsabilità del passante o del 'chiunque'.

Proprio perché la ricostruzione della responsabilità del medico nei termini appena accennati si ricollegava ad un'istanza di metodo ben precisa, e peraltro pienamente condivisibile, qual è quella che si sforza di offrire di un problema la soluzione più coerente, rispetto alla sua essenza economico - sociale, equivarrebbe ad una grave semplificazione

16. Non sembra invece che l'affermazione della scarsa portata innovativa, a livello di soluzioni applicative, del nuovo assetto della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria possa essere affidata all'assunto secondo il quale la L. n. 24/2017 indichi semplicemente «l'applicazione di un regime di responsabilità da applicare al medico, non imponendo un inquadramento nell'ambito dei fatti illeciti della fattispecie da cui sorge la responsabilità stessa»: così invece NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 91.

considerare quella svolta giurisprudenziale come dettata in via esclusiva da una - pur rispettabile - esigenza pratica: quale poteva essere quella di rafforzare, in particolare sul piano del riparto dell'onere della prova e della individuazione del termine prescrizione applicabile, la posizione del paziente danneggiato.

È tuttavia proprio sul piano delle conseguenze pratiche ed applicative di questo indirizzo ricostruttivo che il medesimo ha finito per prestare il fianco alla critica. È stato più volte osservato, infatti, che, a fronte di una giurisprudenza sempre più consolidata nell'attribuire preminenza alla tutela del paziente danneggiato, la classe medica ha cominciato a reagire con condotte caratterizzate da grande prudenza, concretizzata in scelte tendenzialmente omissive nel caso di situazioni molto a rischio - c.d. medicina difensiva negativa - e/o con trattamenti non necessari, in una esclusiva prospettiva difensiva - c.d. medicina difensiva positiva - così causando un aumento dei costi nel bilancio delle aziende sanitarie. Dal punto di vista assicurativo, poi, la maggiore facilità per i pazienti di conseguire il risarcimento del danno lamentato in presenza di asseriti episodi di *malpractice* medica ha determinato l'innalzamento dei premi a fronte di richieste di risarcimenti di importo sempre più elevato¹⁷.

In questo scenario si è inserita, com'è noto, la L. n. 189/2012 (la c.d. legge Balduzzi), il cui scopo principale era, almeno nelle intenzioni, quello di arginare proprio il fenomeno della medicina difensiva, e la cui entrata in vigore ha senz'altro messo in discussione la natura contrattuale della responsabilità medica.

Si era, in altre parole, delineata una linea d'attacco al modello costruttivo della responsabilità da contatto, individuata proprio nell'art. 3, comma 1 della L. n. 189/2012¹⁸. L'esegesi più immediata di questa disposizione¹⁹ sembrava essere senz'altro nel senso di una volontà del legislatore di qualificare la responsabilità del medico, che, prestando la propria opera in una struttura ospedaliera nei cui confronti intercorra il rapporto contrattuale del quale è parte il paziente, abbia danneggiato quest'ultimo, come riconducibile all'area dell'art. 2043 c.c., così disattendendo il diritto vivente che, sin dal gennaio 1999, si è accreditato in materia.

17. Cfr. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, pp. 816-820; l'Autore sottolinea come le regole elaborate circa le professioni intellettuali stiano creando molti problemi non solo alla classe medica, ma anche alle imprese di assicurazione. Inoltre, secondo l'Autore, vi sarebbe un'analogia tra la situazione attualmente esistente in Italia in tema di responsabilità medica e quella contenuta nella proposta di direttiva sulla responsabilità del produttore di beni di consumo di quasi ventisei anni fa.

18. Ci si permetta, per qualche svolgimento più ampio sul punto, il rinvio al nostro *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della L. n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1980 ss.

19. Non si può peraltro fare a meno di concordare con l'opinione di chi, da ultimo, ha sottolineato (cfr. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in *Giustiziacivile.com*, 3 marzo 2017) la scarsa qualità tecnica della L. n. 189/2012, «capace di confondere il titolo della responsabilità con l'elemento soggettivo dell'illecito, per di più limitando quest'ultimo alla sola colpa lieve e così lasciando inquietantemente temere l'esistenza di un nuovo doppio binario di responsabilità (aquiliana/da contatto sociale) a seconda che fosse di volta in volta predicabile, nel caso concreto, la levità ovvero la gravità della colpa dell'agente».

Una parte della dottrina, in maniera ancora più esplicita, ha ritenuto che il richiamo all'art. 2043 c.c. sarebbe emblematico della scelta del legislatore di (ri)qualificare la responsabilità del medico come extracontrattuale²⁰; un'altra parte ha invece affermato che il suddetto art. 3, L. n. 189/2012 intenderebbe dire che solo nel caso in cui vi sia un reato colposo accertato, con il richiamo all'art. 2043 c.c., si prevedrebbe una disciplina della responsabilità civile meno gravosa per il medico²¹.

Sul versante della elaborazione giurisprudenziale, la S.C. si è mostrata propensa ad una interpretazione tale da attribuire all'art. 3, comma 1, L. n. 189/2012 una portata decisamente circoscritta; i giudici di legittimità hanno, infatti, affermato che il richiamo ivi contenuto all'art. 2043 c.c. «vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura», tanto da escludere che ricorresse «alcunché che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni»²². La Cassazione aveva già mostrato, in precedenza, di condividere questa posizione, sia pure sulla base di una motivazione non particolarmente approfondita, affermando che «l'art. 3, comma 1 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158 conv. in L. 8 novembre 2012, n. 189 ha depenalizzato la responsabilità medica in caso di colpa lieve, dove l'esercente l'attività sanitaria si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica», mentre «l'esimente penale non elide l'illecito civile e resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile che è clausola generale del *neminem laedere*, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute»; tuttavia, così aveva concluso la sentenza ora richiamata, «la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate e non solo per la responsabilità aquiliana del medico ma anche per quella c.d. contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale»²³.

Nel contesto della elaborazione giurisprudenziale di merito, la lettura dell'art. 3, L. n. 189/2012 di volta in volta proposta è stata assai più articolata: vi è, infatti, stato un indirizzo²⁴ che ha accolto l'ipotesi di configurare la responsabilità civile del medico *ex art.*

20. In questo senso, POTETTI, *Nesso causale e colpa nella responsabilità medica, penale e civile, dopo il d.l. n. 158 del 2012 (art. 3 comma 1)*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 1744.

21. Cfr. RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla Legge Balduzzi*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 293 ss.

22. Cass. 17 aprile 2014, n. 8940. Tra la giurisprudenza di merito che ha aderito a questa interpretazione si segnala Trib. Palermo 22 agosto 2016, secondo cui «La responsabilità del medico ospedaliero, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 della L. n. 189/2012, è da qualificarsi come contrattuale», su *Quotidiano giuridico*, 2016.

23. Cfr. Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030.

24. In particolare, Trib. Milano 30 ottobre 2014 ha affermato che «L'art. 3 della L. n. 189/2012 è da interpretare nel senso di ricondurre la responsabilità risarcitoria del medico nell'alveo della responsabilità da fatto illecito *ex art.* 2043 c.c. (con tutto ciò che ne consegue, principalmente in tema di riparto dell'onere della prova,

2043 c.c., traendo da questa premessa i corollari del caso circa l'onere della prova e la prescrizione e restando comunque fermo il richiamo alla responsabilità civile della struttura sanitaria *ex art.* 1218 c.c.²⁵.

4. L'assalto finale alla 'cittadella' del contatto sociale: la L. n. 24/2017.

Il primo tentativo normativo di superare lo strumento ricostruttivo della responsabilità da contatto sociale, nel quadro della sistemazione del problema della responsabilità del medico al quale il paziente si affida per la cura, pur non avendo con il medesimo un rapporto di fonte contrattuale, era stato, dunque, nella sostanza, respinto, almeno a livello di (prevalente) interpretazione giurisprudenziale. Il discorso si delinea invece in termini diversi in presenza della L. n. 24/2017, che pare, infatti, consumare, con successo, il definitivo assalto alla 'cittadella' della responsabilità da contatto sociale, così dando concretezza, proprio nella materia che, per prima, aveva visto la nascita di questa categoria, alle sempre più numerose voci dottrinali che ne hanno revocato in discussione la sostenibilità sistematica²⁶.

di termine di prescrizione e di diritto al risarcimento del danno)» in *Cinr. it.*, 2015, 3, p. 595 nota di ENRICHENS. In senso analogo, Trib. Milano 17 luglio 2014, secondo cui «se il paziente/danneggiato agisce in giudizio nei confronti del solo medico con il quale è venuto in contatto presso una struttura sanitaria, senza allegare la conclusione di un contratto con il convenuto, la responsabilità risarcitoria del medico va affermata soltanto in presenza degli elementi costitutivi dell'illecito *ex art.* 2043 c.c. che l'attore ha l'onere di provare», in *Danno e resp.*, 2015, 1, p. 47 nota di MATTINA. Va segnalato che vi sono comunque delle pronunce di senso contrario rese dallo stesso Trib. Milano (cfr. Trib. Milano 18 novembre 2014, n. 13574, in *Il caso.it*, 2015).

25. In precedenza, dunque in un momento anteriore alla pronuncia di Cassazione, si era espresso anche il Trib. Varese, Sez. I, 26 novembre 2012, n. 1406, sent. (in *Danno e resp.*, 2013, p. 375 con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*), che ha affermato che il legislatore con la disposizione in precedenza richiamata sembra suggerire in maniera consapevole «l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999 in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno (iatrogeno) esercitando l'azione aquiliana», attribuendosi rilievo proprio alla considerazione che «l'adesione ad un modulo siffatto contribuisce a realizzare la finalità perseguita dal legislatore (contrasto alla medicina difensiva) in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e viene fatto gravare sul paziente l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.) di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità», con evidenti corollari anche sul punto della individuazione del termine prescrizione. E questa scelta normativa non potrebbe neppure essere oggetto di sospetti di illegittimità costituzionale, posto che «nel vigore dell'orientamento pretorio che proponeva come modello di azione l'art. 2043 c.c. non si era dubitato della costituzionalità di un'impostazione del genere». In senso analogo, Trib. Arezzo 14 febbraio 2013, secondo cui «l'art. 3, comma I, della legge n. 189/2012, non impone alcun ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria (che non sarebbe neppure funzionale ad una politica di abbattimento dei risarcimenti giacché la responsabilità solidale della struttura nel cui ambito operano i sanitari che verrebbero riassoggettati al regime aquiliano conserverebbe comunque natura contrattuale, in virtù del contratto di 'spedalità' o 'assistenza sanitaria' che viene tacitamente concluso con l'accettazione del paziente), ma si limita (nel primo periodo) a determinare un'esimente in ambito penale (i cui contorni risultano ancora tutti da definire), a fare salvo (nel secondo periodo) l'obbligo risarcitorio e a sottolineare (nel terzo periodo) la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali)».

26. Sul punto, ci si permetta il rinvio al nostro *Responsabilità precontrattuale e contatto sociale qualificato*, nota a

È noto, al riguardo, che il testo di legge ha recepito molti dei suggerimenti provenienti dalla Commissione Consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie che era stata istituita con decreto del Ministro della salute del 26 marzo 2015. Lo stesso Presidente della suddetta Commissione, nel commentare il disegno di legge ormai approvato in via definitiva, aveva infatti sottolineato come il testo riprendesse in parte il lavoro svolto nella Commissione e che il primo obiettivo avuto di mira dal medesimo testo era quello di introdurre maggiore precisione nell'applicazione delle regole sulle responsabilità sia del professionista sanitario che della struttura, perché esse, nonostante la "riforma Balduzzi", erano risultate imprecise ed avevano dato luogo a difficoltà interpretative tali da generare un fitto contenzioso²⁷.

Il profilo di disciplina sul quale occorre in questa sede soffermare l'attenzione pure nei limiti di un primo scrutinio del testo, è quello contenuto nell'art. 7, rubricato "Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria"²⁸.

Questa disposizione prevede, al primo comma, che la struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente²⁹ - quasi a voler far riemergere, da questo angolo visuale, l'idea del paziente che si affida al medico per la fiducia che in esso ripone, sottostante al diritto vivente accreditatosi nel precedente ventennio - ed ancorché non dipendenti dalla struttura stessa, risponde, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., delle loro condotte dolose o colpose. La disposizione appena richiamata viene estesa anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale nonché attraverso la telemedicina.

La medesima disposizione, al terzo comma, riconduce invece la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., prevedendo che "L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente". Quest'ultimo capoverso è stato aggiunto dal Senato nel testo da ultimo licenziato da questo ramo del Parlamento, prima della approvazione definitiva, e conforme, ad opera della Camera, così come quello successivo

Cass. 12 luglio 2016 n. 14188, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1954 ss.

27. Cfr. G. ALPA: "Cambia l'onere della prova. Sarà un argine al contenzioso", intervista di Valentina Brazioli, su www.sanitainformazione.it.

28. Nel testo approvato dalla Camera la rubrica era "Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria".

29. Questo aspetto della regolamentazione della L. n. 24/2017 è stato opportunamente sottolineato in dottrina - cfr. NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico*, cit., p. 90 - come uno degli elementi di maggiore novità della disciplina.

che dispone che “Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell’esercente la professione sanitaria ai sensi dell’articolo 5 della presente legge e dell’art. 509 *sexies* del codice penale, introdotto dall’art. 6 della presente legge”: formulazione nella quale, come si è rammentato da principio, è fin troppo cogliere un profilo di rilevanza del grado, maggiore o minore, di negligenza del candidato responsabile ai fini della determinazione dell’entità della condanna risarcitoria.

Inoltre, il Senato ha aggiunto un quarto ed un quinto comma: in particolare, dopo aver previsto che “Il danno conseguente all’attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell’esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo”, si legge, al quinto comma, che “Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile”, singolare formulazione che, secondo quanto proposto in sede di riflessione sul testo normativo già definitivamente approvato, deve essere intesa nel senso di estendere alla responsabilità civile in campo sanitario, in maniera inderogabile proprio per la presenza della disposizione citata, i criteri di quantificazione del danno non patrimoniale vigenti nel sistema del risarcimento del danno da circolazione automobilistica³⁰.

Se l’analisi degli aspetti della nuova disciplina di legge più strettamente collegati al processo non può neanche essere abbozzata in questa sede, occorre invece dedicare qualche riflessione alla scelta di fondo della medesima nel senso della qualificazione come extracontrattuale della responsabilità del medico, che non abbia agito nell’adempimento di un’obbligazione specificamente di fonte contrattuale assunta verso il paziente.

Nei confronti del testo del progetto di legge licenziato dalla Camera, si erano già registrate voci di critica emerse nel corso del suo *iter* parlamentare; vi era stato, infatti, chi aveva ritenuto che la scelta fatta propria dal legislatore, diretta ad individuare nelle strutture i soggetti verso i quali rivolgere le pretese risarcitorie, avrebbe spostato il problema, senza tuttavia risolverlo³¹, mentre altri avevano osservato che, con la disciplina ormai destinata a divenire legge, si sarebbe consacrato un ritorno al passato, tale da ignorare i progressi raggiunti dalla giurisprudenza e l’affidamento su di essi riposti dai pazienti³². Dal canto suo, e sempre in sede di commento al disegno di legge nella fase della sua elaborazione, la classe medica aveva auspicato «un sistema snello, rapido e in linea con le attuali procedure cliniche», per evitare «di passare anni nell’incertezza, inutili anche per i cittadini; evitare

30. Così QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica*, cit., in *Resp. cin. prev.*, 2017, p. 38.

31. GAZZARA, cit.

32. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica*, su *Iurisprudenzia.it*

anche la lotteria giudiziaria e estendere il concetto di rischio clinico in modo da avere una sicura tutela dei pazienti, senza condizionamenti esterni»³³, perché «da frattura tra scienza e diritto deve almeno diminuire»³⁴.

In effetti, la critica principale, e radicale, che si può muovere alla scelta dell'art. 7 in materia di responsabilità del medico si può cogliere già sul piano del metodo o, se si preferisce, della tecnica legislativa: è invero obiettivamente a dir poco anomala la scelta del legislatore di qualificare esso stesso - nel segno, appunto, della sussumibilità nello schema dell'illecito aquiliano - una categoria di ipotesi della realtà concreta e cioè quelle nelle quali venga dedotta dal paziente la responsabilità del medico, inserito nella struttura sanitaria alla quale il paziente si sia rivolto, e che gli abbia in concreto prestato le cure. Costituisce un'osservazione addirittura banale che al legislatore non spetta la qualificazione della fattispecie concreta, ma semplicemente la predisposizione della disciplina della medesima, che compete, poi, all'interprete, ed in particolare al giudice, interpretare. In altre parole, un testo normativo che avesse voluto stroncare l'indirizzo giurisprudenziale, il quale aveva accreditato la responsabilità del medico operante nell'ambito della struttura sanitaria all'interno della quale il paziente era stato curato, ben avrebbe potuto farlo semplicemente introducendo una disciplina di diritto speciale della responsabilità del medico, caratterizzata da sue peculiari regole in materia di riparto dell'onere della prova, di durata del termine prescrizione, di ambito del danno risarcibile, in ipotesi modellate su quelle proprie della responsabilità aquiliana. La scelta di tecnica legislativa in questa occasione adottata rappresenta invece una modalità inappropriata di sancire, come è stato affermato dal primo commentatore del testo definitivamente approvato ed in attesa di pubblicazione, «la fine dell'impero del diritto giurisprudenziale, il ritorno alla Repubblica della disciplina positiva»³⁵.

Né quella appena formulata pare potersi ridurre ad una critica di mero stile del legislatore, al quale non si potrebbe negare, per parafrasare la nota formula kirchmanniana, di mandare al macero, con un tratto di penna, non solo intere biblioteche, ma anche corpose e meditate raccolte giurisprudenziali. Si pensi soltanto ai problemi che si delineano con riferimento alle domande risarcitorie già proposte da pazienti, i quali, confidando sul diritto vivente, avevano impostato il proprio sistema difensivo sulla premessa che gli oneri di allegazione e di prova da cui erano gravati fossero quelli propri della materia della responsabilità da contatto sociale. Ad avviso di chi scrive, la disciplina della L. n. 24/2017, non configurandosi tecnicamente come di interpretazione autentica, ma appunto di (anomala) qualificazione di fattispecie, ed avendo la stessa un contenuto indubbia-

33. PANTI (Presidente dell'Ordine dei Medici di Firenze), *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 374 ss.

34. Così, di nuovo, PANTI, *ibidem*.

35. Così TRAVAGLINO, *Vaghi appunti*, cit.

mente innovativo, anche rispetto alla L. n. 189/2012, dovrebbe trovare applicazione solo alle ipotesi di responsabilità sorte nel periodo della propria vigenza; e questa conclusione si imporrebbe probabilmente anche alla luce della necessità di proteggere il ragionevole affidamento sul contenuto del diritto vivente, così come consolidatosi in circa diciotto anni di elaborazione giurisprudenziale. Non si può tuttavia escludere totalmente che l'inedita scelta del legislatore di qualificare egli stesso la fattispecie di responsabilità possa accreditare interpretazioni di segno contrario e che, per così dire, pongano fuori gioco il diritto vivente con un effetto retroattivo la cui gravità sulle controversie impostate nel vigore del precedente assetto di diritto giurisprudenziale sarebbe di tutta evidenza³⁶.

36. Il taglio di questo primo intervento sul nuovo dato normativo, tutto imperniato sul problema della qualificazione della responsabilità del medico, non permette di approfondire altri punti pure meritevoli di considerazione anche sotto il profilo di un'analisi del diritto sostanziale: come la scelta normativa di attribuire rilevanza all'elemento soggettivo del responsabile ai fini della quantificazione del danno (che pare un ulteriore punto di emersione della *allure* sanzionatoria che, com'è noto, sempre più spesso sembra assumere la responsabilità civile: sul punto, ci si permetta il rinvio al nostro *Quale futuro per i danni punitivi? (Aspettando la decisione delle Sezioni Unite)*, in *Giustizia civile.com*, 7 marzo 2017, ovvero la decisamente bizzarra qualificazione come norme imperative ai sensi del codice civile di quelle contenute nell'art. 7 (qualificazione francamente superflua, quanto meno per la porzione di disciplina della materia che evoca quella della responsabilità aquiliana, insuscettibile di intervento derogatorio da parte dell'autonomia privata).

IL RUOLO DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO NELLA REGOLAZIONE DEL MERCATO CREDITIZIO

PIETRO SIRENA*

Prof. ordinario Università Bocconi di Milano

SOMMARIO: 1. L'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario nel quadro del diritto regolatorio. – 2. I contratti bancari dalla legge speciale del 1936-1938 al diritto vigente. – 3. La valenza ideal-tipica e quella dogmatica della categoria dei contratti d'impresa. – 4. Le funzioni dell'ABF e il modello *bottom-up* della vigilanza bancaria. – 5. L'attività decisoria dell'ABF e alcuni dei suoi principali orientamenti interpretativi.

1. In virtù della legge sulla tutela del risparmio del 2005, è stato istituito presso la Banca d'Italia l'Arbitro Bancario Finanziario (anche conosciuto mediante l'acronimo di ABF)¹, il quale ha il compito di risolvere le controversie di modesto valore economico tra le banche e i loro clienti, segnatamente consumatori². Ai sensi dell'art. 128 *bis* t.u.b., le banche e gli altri

*. L'a. è componente effettivo del Collegio di Roma dell'Arbitro Bancario Finanziario. Le tesi affermate in questo scritto costituiscono sue opinioni personali, le quali non sono in alcun modo riferibili a tale istituzione, né tanto meno alla Banca d'Italia.

1. A proposito dell'istituzione dell'ABF e delle caratteristiche peculiari di tale organismo, v. G. MARZIALE, *L'Arbitro Bancario Finanziario: luci ed ombre*, in *I contratti*, 2016, p. 49 ss.; E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2016, p. 660 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Arbitro Bancario Finanziario*, in *Ann. Enc. dir.*, VIII, Milano, 2015, p. 55 ss.; A. PIERUCCI, *L'Arbitro bancario e finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Ginr. comm.*, 2014, p. 811 ss.; E. MINERVINI, *L'Arbitro bancario finanziario. Una nuova "forma" di ADR*, Napoli, 2014; A. SCARPA, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 137 ss.; S. DELLE MONACHE, *Arbitro bancario finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, p. 144 ss.; A. BERLINGUER, *L'ABF tra giudizio e media-conciliazione*, in *Riv. arbitrato*, 2013, p. 19 ss.; V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Le società*, 2012, p. 953 ss.; E. CAPOBIANCO, *Arbitro Bancario Finanziario*, in *Dig. disc. prin., Sez. Comm.*, 6° aggiornamento, Torino, 2012, p. 35 ss.; ID., *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Obbl. e contr.*, 2012; ID., *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contr. e impr./Europa*, 2011, p. 134 ss.; AA. VV., *ABF e supervisione bancaria*, a cura di F. Capriglione e M. Pellegrini, Padova, 2011; M.S. DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, p. 492 ss.; B. DE CAROLIS, *L'Arbitro Bancario Finanziario come strumento della trasparenza*, in *Quad. di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 70, 2011; A. SCOTTI, *ABF e rapporti finanziari*, in op. ult. cit., p. 1 ss.; S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 325 ss.; E. QUADRI, *L'«arbitro bancario finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova ginr. civ. comm.*, 2010, II, p. 305 ss. In particolare, cfr. lo scambio di opinioni tra F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 261 ss. e G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 665 ss.

2. Si tratta dunque di un sistema di risoluzione alternativa delle controversie (*Alternative Dispute Resolution*, ADR), il quale ricade oggi nell'ambito di applicazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 *sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento*

intermediari finanziari vigilati dalla Banca d'Italia sono tenuti ad aderire all'ABF^F e, laddove non si adeguino alle normative sulla trasparenza contrattuale e la correttezza nei confronti dei clienti che tale organismo interpreta e applica, sono suscettibili di essere assoggettati alla procedura sanzionatoria che è preveduta dagli artt. 145 e ss. t.u.b.³ In ogni caso, gli intermediari inadempienti subiscono la sanzione reputazionale che è costituita dalla segnalazione del loro inadempimento in un apposito elenco pubblico, il quale è tenuto dalla Banca d'Italia.⁴

L'istituzione dell'ABF^F si inserisce nell'ambito di una più generale interazione tra le discipline (verticali) della vigilanza bancaria e quelle (orizzontali) dei rapporti civilistici tra le banche e i loro clienti⁵. In altri termini, si tratta di una manifestazione pregnante di quel diritto che si può appropriatamente definire come regolatorio⁶, il quale, tra l'altro, è basato su una certa attenuazione della *summa divisio* tra la sfera privatistica e quella pubblicista dell'ordinamento giuridico⁷.

(CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE. A tale proposito, v. di recente M. LOOS, *Consumer ADR after Implementation of the ADR Directive: enforcing European consumer rights at the detriment of European consumer law*, in *European Rev. Prin. Law*, 2016, p. 61 ss., nonché i saggi raccolti in *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice. New trends in access to justice under EU Directive 2013/11*, ed. by M. Stürner, F. Gascón Inchausti and R. Caponi, Köln, 2015; *Consumer ADR in Europe: Civil justice systems*, ed. by C. Hodges, I. Benöhr and N. Creutzfeldt-Banda, Oxford, 2012. La suddetta direttiva è stata attuata in Italia mediante il decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130, *Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)*. A tale proposito, v. N. SOLDATI, *L'evoluzione delle procedure ADR in ambito bancario e finanziario nella disciplina dell'Unione Europea*, in *Dir. commercio int.*, 2016, p. 943 ss.; C. PILIA, P. CORTÉS, P. VARGIU, *The Implementation of the Consumer ADR Directive in Italy*, in *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, ed. by P. Cortés, Oxford, 2016, p. 209 ss. Più in generale, v. G. DE PALO, A.E. OLESON, *Regulation of Dispute Resolution in Italy: the bumps in the road to successful ADR*, in *Regulating Dispute Resolution: ADR and access to justice at the crossroads*, ed. by F. Steffek, H. Unberath et alii, Oxford, 2013, p. 239 ss.

3. Per un raffronto con le esperienze straniere, v. i saggi raccolti in *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, a cura di Bocuzzi, in *Quad. di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 68, 2010.

4. A proposito delle sanzioni reputazionali e del loro impatto sul comportamento delle imprese, v. soprattutto C. HODGES, *Law and Corporate Behaviour: Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics*, Oxford, 2015. V. altresì M. CASTELLANO, F. LAGANÀ, F. SQUAZZONI, *La reputazione come vettore della fiducia e cooperazioni nei sistemi socio-economici: alcune evidenze sperimentali*, in *Stato e mercato*, 2009, p. 263 ss.

5. Per questa tesi, mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *L'Unione bancaria e il suo impatto sul rapporto tra intermediari e consumatori*, in *Economia e dir. terziario*, 2016, p. 41 ss. In tal senso, v. già A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 26 ss., nonché i saggi raccolti nello *Special issue* di settembre 2015 della *European Business Organization Law Review*, intitolato "The Banking Union and the Creation of Duties", a cura di S. Grundmann e J.-H. Binder.

6. Per tutti, v. F. MEZZANOTTE, *Regulation of Business-Clients Relationships Through 'Organisational Law'*, in *European Review of Contract Law*, 2017, p. 1 ss.; ID., *L'appartenenza come tecnica di regolazione (a proposito di "Regulatory Property Rights")*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 635 ss. (e ivi ulteriori indicazioni bibliografiche). Nella letteratura straniera, v. recentemente A. HELLGARTH, *Regulierung und Privatrecht – Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*, Tübingen, 2016, spec. p. 13 ss.; S. GRUNDMANN, *Private Law and Public Interest Regulation*, in corso di pubblicazione negli scritti in onore di Claus-Wilhelm Canaris per il suo ottantesimo compleanno.

7. C. HODGES, N. CREUTZFELDT, *Transformation in Public and Private Enforcement*, in *The Transformation of En-*

L'ABF svolge infatti una funzione inerente a quella regolazione del mercato che peculiarmente caratterizza la disciplina dei contratti bancari in quanto contratti d'impresa e che, sul piano delle competenze istituzionali e dei meccanismi di *enforcement*⁸, culmina nei poteri di vigilanza che sono attribuiti alla Banca d'Italia e, almeno al di là di una certa soglia dimensionale, alla Banca Centrale Europea⁹ per i profili prudenziali.

Al fine di motivare adeguatamente tali assunti, è necessario anzitutto definire la categoria dei contratti bancari dal punto di vista concettuale e normativo.

2. In primo luogo, sono contratti bancari quelli che sono qualificati tali dagli artt. 1834-1860 c.c., ossia: i depositi bancari, il contratto di prestazione del servizio bancario delle cassette di sicurezza, l'apertura di credito bancario, l'anticipazione bancaria, le operazioni bancarie in conto corrente e lo sconto bancario¹⁰.

La tipizzazione codicistica dei contratti bancari è generalmente ritenuta incompleta dalla dottrina e questa sua caratteristica si spiega in considerazione della specializzazione delle banche che caratterizzava la legge del 1936-1938. In particolare, il codice civile riconobbe espressamente come contratti bancari solo le operazioni effettuate propriamente ed esclusivamente dalle banche cui la vecchia legge aveva riservato la raccolta del risparmio a vista o a breve termine (denominandole «aziende di credito»). Non furono vi-

enforcement. European Economic Law in Global Perspective, ed. by H.-W. Micklitz and A. Wechsler, Oxford a. Portland, 2016, p. 115 ss.; J. DREXL, *The Interaction Between Private and Public Enforcement in European Competition Law*, in op. ult. cit., p. 135 ss. Per qualche indicazione più generale, mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 101 ss.

8. H.-W. MICKLITZ, A. WECHSLER, *The Transformation of Enforcement – European Economic Law in Global Perspective*, in *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in Global Perspective*, cit., p. 3 ss., nonché A. WECHSLER, B. TRIPKOVIĆ, *Enforcement in Europe as a Market of Justice*, in op. ult. cit., p. 377 ss.

9. G. CARRIERO, *Arbitro bancario e finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 49 ss.

10. Di recente, v. S. MAZZAMUTO, *I contratti bancari: un'introduzione*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino e S. Cherti, Torino, 2016, p. 1 ss. Per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in *I contratti bancari*, a cura del medesimo, cit., p. 5 ss.; in particolare, v. G. CAVALLI, M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, 2011; U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 163 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 32 ss.; G. TERRANOVA, *I contratti bancari nel sistema del codice civile: un modello per il codice europeo dei contratti?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, p. 525 ss.; G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. comm.*, III, 2, dir. da V. Buonocore, Torino, 2005; M. DE POLI, *Il "contratto bancario" tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 261 ss.; F. ALCARO, voce "Contratti bancari", in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988; M. PORZIO, *I contratti bancari in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, IV, *Obbligazioni e contratti*, 12, Torino, 1985, p. 805 ss.; N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, Torino, 1983; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1981; AA. VV., *Le operazioni bancarie*, I e II, a cura di G. Portale, Milano, 1978; A. GALASSO, *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 1971; B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1966; G. MINERVINI, *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1962, I, p. 313 ss.; F. MESSINEO, *Ancora sul concetto di contratto bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1962, I, p. 483 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Ambito di applicabilità della disciplina dei contratti bancari e disciplina del negozio misto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, II, p. 332 ss.; ID., *Contratti giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1960, I, p. 321 ss.

ceversa prese in considerazione come contratti bancari le operazioni che all'epoca erano effettuate anche (e anzi soprattutto) dalle banche alle quali la suddetta legge consentiva di approvvigionarsi solo a medio e a lungo termine (denominandole «*istituti di credito*» o «*sezioni speciali di aziende di credito*»)¹¹.

Poiché tuttavia si è ormai da tempo affermato anche nel nostro ordinamento giuridico il modello della banca universale, ed è venuta meno quella specializzazione del credito che caratterizzava appunto la legge del 1936-1938¹², è indubbio che, per quanto il codice civile non li riconosca espressamente come tali, debbano essere qualificati come bancari anche i contratti aventi a oggetto le operazioni di finanziamento (a medio a lungo termine) che corrispondono alla concessione di un credito speciale (o come si tende più spesso a dire, agevolato) e che sono oggi disciplinate dagli artt. 38 e ss. t.u.b.: il credito fondiario e alle opere pubbliche, il credito agrario e peschereccio, quello alle imprese e quello su pegno.

I contratti bancari in senso stretto si caratterizzano perché gli interessi causalmente rilevanti dell'altra parte (il cliente) possono essere soddisfatti soltanto mediante l'esercizio di quella specifica attività d'impresa che è definita come bancaria dall'art. 10, 1° comma, t.u.b. Si tratta dei contratti che sono finalizzati a creare un "credito disponibile" da parte del cliente, conferendogli il potere di disporre di una somma di denaro come se egli la detenesse materialmente: anzitutto il deposito bancario e l'apertura di credito¹³.

Proprio perché tali contratti servono alla creazione della c.d. moneta scritturale, essi sono naturalmente regolati in conto corrente, ai sensi degli artt. 1852 e ss. c.c. Pur non essendo affatto necessario che la banca e l'altra parte contraente convengano tale specifica regolazione del loro rapporto contrattuale, essa non può essere considerata affatto marginale, né accessoria, perché non solo è praticamente generalizzata nella realtà negoziale, ma soprattutto costituisce una conseguenza della creazione di quella moneta scritturale la quale li caratterizza peculiarmente come stipulati nell'esercizio dell'attività bancaria¹⁴.

Altri contratti devono essere qualificati come bancari (in senso lato) non già in base alla loro intrinseca natura, bensì in base alla volontà del legislatore di funzionalizzarli estrinsecamente all'esercizio di quella specifica attività d'impresa. Si considerano pertanto come bancari anche i contratti i quali sono disciplinati dal legislatore sul presupposto specifico che essi siano stipulati da una banca (ad es., il servizio delle cassette di sicurezza di cui agli artt. 1839 e ss. c.c.), tanto più quando sia a quest'ultima riservata la loro stipulazione (ad es., il credito fondiario di cui agli artt. 38 e ss. t.u.b.). La riconduzione di tali contratti a quelli bancari non si esprime immediatamente nel loro contenuto precettivo, ma

11. Mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *Il contratto bancario: profili generali*, in *L'attività delle banche*, a cura di A. Urbani, Padova, 2010, p. 25 ss.

12. Per uno sguardo d'insieme, v. di recente S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, p. 391 ss.

13. F. GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, Milano, 1974.

14. P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*², Torino, 2004, p. 249 ss.

dipende dalla funzionalizzazione legislativa della loro disciplina. Essi non sono pertanto naturalmente regolati in conto corrente, sebbene tale possibilità non possa essere esclusa senz'altro (si pensi ad es. alle c.d. anticipazioni fondiariae, le quali si realizzano regolando appunto in conto corrente un finanziamento di credito fondiario).

Sotto un diverso profilo, si è generalmente constatato che la tipizzazione codicistica dei contratti bancari è incompleta perché anacronistica: la successiva evoluzione della realtà socio-economica ha fatto sì che all'esercizio della loro attività esclusiva, le banche abbiano sempre più ampiamente affiancato quello di altre attività finanziarie (e anzitutto quelle ammesse al beneficio del mutuo riconoscimento ai sensi dell'art. 1, 2° comma, t.u.b.), nonché di attività connesse o strumentali. I contratti stipulati dalle banche nell'esercizio di tali attività non sono tuttavia qualificabili come bancari in senso proprio, neppure quando diano luogo a un vero e proprio esercizio del credito (com'è nel caso delle «operazioni di prestito» che sono elencate al n.2 dell'art. 1, 2° comma, t.u.b.).

A questo proposito, si deve premettere che le attività d'impresa di cui specificamente si tratta sono ulteriori e distinte rispetto a quella bancaria e proprio per tale ragione possono essere sì esercitate dalle banche (come prevede l'art. 10, 3° comma, t.u.b.), ma non sono affatto a esse riservate, potendo essere esercitate anche dagli intermediari abilitati i quali siano iscritti negli appositi registri.

Per quanto qui rileva, è allora decisivo rilevare che la disciplina giuridica di tali contratti è stata dettata dal legislatore indipendentemente dal fatto che essi siano stati stipulati da una banca ovvero da un intermediario abilitato: ne consegue che, così come sono stati disciplinati dal diritto positivo, essi non ineriscono all'esercizio dell'attività bancaria, bensì a quello di una diversa (e meno specifica) attività finanziaria, la quale è solo accidentalmente ed eventualmente esercitata da una banca.

I contratti qui considerati sono stati allora variamente qualificati come “parabancari” od “occasionalmente bancari”, tenuto anche conto del fatto che, in genere, gli intermediari abilitati i quali li stipulano appartengono a un gruppo bancario o sono comunque controllati da una banca; si tratta tuttavia di categorie concettuali che risultano soltanto descrittive, essendo prive di riscontro nei dati del diritto positivo

3. I contratti bancari (in senso stretto e in senso lato) sono suscettibili di essere ricostruiti come una categoria unitaria, la quale, a sua volta, deve essere ricondotta alla più ampia categoria dei contratti d'impresa.

Questo assunto può sembrare ovvio, laddove ci si limiti a rilevare che da un punto di vista non soltanto economico o sociologico, ma anche normativo la banca contraente non può non esercitare un'impresa. Dall'inciso finale dall'art. 10, 1° comma, t.u.b., il quale detta la definizione stessa dell'attività bancaria, si ricava appunto che essa ha carattere d'impresa.

La categoria dei contratti d'impresa ha anzitutto una rilevanza ideal-tipica, e quindi un aggancio immediato ed evidente a un dato della realtà empirica: è infatti ovvia l'utilità di studiare sistematicamente i contratti stipulati dall'impresa, bancaria in particolar modo, in quanto di fatto essi pongono problemi comuni e talvolta specifici, che richiedono appunto un adeguato approfondimento specialistico¹⁵. Si deve tuttavia ritenere che, sebbene si tratti di un assunto controverso, la categoria dei contratti d'impresa abbia una natura propriamente normativa o dogmatica, la quale è emersa in modo sempre più evidente a seguito dell'uropeizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali¹⁶, e in particolar modo a seguito dell'introduzione della disciplina *antitrust* nel diritto italiano e della creazione del diritto dei consumatori.

I contratti d'impresa sono infatti presi in considerazione dall'ordinamento giuridico non soltanto dal punto di vista degli interessi individuali delle parti contraenti, ma anche da quello della regolazione del mercato, la quale è indispensabile per tutelare i principi di libertà economica che costituiscono il fondamento della costituzione economica europea fin dal Trattato di Roma del 1957¹⁷. Se è vero che la disciplina del contratto in generale è caratterizzata in modo preponderante da una dimensione individualistica, si può dire che la disciplina dei contratti d'impresa si distingue peculiarmente perché valuta l'accordo di volontà tra le parti contraenti anche dal punto di vista dell'interesse generale al miglioramento del benessere collettivo, ossia di quella regolazione del mercato che si attua mediante il diritto della concorrenza in senso lato e il diritto dei consumatori¹⁸.

In particolare, si deve rilevare che l'interpretazione delle clausole di un contratto bancario e la valutazione della loro eventuale nullità non dipendono dal solo accertamento e dalla qualificazione giuridica *ex ante* della volontà delle parti contraenti, ma costituiscono soprattutto il risultato finale di una sua valutazione *ex post* dal punto di vista della disciplina della concorrenza in senso lato (*antitrust*, abuso di dipendenza economica, e così via)¹⁹, ovvero di una sua valutazione *ex post* dal punto di vista del diritto dei consumatori (clausole abusive, pratiche commerciali sleali, e così via)²⁰.

15. In generale, v. M. LIBERTINI, *Autonomia contrattuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 33 ss.

16. Per una discussione del tema, v. i saggi raccolti in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006.

17. Mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, a cura di F. Mezzanotte, Roma, 2016, p. 121 ss.

18. Mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *L'uropeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato (dalla proprietà e dall'obbligazione in generale ai contratti e alle società)*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2014, p. 3 ss.

19. Per tutti, v. F. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, cit., p. 319 ss.

20. Per tutti, v. P. SIRENA, D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in op. ult. cit., p. 226 ss. e A. GENOVESE, *Contratti bancari e disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in op. ult. cit., p. 375 ss.

A tale proposito, è istruttiva la vicenda storica delle “norme bancarie uniformi” (NUB o NBU), le quali fino almeno alla metà degli anni Novanta sono state identificate come il prototipo dei contratti bancari nella loro generalità. Dopo essersi conservate sostanzialmente inalterate per decenni, com'è noto, le NUB hanno dovuto essere ampiamente riscritte dapprima al fine di rimuovere i profili di anticoncorrenzialità che erano stati messi in rilievo soprattutto dal provvedimento della Banca d'Italia del 3 dicembre 1994, n. 12²¹, e poi al fine di adeguarle alla disciplina delle clausole abusive nei contratti con i consumatori che era stata dettata dalla direttiva della Comunità Economica Europea (come si chiamava allora) n. 13 del 1993, soprattutto a seguito di una sentenza inibitoria pronunciata dal Tribunale di Roma nel 2000²², parzialmente confermata dalla Corte d'Appello prima²³, e poi da quella di Cassazione²⁴.

4. Soprattutto dopo l'ordinanza della Corte Costituzionale che ha negato la natura giurisdizionale dell'attività svolta dall'ABF²⁵, la dottrina ha ampiamente discusso di quale tipo di risoluzione stragiudiziale delle controversie si tratti²⁶. Tenuto conto che «resta ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi»²⁷, le decisioni dell'ABF non sono assistite neppure dalla vincolatività negoziale che caratterizza il lodo di un arbitro irrituale ovvero la determinazione di un arbitratore²⁸.

21. A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003. Il tema era stato già affrontato ampiamente da L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986; AA.VV., *La concorrenza bancaria*, a cura di L.C. Ubertazzi, Milano, 1985.

22. Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Nuova giur. cin. comm.*, 2000, I, p. 473 ss., con nota di M. DE POLI, *Clausole vessatorie norme bancarie uniformi e azione inibitoria* e di P. SIRENA, *Il giudizio di abusività della clausola di recesso della banca dai contratti di credito al consumo*.

23. App. Roma, 24 settembre 2002, in *Corriere giur.*, 2003, p. 471 ss., con nota di A. FICI, *Ancora sull'inibitoria ordinaria delle condizioni generali utilizzate dalle banche* (delle 32 clausole che erano state inibite, 6 sono state considerate legittime); v. anche L. PONTIROLI, *La tutela dei consumatori di servizi bancari: considerazioni critiche sulla recente giurisprudenza inibitoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 579 ss.

24. Cass., 21 maggio 2008, n. 13051, in *Nuova giur. cin. comm.*, 2008, I, p. 1245 ss., con nota di G. LA MARCA, *Clausole vessatorie e contratti bancari: azione inibitoria, ius variandi nei rapporti regolati in conto corrente e limitazione pattizia della responsabilità della banca nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*.

25. Ord. 21 luglio 2011, n. 218, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1652 ss., con nota di C. CONSOLO, M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo ABF, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*. In tema, v. M. MAIONE, *Sulla natura dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 1193 ss.; A. ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2011, p. 128 ss.; M. MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Riv. arbitrato*, 2010, p. 709 ss.

26. G. CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. cin.*, 2014, p. 161 ss. V. inoltre lo studio monografico di G. FINOCCHIARO, *L'Arbitro Bancario Finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012.

27. *Disposizioni della Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, sez. VI, § 3.

28. Per tutti, v. recentemente M. STELLA, *Lineamenti degli Arbitri Bancari e Finanziari (in Italia e in Europa)*,

Secondo una parte della dottrina, tali decisioni esprimerebbero allora una valutazione prognostica e neutrale sul verosimile esito finale di un eventuale processo civile (nella logica della *Early Neutral Evaluation* del mondo anglo-sassone)²⁹.

La tesi di cui si tratta soffre tuttavia di un certo appiattimento su una logica strumentale e in un certo senso preventiva rispetto al processo civile, come se l'ABF principalmente servisse a spingere le parti a un accordo, o comunque a far recedere il cliente o eventualmente la banca dalla tutela giurisdizionale dei propri diritti. Che di fatto questo accada è indubbio, e anzi costituisce forse uno dei principali punti di forza dell'ABF³⁰, ma in realtà la sua attività è istituzionalmente finalizzata non già a ottenere quel risultato, bensì a promuovere il miglioramento delle relazioni tra la banca e la sua clientela e a incentivare la trasparenza e la correttezza dei contratti bancari³¹.

In altri termini, l'attività decisionale dell'ABF è geneticamente caratterizzata da un collegamento funzionale con l'esercizio di quei poteri di vigilanza della Banca d'Italia che non sono più relativi soltanto alla "sana e prudente gestione" degli intermediari, ma, a seguito della recente riformulazione dell'art. 127, 1° comma, t.u.b., si estendono «alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela»³².

È delineato così un modello *bottom-up* di vigilanza bancaria, nel quale il *private enforcement* e la tutela dei diritti del cliente svolgono un ruolo centrale³³. Si tratta quindi di un'alternativa al modello *top-down* di vigilanza bancaria, il quale si è tradizionalmente sviluppato a proposito della verifica di stabilità finanziaria degli intermediari.

In questo senso, la tesi secondo cui l'elevato grado di effettività delle decisioni dell'ABF sarebbe principalmente dovuto alla *suasion* promanante dall'autorevolezza dei

Padova, 2016, p. 53 ss. Cfr. tuttavia la recensione critica di G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2016, p. 571 ss. e già ID., *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le Società*, 2011, p. 1216 ss. Sul tema, v. anche V. TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de «I nuovi mostri»)*, in *Corriere giur.*, 2011, p. 1021 ss.

29. C. CONSOLO, M. STELLA, *L'"arbitro bancario finanziario" e la sua "giurisprudenza precognitrice"*, in *Le Società*, 2013, p. 185 ss.; ID., *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *AGE*, 2011, p. 121 ss.

30. I.A. CAGGIANO, *L'Arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 439 ss.

31. Secondo le *Disposizioni* della Banca d'Italia *sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, sez. I, § 4, «All'Arbitro Bancario Finanziario possono essere sottoposte controversie relative a operazioni e servizi bancari e finanziari». Le ricostruzioni concettuali più recenti delle discipline giuridiche di cui si tratta tendono a mostrare un'attenzione peculiare alle decisioni dell'ABF (v. soprattutto A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, p. 405 ss.; M. MAUGERI, S. PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013; A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012).

32. F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di soluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Le Società*, 2011, p. 83 ss.

33. Più in generale, v. C. HODGES, *The Consumer as Regulator*, in *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, ed. by D. Leczykiewicz and S. Weatherhill, Oxford, 2016.

suoi componenti³⁴, pertanto, rischia di essere eccessivamente generosa nei confronti sia dei componenti dell'ABF, che delle banche. Una spiegazione concorrente, se non alternativa, può essere ravvisata nel fatto che gli intermediari danno seguito alle decisioni dell'ABF perché in tal modo implementano *best practices* e correggono eventuali difetti di *compliance* rispetto alle normative in materia di trasparenza contrattuale e di correttezza nei confronti dei clienti, eliminando così il rischio di possibili sanzioni da parte dell'autorità di vigilanza.

D'altro canto, tali considerazioni pongono specularmente il problema di arginare il pericolo che le decisioni dell'ABF possano essere sistematicamente caratterizzate da un eccessivo favore nei confronti dei ricorrenti. Infatti, se è vero che l'effettività delle decisioni dell'ABF dipende dall'assoggettamento delle banche ai poteri di vigilanza da parte della Banca d'Italia, è altresì vero che, dal lato dei ricorrenti, essa dipende dalla vantaggioosità di una tutela rapida ed economica dei loro diritti.

L'esigenza di salvaguardare l'effettività delle proprie decisioni potrebbe pertanto indurre l'ABF ad adottare orientamenti interpretativi eccessivamente favorevoli ai ricorrenti. È dunque opportuno che i componenti dei Collegi decidenti adottino un atteggiamento di deliberato *self restraint*, il quale assicuri un'equilibrata composizione degli interessi in gioco.

5. Se si muove dal necessario coordinamento delle decisioni dell'ABF rispetto all'esercizio dei poteri di vigilanza della Banca d'Italia sulla trasparenza e la correttezza dei contratti, si spiega che alcuni degli orientamenti interpretativi dell'ABF siano caratterizzati da un'accentuata *policy* di prevenzione e di deterrenza nei confronti delle banche, e anche da finalità di promozione dell'affidabilità del sistema bancario nel suo complesso e della fiducia da parte del pubblico.

L'analisi dell'attività svolta dall'ABF mostra una sempre maggiore consapevolezza della ricaduta "regolatoria" delle decisioni prese, le quali, risolvendo specifiche controversie tra le banche e i loro clienti, costituiscono altresì una fonte di cognizione delle *best practices* di settore e individuano requisiti di *compliance* che sono rilevanti anche dal punto di vista della vigilanza. Tali decisioni possono inoltre veicolare obiettivi di *policy*, le quali ineriscono all'educazione finanziaria del consumatore³⁵, a una maggiore concorrenzialità del mercato creditizio, ecc.

Ad es., l'ABF ha ritenuto che lo *standard* di vigilanza inerente alle pratiche di prestito responsabile sia ormai entrato nel contenuto dell'obbligazione privatistica di valutazione

34. M. STELLA, op. cit., p. 122.

35. In tema, v. F.P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/EU (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1423 ss.

del merito creditizio³⁶, cosicché la banca è obbligata non soltanto a dare al consumatore tutte le informazioni che possano essergli utili per valutare la vantaggiosità del finanziamento richiesto, ma anche quelle che servano per sviluppare adeguatamente il livello della sua educazione finanziaria, come recita il ventiseiesimo considerando della seconda direttiva sul credito ai consumatori³⁷.

È stato pertanto deciso dall'ABF che, valutando nella fase precontrattuale il merito creditizio del consumatore, la banca sia specificamente obbligata a dissuaderlo dalla stipulazione di contratti di finanziamento che non sono adeguati alla sua situazione finanziaria e patrimoniale, prevenendo così il rischio di un eventuale sovrindebitamento³⁸.

36. Sul fenomeno, v., più in generale, O.K. OSUJI, *Responsible Lending: consumer protection and prudential regulation perspectives*, in *Credit, Consumers and the Law. After the global storm*, ed. by K. Fairweather, P. O'Shea and R. Grantham, New York, 2016, p. 62 ss.

37. Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, *relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE*, il cui 26. considerando così recita, per quanto qui rileva: «Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio. Tali misure possono includere, per esempio, l'informazione e l'educazione dei consumatori e anche avvertimenti sui rischi di un mancato pagamento o di un eccessivo indebitamento. In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminarmente valutazione del merito creditizio, e gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse». Nel diritto italiano, la suddetta direttiva è stata attuata mediante il decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 (*Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*). Un'indicazione analoga si rinviene nel 29. Considerando della direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 *in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010*, il quale così recita: «Al fine di accrescere la capacità dei consumatori di prendere autonomamente decisioni informate e responsabili in materia di accensione di prestiti e di gestione del debito gli Stati membri dovrebbero promuovere misure a sostegno dell'educazione dei consumatori relativamente all'accensione responsabile di prestiti e alla gestione del debito, in particolare per i contratti di credito ipotecario. È particolarmente importante fornire orientamenti ai consumatori che contraggono per la prima volta un credito ipotecario. A tale riguardo la Commissione dovrebbe individuare esempi di migliori pratiche per agevolare l'ulteriore sviluppo di misure tese a potenziare la consapevolezza dei consumatori in materia finanziaria». Inoltre, l'art. 6, paragrafo 1, della medesima direttiva espressamente prevede quanto segue: «Gli Stati membri promuovono misure atte a favorire l'educazione dei consumatori in merito a un indebitamento e a una gestione del debito responsabili, in particolare per quanto riguarda i contratti di credito ipotecario. Per guidare i consumatori, specialmente quelli che sottoscrivono un credito ipotecario per la prima volta, sono necessarie informazioni chiare e generali sulla procedura per la concessione del credito. Sono inoltre necessarie informazioni sulla guida che le organizzazioni di consumatori e le autorità nazionali possono fornire ai consumatori». Nel diritto italiano, la suddetta direttiva è stata attuata mediante il decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72 (*Attuazione della direttiva 2014/17/UE, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, nonché modifiche e integrazioni del titolo VI-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi e del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 149*). Per un commento integrale e alcuni saggi esplicativi, v. I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE, a cura di P. Sirena, Milano, 2016.

38. In dottrina, v. P.G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, p. 38 ss.; E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, et. al., Napoli, 2010, p. 65 ss.; L. MODICA, *Profili giuridici del sovrain-*

L'omissione di un comportamento del genere obbligherà la banca al risarcimento del danno cagionato, a titolo di responsabilità precontrattuale³⁹.

In materia contrattuale, più ampiamente, l'ABF spesso non si arresta di fronte alla autonomia privata degli intermediari e alla loro libertà di iniziativa economica privata, ma mostra una spiccata propensione a sindacarne (sia pure dall'esterno) l'esercizio dal punto di vista della correttezza e della trasparenza⁴⁰, le quali costituiscono indubbiamente valori integranti della tutela del mercato e della concorrenza.

Emerge inoltre la tendenza a risolvere le questioni di responsabilità civile in base al criterio della vicinanza della prova e del rischio d'impresa, ad es., facendo gravare sulle banche (anziché sui loro clienti) il pericolo di clonazione degli strumenti di pagamento anche quando esso appaia tecnicamente improbabile o concorrano significativi profili di colpevolezza da parte del cliente nell'adempiere l'obbligazione di custodia (ad es., di una carta di credito o *bancomat*)⁴¹. Scelte interpretative di questo tipo sono infatti funzio-

debitamento, Napoli, 2012, p. 233 ss.; EAD., *Concessione "abusiva" di credito ai consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 492 ss.; R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, p. 141 ss.

39. ABF, Collegio di Roma (Marziale Pres., Sirena Rel.), 20 agosto 2013, n. 4440: «*La valutazione preventiva del merito creditizio del consumatore deve essere pertanto riguardata in un'ottica non soltanto prudenziale, ma anche di tutela di colui che ha formulato la richiesta di finanziamento, trattandosi di un filtro che è anche funzionale alla concessione di un credito non eccessivo rispetto alle capacità finanziarie del cliente. Nella realtà attuale dell'ordinamento giuridico l'informazione del cliente nella fase delle trattative che precedono la stipulazione di un contratto di finanziamento non può conseguentemente essere più considerata come una sorta di consiglio amichevole, ma costituisce ormai la prestazione di un vero e proprio servizio di consulenza professionale, e in ogni caso l'adempimento di uno specifico dovere di protezione nei confronti dell'altra parte*».

40. Ad es., v. ABF, Collegio di Roma (Marziale Pres., Sirena Rel.), 10 maggio 2013, n. 2589: «*È pertanto indubbio che, in se stesso considerato, il rifiuto opposto dalla banca resistente al piano di rientro ipotizzato dalla ricorrente rientri nel libero esercizio della sua autonomia privata, la quale non è suscettibile di essere sindacata nel merito da parte di questo Arbitro. Ciò tuttavia non toglie che nell'esercizio della sua libertà di autonomia privata la banca debba pur sempre comportarsi secondo buona fede, com'è stato costantemente ribadito da questo Arbitro. Infatti, le banche "sono tenute ad improntare le proprie relazioni d'affari a criteri di buona fede e correttezza", secondo quanto puntualizzato dalle "Disposizioni" emanate dalla Banca d'Italia in tema di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari in vigore all'epoca dei fatti di causa (Istruzioni di vigilanza, 9° agg., 25 luglio 2003, Tit. X, Cap. I, Sez. I, § 1.2), ora sostituite dalle Disposizioni emanate il 29 luglio 2009 (ivi, Sez. I, Premessa, § 1.3) che, come già puntualizzato da questo Collegio (dec. 8 febbraio 2010, n. 21), costituiscono specificazione dei principi enunciati, in via più generale, dal codice civile" (decisione ABF, Collegio di Roma, n. 437 del 2010). La violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede si verifica "per esempio allorché la banca, senza alcuna plausibile motivazione, disattenda l'affidamento che l'aspirante contraente ragionevolmente nutrivà, sulla base del pregresso comportamento della banca, sulla conclusione del contratto; oppure induca l'altra parte ad un dispendio di risorse e di tempo eccessivo o palesemente inutile, stanti le incertezze e le riserve che, nella prospettiva della banca, ancora circondano l'erogazione del finanziamento. Il cardine del discorso è dunque costituito dal principio di affidamento: la lesione dell'affidamento nella conclusione positiva dell'istruttoria preliminare compiuta dalla banca, nel caso in cui quest'ultima si tiri indietro senza un giustificato motivo, legittima il cliente a pretendere il risarcimento del danno patito" (decisione ABF, Collegio di Roma, n. 1056 del 2011)».*

41. Ad es., v. ABF, Collegio di Napoli (Carriero Pres., Quarta Rel.), 24 agosto 2016, n. 7172: «*La ratio della legge (soprattutto: la ratio della direttiva che ne costituisce la fonte) è di far gravare sull'intermediario i rischi legati alla sperimentazione e alla diffusione di sistemi di pagamento alternativi alla moneta materiale, sui quali il cliente non ha alcuna possibilità di*

nali al conseguimento di un obiettivo di politica del diritto e di regolazione del mercato: spingere le banche ad adottare un livello più elevato di sicurezza dei sistemi informatici e di pagamento, e incentivare così la generalizzata diffusione di strumenti di pagamento (i quali, per ragioni che vanno dall'antiriciclaggio alla lotta contro l'evasione fiscale, sono progressivamente sostituiti dal legislatore alla moneta avente corso legale).

Sulla base di analoghe considerazioni di politica del diritto, sarebbe del tutto auspicabile che, sia pure con senso della misura, l'ABF facesse finalmente ricorso al risarcimento del danno per perseguire finalità propriamente punitive e deterrenti di un comportamento scorretto delle banche⁴², ad es. in materia di segnalazioni creditizie pregiudizievoli⁴³.

*controllo se non quella di custodire diligentemente i codici dispositivi inviati dal prestatore del servizio. Da questa angolatura, e da questa soltanto, si spiega lo speciale regime di responsabilità civile prefigurato dal decreto n. 11 del 2010, le cui presunzioni di colpevolezza in capo alla banca sono rivolte essenzialmente a favorire la diffusione di tali strumenti di pagamento e stimolare un fiducioso loro utilizzo da parte del pubblico (cfr. considerando n. 4 e 34 della Direttiva 2007/64/CE del 13 novembre 2007). Alla banca è dunque possibile addossare la responsabilità, anche in via presuntiva, per non aver dotato lo strumento di pagamento dei presidi di sicurezza coerenti con lo stato della tecnica, necessari a evitare che malintenzionati utilizzino lo strumento contro la volontà del titolare». Per indicazioni specifiche, v. F. BARTOLINI, *Pagamento con carta di credito e chargeback: l'ABF sul diritto al rimborso del cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1586 ss. (in nota ad ABF, Collegio di Roma, 19 luglio 2016, n. 6531); V. BELLOMIA, *Truffa al Bancomat del cliente imprudente: la banca non diligente è responsabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 843 ss. (in nota a Cass., 19 gennaio 2016, n. 806); D. FARACE, *Le clausole di riaddebito dopo il d.legisl. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 919 ss.; G. LIBERATI BUCCIANI, *L'affidamento a un familiare della carta di pagamento e l'obbligo di diligente custodia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 849 ss. (in nota ad ABF, Collegio di Roma, 15 marzo 2013).*

42. A tale proposito, v. G. VECCHIO, *L'arbitro bancario finanziario si confronta con i "danni punitivi"*, in *Vita not.*, 2010, p. 1341 ss.

43. Per un'indagine specifica, v. F. MEZZANOTTE, *Centrali rischi private e "diritto di preavviso" della segnalazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 303 ss., nonché G. LIBERATI BUCCIANI, *Attività d'impresa e illegittima segnalazione "a sofferenza" in Centrale Rischi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 308 ss. (in nota ad ABF, Collegio di Roma, 23 aprile 2013, n. 2186).

L'INOPPUGNABILITÀ DELLE DELIBERAZIONI DEGLI ORGANI SOCIALI

MARIO STELLA RICHTER *jr*
Prof. ordinario Università di Roma "Tor Vergata"

SOMMARIO: 1. Il termine per la impugnazione. – 2. Rapporti tra inoppugnabilità, inesistenza e inefficacia. – 3. Stabilità degli effetti delle deliberazioni inoppugnabili. – 4. Inoppugnabilità e strumenti di autotutela. – 5. Inoppugnabilità e "nullità" della deliberazione. – 6. Inoppugnabilità e concorso di azioni demolitorie e risarcitorie. – 7. Alcune conclusioni.

1. Il termine per la impugnazione.

Alcune disposizioni del codice civile stabiliscono i termini per proporre le azioni di annullamento o di "nullità"¹ e quelle risarcitorie con riferimento a deliberazioni

1. Azioni di nullità che con la nullità del contratto di cui agli artt. 1418 ss. cod. civ. hanno ben poco a che fare e che, ad ogni modo, si risolvono pur sempre in una *impugnazione* unitariamente disciplinata dall'art. 2378 cod. civ.: cfr., per tutti, B. LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 463 ss., e ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2013, p. 335 ss. (da cui cito), alle pp. 342 e 349; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 209; A. PISANI-MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 55 ss.; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006 (II ed.), spec. p. 116; G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007 (II ed.), p. 221; V. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008, p. 106 ss.; C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, Milano, 2008, spec. p. 66 ss.; F. CHIAPPETTA, *Sub art. 2377*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti e altri, Milano, 2008, spec. pp. 261 e 265; F. DI GIROLAMO, *Sub art. 2377*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015, spec. p. 1692 ss. (ove anche gli opportuni ulteriori riferimenti). Non posso qui affrontare *ex professo* la questione di quale sia ancora il senso della distinzione, nella materia della invalidità delle deliberazioni assembleari, tra "nullità" ed "annullabilità"; al riguardo si vedano, tra gli altri e in termini non coincidenti: da un lato, C. ANGELICI, *La società per azioni, I. Principi e problemi*, nel *Trattato di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 336 ss.; P. SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, spec. p. 567 ss.; G. PALMIERI, *L'invalidità delle decisioni*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, vol. IV, Padova, 2009, p. 147 ss., spec. p. 173 ss.; G. PALMIERI – C. PATRIARCA, *Sub art. 2379*, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, p. 1127 ss.; e, dall'altro, P. SPADA, *Diritto commerciale, II. Elementi*, Padova, 2009 (II ed.), p. 62 ss.; R. LENER, *Sub art. 2377*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 546 ss.; M. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, Torino, 2006, p. 311 ss.; R. SACCHI, *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, spec. p. 237 ss. e 240 ss.; M. LIBERTINI – A. MIRONI – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, Milano, 2016, pp. 344 testo e nt. 14, 430 ss. e 451). Ai nostri fini è sufficiente rilevare che (eccezion fatta per le residuali e all'atto pratico rarissime deliberazioni che, modificando l'oggetto sociale, prevedono attività impossibili o illecite) anche nelle ipotesi di così detta nullità la deliberazione deve essere impugnata entro un termine (ancorché più lungo di quello previsto dall'art. 2377 cod. civ.), decorso il quale la delibera viziata diviene del pari inoppugnabile, con tutte le conseguenze che discendono, appunto, da quella condizione di definitività, conseguenze che mi prefiggo di chiarire in questo scritto. In

assembleari, a deliberazioni consiliari² o a decisioni³ dei soci di società di capitali e cooperative.

Sono gli articoli: 2377, comma 6; 2379, comma 1; 2379-ter, commi 1 e 2; 2388, comma 4; e 2479-ter, commi 1 e 3 (primo periodo)⁴. Termini particolari sono poi previsti in leggi speciali per le autorità di vigilanza: mi riferisco agli artt. 14, comma 6, e 157, comma 2, T.U.F.

materia di società a responsabilità limitata, poi, si parla solo di «invalidità» delle deliberazioni e delle decisioni dei soci, senza mai menzionare “annullabilità” e “nullità”, il che non fa che militare per il superamento della tradizionale distinzione e induce a «porre capo ad una configurazione sostanzialmente unitaria – e comunque specifica – degli effetti dei vizi di cui possono essere inficiate le decisioni societarie e dei rimedi che, a seconda dei casi, si rendono applicabili» (così R. RORDORF, *Invaldità ed impugnazione delle decisioni dei soci di s.r.l.*, in *Società*, 2007, p. 270; e cfr. anche D. CORRADO, *Sub art. 2479-ter*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti e altri, Milano, 2008, p. 1043 ss., ove gli ulteriori riferimenti). Anche per quanto attiene al regime della invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione ci si è diffusamente interrogati se si abbia a che fare con due forme di invalidità (quella del primo periodo e quella del secondo periodo dell'art. 2388, comma 4, cod. civ.) o con una sola (e cfr. al riguardo V. PINTO, *Sub art. 2388*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. II, tomo II, Padova, 2011, p. 93 ss., e A. PISANI MASSAMORMILE, *Invaldità delle delibere consiliari*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, cit., p. 518 ss.). A prescindere dai diversi presupposti, legittimazioni ed eventualmente funzioni delle due previsioni, ai fini del nostro discorso, resta il fatto decisivo che la tecnica per privare di efficacia la deliberazione consiliare invalida è comunque quella della *impugnazione*, sempre soggetta ad un breve termine di decadenza di cui dico nel testo. È rimasta sostanzialmente isolata la interpretazione di L. NAZZICONE, *Sub art. 2388*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 94 ss., la quale, credendo possibile recuperare per via di analogia la disciplina dell'art. 2379 cod. civ., ricostruisce una serie di ipotesi di deliberazioni consiliari nulle (essenzialmente per via del loro oggetto impossibile o illecito), con la conseguenza che non solo tali deliberazioni con oggetto impossibile o illecito potrebbero essere impugnate da chiunque vi abbia interesse, ma rispetto alle stesse la nullità potrebbe essere rilevata di ufficio dal giudice e quindi in assenza di una impugnazione (seppure sempre nel termine entro il quale sarebbe possibile la impugnazione).

2. Per tali intendendosi, ovviamente, le deliberazioni del consiglio di amministrazione, ma anche: (i) quelle dei consigli di sorveglianza e di gestione (giustificandosi la equiparazione in base al rinvio operato dagli artt. 2409-undecies, comma 2, 2409-quaterdecies, comma 1, e 2409-noviesdecies, comma 1, cod. civ. all'art. 2388 cod. civ. e comunque in forza di quanto previsto dall'art. 223-septies, comma 1, disp. att. e trans. cod. civ.); (ii) quelle del comitato esecutivo (e cfr. le giuste argomentazioni di G. STRAMPELLI, *Sub art. 2388*, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, cit., pp. 1289 ss. e 1305 ss.). Come vedremo nelle conclusioni, alcuni dei principi generali che si desumeranno dallo studio delle norme in questione sono probabilmente suscettibili di guadagnare una portata più vasta e possono, quindi, ritenersi applicabili anche alle determinazioni del collegio sindacale e dei comitati ulteriori rispetto a quello esecutivo.

3. D'ora in avanti, per maggiore speditezza di discorso si farà riferimento solo alle deliberazioni, ma in tale espressione si possono considerare ricomprese anche le decisioni dei soci di società a responsabilità limitata assunte in forma non collegiale. Del resto, deve a questo proposito sottolinearsi che il codice civile detta una disciplina unitaria della invalidità delle determinazioni dei soci di società a responsabilità limitata, quale che sia il metodo o la forma che le stesse determinazioni assumono. Dal che si è poi giustamente desunto che «deliberazioni assembleari e decisioni assunte in forma differente non si contrappongono, ma costituiscono due diverse manifestazioni di una medesima realtà giuridica» (G. GUIZZI, *Le decisioni dei soci: profili tipologici*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 1006; e in tema v. la rassegna di ulteriori opinioni in D. CORRADO, *Sub art. 2479-ter*, cit., spec. p. 1050 ss.).

4. Nonché, volendosi, l'art. 2434-bis, comma 1, cod. civ., per far valere l'invalidità delle deliberazioni di approvazione del bilancio.

Attraverso la fissazione di modalità temporali per l'esercizio di quella che per i soci è una facoltà⁵ e per gli amministratori e il collegio sindacale⁶ (oltre che, ovviamente, per le autorità amministrative di vigilanza) è un potere⁷ (e cioè proporre l'impugnazione o promuovere l'azione di risarcimento), le norme citate appaiono a prima vista prive di sostanziale rilievo ai fini della ricostruzione sistematica dell'istituto.

Nella visione tradizionale i temi dei presupposti, del contenuto, degli effetti e, in definitiva, della funzione della impugnazione delle deliberazioni dovrebbero risultare da altre norme; e non è un caso che dottrina e giurisprudenza abbiano preso in considerazione quelle disposizioni quasi esclusivamente⁸ per:

I. determinare la natura, pacificamente decadenziale⁹, del termine;

5. Nel senso che il diritto di impugnare è attribuito al socio non già in un nome di interesse sociale, collettivo o generale, ma in considerazione del suo interesse personale. Il punto mi pare pacifico e in questo senso, di recente, v. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 210 ss.

6. O, meglio, per i vari possibili organi di amministrazione e controllo. Non affronto qui il tema se la legittimazione spetti all'organo o ai suoi singoli componenti e mi limito a rilevare come le soluzioni siano abbastanza pacifiche e varino a seconda dell'organo preso in considerazione, a seconda del tipo di società che viene in rilievo, a seconda del tipo di impugnazione e, infine, a seconda dell'oggetto della deliberazione impugnata (per esempio: deliberazione di revoca dalla carica del singolo componente di un organo sociale).

7. Alcune precisazioni si impongono. In primo luogo, sottolineo che il discorso è fatto tanto con riferimento alle deliberazioni assembleari quanto con riferimento a quelle consiliari; e per queste seconde è del tutto pacifico che l'esercizio della azione demolitoria (riservata, in base all'art. 2388, comma 4, cod. civ., ai soli componenti del consiglio o all'organo di controllo) sia il contenuto di un potere in senso stretto (se vuoi di un poterdovere): in questo senso v. A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere consiliari*, cit., p. 539; G. STRAMPELLI, *Sub art. 2388*, in *Le società per azioni*, cit., p. 1304 ss. In secondo luogo, non ritengo che il riconoscimento della legittimazione alla impugnazione delle deliberazioni assembleari in capo agli organi di amministrazione e controllo possa trovare giustificazione e fondamento solo nell'interesse dei relativi componenti a non incorrere in responsabilità (secondo la risalente lettura proposta da G. MINERVINI, *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 207 ss., spec. p. 215 ss.), parendomi del tutto logico che, nell'ambito delle rispettive funzioni, essi debbano potere perseguire l'interesse sociale anche rimuovendo l'efficacia delle deliberazioni invalide [e in questo senso cfr. G. OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 225 ss. e ora in *Scritti giuridici, II. Diritto delle società*, Padova, 1992, p. 382 ss. (da cui continuerò a citare), seguito, tra gli altri, da R. RORDORF, *Sub art. 2377*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. II, tomo 1, Padova, 2010, p. 853 ss., F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 237, e A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, cit., p. 184 ss.].

8. Per uno spunto nel senso di una valorizzazione in chiave sistematica del termine per la impugnazione cfr. però C. ANGELICI, *La società per azioni, I. Principi e problemi*, cit., p. 337, e ID., *La riforma delle società di capitali*, cit., pp. 113 e 116 ss., il quale, partendo dalla considerazione della deliberazione in termini di «fatto formale ed oggettivo» rappresentato dalla sua proclamazione, nota che, *diventata improponibile l'impugnativa*, di tale fatto, ancorché non rispondente all'accaduto (perché per esempio frutto di un errato conteggio dei voti), «non è più contestabile il valore e l'impegnatività in quanto deliberazione», nonché M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. XLVII, che sottolineano come la disciplina delle attività (e tra queste di quella sociale) sia incentrata, tra l'altro, su un regime di «annullabilità degli atti, da far valere entro brevi termini di decadenza».

9. Che si tratti di termine di decadenza è generalmente affermato non solo per quel che riguarda l'azione

ii. stabilire se il suo decorso sia o meno rilevabile dal giudice d'ufficio¹⁰;

di annullamento di cui all'art. 2377 cod. civ. [e tra le molte si veda ad esempio, da ultimo, Trib. Milano, 10 marzo 2016 (est. Vannicelli), in *giurisprudenzadelleimprese.it*], ma anche per quanto attiene: (i) al termine (più lungo) per esercitare l'azione "di nullità" (cfr., tra gli altri, Cass., 27 luglio 2005, n. 15721; Cass., 5 dicembre 2011, n. 25945; Cass., 10 giugno 2014, n. 13031; Cass. 20 luglio 2016, n. 14932; C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, cit., p. 145; P. REVIGLIONE, *La sostituzione delle deliberazioni (e decisioni) invalide nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 929; S. SANZO, *L'invalidità e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di S. Ambrosini, vol. I, Torino, 2005, p. 189; G. MARZIALE, *Sub art. 2379, 2379-bis, 2379-ter*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. II, tomo 1, cit., nt. 39 a p. 890 e p. 892 ss.; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., pp. 208 e 222; ID., *Il verbale di assemblea*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, cit., p. 98; G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 2009, pp. 249 e 255; M. CENTONZE, *sub art. 2379*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015, p. 16; ID., *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, cit., nt. 1 a p. 311; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., pp. 173 ss., 206 ss. e 209; G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, cit., p. 300; P. SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, cit., pp. 566 e 568 ss.; G. PALMIERI – C. PATRIARCA, *Sub art. 2379*, cit., p. 1123; M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., pp. 387 ss. e 448; G. MUSCOLO, *Sub art. 2377*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 420, ma solo in termini dubitativi); (ii) ai diversi termini di cui all'art. 2379-ter, commi 1 e 2, cod. civ. (più brevi di quello di cui all'art. 2379 cod. civ.) per impugnare le deliberazioni di aumento o riduzione del capitale o di emissione di obbligazioni (cfr. S. SANZO, *L'invalidità e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari*, cit., pp. 185 e 190; P. MARCHETTI, *Sub art. 2379-ter*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto dallo stesso Marchetti e altri, Milano, 2008, p. 325; G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 300; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 208); (iii) al termine per esercitare l'azione risarcitoria ex art. 2377, comma 4, cod. civ. (cfr., anche per i riferimenti, G. MUSCOLO, *Sub art. 2377*, cit., p. 385; F. D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 455 ss., spec. p. 463; A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 884; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., p. 234; R. RORDORF, *Sub art. 2377*, cit., p. 860; A. SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, cit., p. 287 ss.; S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, p. 97 ss.; F. DI GIROLAMO, *Sub art. 2377*, cit., pp. 1724 e 1732 ss.); (iv) al termine per impugnare le decisioni invalide di cui all'art. 2479-ter, comma 1, cod. civ. (cfr. per tutti: D. CORRADO, *Sub art. 2479-ter*, cit., p. 1064 ss.; G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p. 1395); (v) al termine per impugnare una deliberazione consiliare ex art. 2388, comma 4, cod. civ. (v. ad esempio, Trib. Milano, 17 aprile 2014, in *giurisprudenzadelleimprese.it*; V. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, cit., p. 156 ss.; ID., *Sub art. 2388*, cit., p. 96; L. NAZZICONE, *Sub art. 2388*, cit., p. 107 ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere consiliari*, cit., p. 566; G. BRANCADORO, *L'invalidità delle deliberazioni dell'organo amministrativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 97 ss., a p. 111 ss.; G. STRAMPELLI, *Sub art. 2388*, cit., p. 1309 ss.) o in base all'art. 2391 cod. civ. (A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere consiliari*, cit., p. 576). Sostanzialmente isolata è l'opinione per cui quelli di cui agli artt. 2377, comma 6, e 2379, comma 1, cod. civ. sarebbero termini di prescrizione: così G. PIAZZA, *Il regime delle "invalidità" delle delibere assembleari*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 290 ss.

10. Al riguardo v., anche per gli ulteriori riferimenti, A. SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, cit., p. 274 ss.; R. RORDORF, *Sub art. 2377*, cit., p. 861; G. MARZIALE, *Sub art. 2379, 2379-bis, 2379-ter*, cit., p. 893 ss.

- iii. specificare che detto termine è indisponibile dall'autonomia statutaria¹¹;
- iv. stabilire il momento in cui lo stesso inizia a decorrere¹²;
- v. valutare se a quel termine si applichi la sospensione prevista dalla legge per il periodo feriale¹³.

Tuttavia, a mio parere, ci sono ragioni per considerare centrale la funzione del termine per la proposizione delle suddette azioni ai fini dell'inquadramento dell'istituto e per rivalutare, quindi, il ruolo delle richiamate norme ai fini della ricostruzione

11. Cfr. per tutti R. RORDORF, *Sub art. 2377*, cit., p. 861; G. MUSCOLO, *Sub art. 2377*, cit., p. 382; F. CHIAPPETTA, *Sub art. 2377*, cit., p. 288; G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 250; C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, cit., p. 146 ss.; M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 387 ss. In senso alquanto più sfumato e articolato, sempre partendo dal presupposto che si tratti di termine di decadenza e quindi applicando le regole di cui all'art. 2968 (e all'art. 2965) cod. civ., v. invece: G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 3**, Torino, 1993, p. 336 ss.; M. LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di A. Genovese, Torino, 2004, p. 12 ss.; G. MARZIALE, *Sub art. 2379, 2379-bis, 2379-ter*, cit., pp. 892 e 894. Più in generale sulle clausole statutarie che prevedono particolari termini di decadenza rinvio chi volesse al mio *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1*, Torino, 2004, p. 284 ss.

12. Cfr., con particolare riguardo al delicato problema della decorrenza dei termini per impugnare le deliberazioni consiliari da parte dei soci che ne siano lesi, L. NAZZICONE, *Sub art. 2388*, cit., p. 108; A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere consiliari*, cit., p. 566 ss.; M. VENTORUZZO, *Sub art. 2388*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti e altri, Milano, 2005, p. 334 ss.; V. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, cit., p. 157 ss.; ID., *Sub art. 2388*, cit., p. 99 ss.; G. STRAMPELLI, *Sub art. 2388*, cit., p. 1309 ss.

13. Dopo iniziali oscillazioni (essenzialmente basate sull'argomento che non è un termine processuale ma un termine di decadenza e dunque di diritto sostanziale: v. ad es. Cass., 23 agosto 1985, n. 4494), la giurisprudenza si è definitivamente assestata, dopo la sentenza della Corte cost. 13 luglio 1987, n. 255, nel senso di dare risposta positiva alla questione. Così per la operatività della sospensione possono, a titolo esemplificativo, vedersi: Cass., 24 maggio 1991, n. 6041; Ead., 18 aprile 1997, n. 3351; Trib. Casale Monferrato, 19 luglio 1991, in *Società*, 1992, p. 92, con nota adesiva di V. SALAFIA; Trib. Udine, 31 ottobre 1992, ivi, 1993, p. 795; Trib. Napoli, 25 febbraio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1026; Trib. Napoli, 5 maggio 2004, in *Giur. nap.*, 2004, p. 341; Trib. Milano, 20 dicembre 2007, in *Società*, 2009, p. 107; Trib. Milano, 9 ottobre 2008, in *www.inseexplorer.it*; Trib. Catania, 28 gennaio 2010, in *Vita notar.*, 2010, p. 279; Trib. Milano, 12 febbraio 2013 (ord.), in *giurisprudenzadelleimprese.it*. In senso contrario si rintraccia ancora solo qualche rara pronuncia di merito: App. Torino, 12 luglio 1994, in *Società*, 1995, p. 372; Trib. Catania, 18 dicembre 2008, in *Vita notar.*, 2009, p. 951; Trib. Como, 3 maggio 2005; Trib. Como, 6 aprile 2004, in *De Jure* (ma sulla base della singolare argomentazione – singolare perché ignora quanto disposto dal comma 7 dell'art. 2377 cod. civ. – secondo cui «l'istituto della sospensione feriale dei termini processuali è inapplicabile all'impugnazione della delibera di assemblea di società, poiché, essendo le società di capitali dei soggetti economici operanti sul mercato, le delibere assembleari producono effetti capaci di incidere sui diritti e sulle aspettative non solo dei soci ma del mercato, dei creditori, dei fornitori, dei lavoratori e pertanto tali interessi sono meritevoli di tutela e devono essere bilanciati con il valore della sospensione feriale delle attività giudiziarie»); Trib. Napoli, 13 giugno 2013, inedita (ma citata da F. DI GIROLAMO, *Sub art. 2377*, cit., nt. 177 a p. 1732). Aggiungo che la predetta soluzione deve valere non solo per l'impugnazione nelle ipotesi di annullabilità, ma anche in quella per cause di nullità (nello stesso senso cfr. G. PALMIERI – C. PATRIARCA, *Sub art. 2379*, cit., p. 1123) e non solo la impugnazione delle deliberazioni assembleari ma anche per quella delle deliberazioni consiliari (così anche L. NAZZICONE, *Sub art. 2388*, cit., p. 108 ss.).

sistemática del tema delle impugnazioni delle deliberazioni degli organi delle società di capitali e cooperative.

Vorrei qui cercare di approfondire alcune di queste ragioni; e cioè alcuni dei riflessi sostanziali di quei termini processuali. E ciò non tanto per stabilire la condizione delle deliberazioni pendente il termine (o per stabilire gli effetti della tempestiva impugnazione)¹⁴, quanto per precisare le conseguenze del decorso del termine senza che la impugnazione sia stata proposta.

Il discorso sarà – come ho accennato – volutamente condotto su di un piano generale che considera diversi tipi di società, diversi organi sociali e diverse specie di determinazioni (e quindi sia deliberazioni che decisioni). Rispetto a tutti questi aspetti la letteratura prodotta anche solo dopo la riforma organica del diritto delle società di capitali e delle società cooperative è pressoché sconfinata; anche le pronunzie giurisprudenziali sono, tutto sommato, numerose. Sento quindi l'esigenza preliminare di chiarire che, pur avendo cercato di documentare in modo puntuale i principali snodi del ragionamento, i riferimenti che si trovano nelle note di questo studio restano tutt'altro che esaustivi e anzi rappresentano solo delle prime suggestioni da cui partire per più soddisfacenti ricerche. Di ciò chiedo scusa ai lettori e, in particolare, a quella (significativa) sottocategoria di lettori rappresentata dagli studiosi e dai giudici che di tutti questi temi si sono già occupati, i quali saranno spinti ad andare avanti non tanto per il modesto interesse delle cose che in queste pagine troveranno scritte, quanto piuttosto per appagare quella naturale curiosità di verificare se (ed eventualmente in che modo) le loro opinioni siano state tenute nel debito conto. È dunque specialmente per costoro che vale la presente giustificazione.

Fatta anche questa avvertenza possiamo finalmente cominciare.

2. Rapporti tra inoppugnabilità, inesistenza e inefficacia.

Il primo riflesso sostanziale dei ricordati termini processuali su cui vorrei svolgere alcune considerazioni attiene al piano della fattispecie e riguarda l'annoso problema delle *delibere "inesistenti"*.

Come è a tutti noto, la questione delle delibere inesistenti si riassume in una incessante battaglia tra il legislatore, da un lato, e gli operatori del diritto, avvocati e giudici, dall'altro.

14. Sul punto vale infatti il quadro (a mio avviso) definitivamente tracciato, in termini opportunamente generali e quindi con riguardo a tutte le deliberazioni societarie, da V. PINTO, *Sub art. 2388*, cit., p. 94, anche sulla base della dottrina tedesca e di precedenti studi ivi ricordati; quadro che qui richiamo: «con lo strumento dell'impugnazione si realizza l'esigenza di certezza dell'azione dell'impresa in una duplice direzione: prima dell'esito del giudizio (in difetto di un provvedimento cautelare di sospensione), è preclusa a chiunque la possibilità di porre in dubbio l'efficacia della deliberazione per il mero fatto della presenza di un vizio; all'inverso, accolta la domanda di impugnazione è preclusa a chiunque la possibilità di affermare l'efficacia della deliberazione medesima deducendo l'inesattezza del giudicato di invalidità (che produce effetti *erga omnes*)».

Il legislatore fissa un regime della invalidità degli atti ispirato alla tutela più o meno accentuata della stabilità degli stessi e della certezza delle situazioni conseguenti. Ma, quando le scelte del legislatore contrastano con la percezione equitativa che del caso hanno gli interpreti (e tra questi anzitutto i giudici), costoro possono sostenere che alcuni vizi sono tanto gravi da non rendere le deliberazioni che ne sono affette semplicemente illegittime, bensì addirittura inesistenti: cioè qualificando quelle ipotesi non in termini di “*delibere viziate*” (e quindi non conformi alla legge o all’atto costitutivo o comunque al paradigma posto nella fattispecie astratta), ma in termini di “*non delibere*”.

Ora, l’esigenza di ingaggiare questa lotta nasce proprio dal fatto di porre normativamente un termine (più o meno ristretto) di decadenza per l’esercizio della impugnazione volta a ottenere una pronuncia sulla invalidità dell’atto viziato (e quindi demolitoria), oltre che, ovviamente, nel trovarsi nel caso di specie di fronte a una contestazione della sua validità proposta oltre il predetto termine. È quindi proprio la *idoneità* di una certa tipologia di atti a *divenire inoppugnabile* che determina, direi inevitabilmente, l’insorgenza della categoria della inesistenza.

A riprova di ciò consideriamo quali sono gli altri atti della cui eventuale inesistenza si dibatte tradizionalmente:

i. il *matrimonio* (posto che l’azione volta a dichiararne la invalidità non può essere proposta dopo un anno decorrente, a seconda dei casi, da diversi momenti: celebrazione, raggiungimento della maggiore età, inizio della coabitazione)¹⁵;

ii. il *provvedimento amministrativo*¹⁶, per il cui annullamento deve proporsi ricorso al giudice amministrativo entro un ristretto termine, il quale termine è da osservarsi a pena di decadenza e che decorre dalla conoscenza o conoscibilità dell’atto da parte dell’interessato;

iii. gli atti processuali e, in particolare, la *sentenza*, i cui vizi devono essere fatti valere con i mezzi di impugnazione e quindi entro specifici termini e, allora, prima (e a scapito) del suo passaggio in giudicato (art. 161, comma 1, cod. proc. civ.)¹⁷;

iv. le *deliberazioni delle associazioni* di diritto privato, per le quali la legge (art. 23 cod. civ.) prevede solo il rimedio dell’annullamento a seguito di impugnazione¹⁸;

15. V. anche P. SPADA, *Diritto commerciale*, cit., p. 57.

16. Sulla “inesistenza” del provvedimento amministrativo v., per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988 (II ed.), p. 742 ss.

17. E anche qui mi limito ad una sola citazione (tratta da un libro assai raffinato e divertente), che mi pare particolarmente significativa ai fini dell’intero discorso che vado svolgendo e che, dunque, riporto testualmente: «la differenza tra la nullità e l’inesistenza di un atto o di una serie di atti processuali consiste, come tutti i processualisti sanno, proprio in questo, che gli atti nulli producono di fatto i loro effetti fino a che una sentenza non ne abbia dichiarato la nullità a seguito di tempestiva impugnazione; mentre la constatazione dell’inesistenza (che è un concetto logico prima che giuridico) può essere fatta da chiunque, sempre e in qualsiasi sede, senza che sia necessario dare a questa constatazione la forma di una decisione esplicita» (B. CAVALLONE, *La borsa di Miss Flite*, Milano, 2016, p. 197).

18. Mentre la giurisprudenza sostiene che l’art. 23 cod. civ. non si applica a quelle deliberazioni che siano

v. e poi, per l'appunto, le *deliberazioni assembleari*, le *deliberazioni consiliari* e le *decisioni dei soci*.

Dove invece la invalidità può essere fatta valere in ogni momento non c'è ragione di affaticarsi a distinguere tra *atti esistenti, benché invalidi*, e *atti addirittura* (giuridicamente) *inesistenti* (e cioè “*non atti*”); inesistenti in quanto tanto lontani dalla conformità alla fattispecie normativa da non potere essere ascritti neanche al genere¹⁹. Voglio dire che il problema della inesistenza nasce dalla tensione tra due contrapposte esigenze: per un verso, quella di dettare un regime di invalidità che consenta ad un certo punto (e cioè decorso un certo lasso di tempo nel quale si sia protratta la inerzia di chi avrebbe potuto o dovuto far valere la invalidità) di equiparare, in termini di stabilità, un atto viziato ad uno conforme alla fattispecie normativa, e questo per ragioni di certezza delle situazioni giuridiche; e, per altro verso, quella di non consentire che questo meccanismo di equiparazione della efficacia dell'atto riguardi quelle ipotesi avvertite come più gravi, dove, ancorché in presenza della protratta inerzia, ripugna tenere fermi gli effetti di un qualcosa che allora si tende a considerare come un qualcosa di altro, di “diverso”, rispetto alla pure viziata fattispecie concreta.

Il punto che vorrei sottolineare è che le istanze equitative che spingono la giurisprudenza a fare ricorso al meccanismo argomentativo della inesistenza costituiscono una crepa che tende, nella reiterata applicazione ai diversi casi di specie, ad ampliarsi e a scardinare l'assetto voluto dal legislatore; il quale legislatore (e con lui una parte significativa degli interpreti del sistema e quindi essenzialmente della dottrina), quindi, non può che avvertire la *logica della inesistenza* come null'altro che un modo – per così dire – di fare entrare dalla finestra ciò che lui aveva appena cacciato dalla porta.

affette da «vizi talmente gravi da privare l'atto dei requisiti minimi essenziali», considerandole, conseguentemente, «affette da radicale nullità o *inesistenza*, denunciabile, *in ogni tempo*, da qualsiasi interessato»: così Cass., 4 febbraio 1993, n. 1408, in *Società*, 1993, p. 918 (enfasi aggiunta).

19. Secondo alcuni la ragione della creazione della categoria della “inesistenza” delle deliberazioni risiederebbe nella previsione di cause tipiche di invalidità: in questo senso cfr. soprattutto B. LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, cit., p. 347; R. LENER, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in R. LENER – A. TUCCI, *Società per azioni. L'assemblea*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore, Torino, 2012, p. 232; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., p. 179. In realtà, si tratta solo di una concausa rispetto a quella individuata nel testo; e per di più di una concausa che vale solo per le deliberazioni assembleari e non per quelle consiliari. Infatti, la previsione di cause tipiche era – nel sistema previgente – propria solo della “nullità” delle deliberazioni assembleari, che era appunto il vizio che poteva essere fatto valere in ogni momento senza limiti di decadenza. Invece, per la previsione generale e residuale della annullabilità, idonea a coprire ogni vizio di difformità rispetto alla fattispecie legale (per come completata dalla autonomia statutaria: mancanza di conformità alla legge o all'atto costitutivo), esisteva sin dal codice del 1942 il noto termine breve di decadenza, il quale, appunto, imponeva di far rientrare nell'inesistenza le (più gravi) difformità, diverse dalle nullità, nei casi in cui non si fosse provveduto nel termine alla loro impugnazione come vizi di annullabilità. Nel caso, invece, delle deliberazioni consiliari, per le quali non esiste una elencazione tipica di cause di invalidità ma solo un generico vizio di «non conformità», è proprio l'esistenza del termine di decadenza per fare valere la invalidità prevista dal legislatore che può rappresentare (come si dirà meglio nel testo) lo stimolo per la giurisprudenza a ricorrere alla figura della inesistenza.

In questo senso si spiega perché, ad esempio, in occasione della riforma organica del diritto delle società del 2003, un autorevole componente della Commissione di riforma e un grande civilista insistesse (ancorché forse consapevole del carattere paradossale della proposta) per fare introdurre nel codice civile una disposizione del seguente tenore: «*Le deliberazioni assembleari inesistenti sono inesistenti*» (o, in alternativa, «non esistono le deliberazioni assembleari inesistenti»)²⁰.

In realtà, benché la riforma abbia scongiurato attraverso apposite previsioni²¹ di fattispecie di invalidità²² che la giurisprudenza possa ampliare a dismisura il novero delle deliberazioni inesistenti²³, la inesistenza resta una categoria logica e non una (possibile) fattispecie giuridica: sicché su di essa è impossibile per la legge incidere in modo definitivo²⁴. Ciò spiega perché, anche dopo la riforma tutta ispirata a dare pieno accoglimento alle *esigenze di stabilità* delle decisioni della organizzazione e di *funzionalità e certezza* dell'azione della società, vi sono ipotesi che si continua piuttosto pacificamente a qualificare in termini di deliberazioni inesistenti²⁵.

20. Una eco di quella proposta si rintraccia, forse, in F. CHIAPPETTA, *Sub art. 2377*, cit., p. 260, dove scrive che «la rubrica degli articoli in commento avrebbe potuto icasticamente titolarsi “dell’inesistenza delle deliberazioni inesistenti”».

21. Come è stato scritto suggestivamente, il «legislatore storico» è ricorso ad una «sorta di astuzia» per escludere in tutta una serie di casi «ogni discorso in termini di “inesistenza” della deliberazione»: C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, in ID., *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, p. 71 ss., a p. 79. Per R. RORDORF, *Sub art. 2377*, cit., p. 842, «evidente, benché realizzata con strumenti indiretti, appare la volontà del legislatore di farla finita con la discussa figura della inesistenza giuridica delle deliberazioni assembleari». Nello stesso senso anche altri, tra i quali cfr. G. MARZIALE, *Sub art. 2379, 2379-bis, 2379-ter*, cit., p. 889, e G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1421 ss.

22. Come, ad esempio, nel caso della mancanza di verbale, che oggi è oggetto di una specifica previsione di invalidità; sulla quale v. C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, cit., p. 71 ss., dove anche la più generale ed esatta constatazione per cui il legislatore, per cercare di «bandire dallo scenario della patologia dell'atto deliberativo la categoria dell'inesistenza» ha fatto «l'unica cosa che poteva fare: disciplinare espressamente quei casi che gli interpreti (ma soprattutto la giurisprudenza) avevano ritenuto comportassero l'inesistenza della deliberazione assembleare... stabilendo espressamente la loro invalidità e apprestando il rimedio per rimuoverla (l'impugnazione)».

23. E di questo preciso intento del legislatore si ritrova enunciazione anche in decisioni dei giudici: si veda, ad esempio, Trib. Milano, 21 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 1208, secondo cui «le deliberazioni assembleari di società di capitali possono essere soltanto nulle o annullabili, dal momento che il legislatore ha espunto dal sistema la categoria dell'inesistenza»: peccato però che – come cerco di spiegare nel testo – sia impossibile per lo stesso legislatore (almeno fintanto che ponga un termine per l'esperimento della impugnazione) realizzare tale obiettivo. Anche per P. SPADA, *Diritto commerciale*, cit., p. 61, «l'inesistenza è – almeno nelle intenzioni del legislatore storico – bandita».

24. Così nei termini più chiari C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., p. 132. Nello stesso senso, tra gli altri, B. LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, cit., p. 347 e M. ROSSI, *L'invalidità delle decisioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 985 ss., a p. 1008 ss. Si illude del contrario G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 57 testo e nt. 84, che, per raggiungere il risultato, arriva a proporre la seguente disposizione: «Non sono configurabili ipotesi in cui le deliberazioni assembleari che taluno asserisce esistenti possano venire dichiarate non esistenti, o comunque caducate o neutralizzate nei propri effetti mediante il ricorso ad istituti diversi da quelli disciplinati dagli artt. 2377 e 2379 c.c.».

25. E per un catalogo cfr., tra i molti, G. NICCOLINI, *Le deliberazioni assembleari di s.p.a. non conformi a legge o a*

Anzi, non è da escludersi²⁶ che proprio la fissazione di un termine anche per fare valere le ipotesi di “nullità” di cui all’art. 2379 cod. civ., così come la disciplina sostanzialmente unitaria della invalidità delle determinazioni dei soci di società a responsabilità limitata costituiscano incentivo per forme di «ritorno all’inesistenza».

Senza poi contare che la (nuova) disciplina della invalidità delle deliberazioni consiliari, che prevede sempre che il vizio sia fatto valere entro il termine di decadenza di novanta giorni, rappresenterà inevitabilmente una tentazione a riproporre, in chiave pretoria, la figura della inesistenza come forma di invalidità delle delibere del consiglio di amministrazione ulteriore rispetto a quella prevista dalla legge²⁷.

Tutto ciò a definitiva riprova che la inesistenza emerge quando la forma di invalidità legislativamente riconosciuta non può essere dichiarata o accertata per il decorso di un termine positivamente previsto e della conseguente inanità di ogni sforzo legislativo volto a estirpare definitivamente la categoria della inesistenza dal diritto giurisprudenziale in presenza di un siffatto termine.

Oltre alla inesistenza, l’altra figura del pari non prevista dalle disposizioni normative è quella della *inefficacia*. Come per la inesistenza, sarà sempre possibile opinare (e contestare) l’ambito di efficacia di una deliberazione²⁸.

statuto tra tutela reale e tutela obbligatoria, in *Rass. giur. en. el.*, 2004, p. 204 ss., e poi in *Id.*, 60 x 60, vol. II, Roma, 2006 (da cui cito), p. 831 ss., a p. 832; M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L’assemblea di società per azioni*, cit., pp. 345 e 447; nonché il cenno in M. LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., p. 2. In tema anche S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, cit., p. 101 ss., e soprattutto lo studio (dalle importanti premesse di carattere generale) di M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 759 ss. Da ultimo, per un caso relativo a due deliberazioni giudicate inesistenti perché assunte da una maggioranza assembleare costituita da un non socio, v. la recentissima Trib. Tempio Pausania, 27 gennaio 2017 (est. P. Ferrari Bravo), ancora inedita (ma subito segnalatami dal prof. Portale, che ringrazio).

26. Come è stato acutamente rilevato da F. CHIAPPETTA, *Sub art. 2377*, cit., p. 317.

27. E cfr. infatti L. NAZZICONE, *Sub art. 2388*, cit., p. 102. In termini giustamente solo ipotetici v. invece M. VENTORUZZO, *Sub art. 2388*, cit., p. 321, e G. STRAMPELLI, *Sub art. 2388*, cit., p. 1299. Sul punto cfr. anche il cenno di G. BRANCADORO, *L’invalidità delle deliberazioni dell’organo amministrativo*, cit., p. 103 ss., secondo il quale l’estensione del vizio di «non conformità» consentirebbe di «ricomprendere tutte (o quasi tutte) le patologie dell’atto giuridico che... rilevano: annullabilità, nullità, inefficacia e in parte inesistenza».

28. Il punto è esattamente colto da A. STAGNO D’ALCONTRES, *L’invalidità delle deliberazioni dell’assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., p. 180, e da M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L’assemblea di società per azioni*, cit., p. 348: «Il regime dell’inefficacia è simile a quello dell’inesistenza, in quanto la violazione può essere dedotta senza limiti di tempo; e diversamente dalla nullità non soggiace ad alcun termine di prescrizione o decadenza». Nello stesso senso G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 70 ss. In senso contrario v. invece S. SANZO, *L’invalidità e l’impugnazione delle deliberazioni assembleari*, cit., pp. 195 ss. e 206, il quale, sulla base dell’erroneo convincimento (e v. *infra* nel testo) che la inefficacia sia un vizio e sulla base della constatazione che il legislatore ha tipizzato e limitato la disciplina dei vizi alle sole ipotesi elencate delle nullità e delle annullabilità, sostiene conseguentemente che «i casi tradizionali di inefficacia... inevitabilmente dovranno rientrare nell’alveo dell’annullabilità, con la conseguenza che anche le deliberazioni (tradizionalmente) inefficaci saranno destinate a spiegare immediatamente effetti (salvo il provvedimento giurisdizionale di sospensione)

Ma tra le due ipotesi c'è una differenza rilevante. Nei casi di inefficacia la discussione non si appunta tanto sul fatto che la deliberazione non è efficace in quanto viziata (posto che la regola è per l'appunto opposta), quanto in relazione alla circostanza che per il suo oggetto o in relazione a determinati soggetti la deliberazione pur in sé esistente (e quindi in generale efficace) non è in grado di produrre effetti. Ciò può accadere quando la deliberazione pretenda di rilevare oltre l'ambito delle competenze dell'organo che la ha assunta o su situazioni soggettive non disponibili ad opera della società (e quindi dei suoi organi)²⁹. Ora, poiché l'atto deliberativo vincola – come è evidente – solo all'interno dei suddetti limiti, al di fuori degli stessi esso resta sempre inidoneo a produrre effetti e potrà rilevarsi l'inefficacia (assoluta o relativa, a seconda dei casi) senza limiti di tempo³⁰.

In termini più generali mette ancora conto sottolineare che la inefficacia non è un vizio³¹, ma è una condizione che può dipendere da svariate ragioni alcune delle quali (ma solo alcune delle quali) sono rappresentate, in presenza di conformi norme di diritto positivo, dall'essere l'atto invalido. Sul piano delle invarianti, infatti, «validità ed efficacia sono attributi indipendenti uno dall'altro»³², di talché come si possono pensare atti efficaci ancorché invalidi, così si possono avere atti in tutto o in parte inefficaci ancorché validi. Da qui si ricava la definitiva conferma che ragionare in termini di inefficacia (o irrilevanza) di una deliberazione, pur esistente, è sempre (e quindi a prescindere dal decorso del termine di impugnazione) in astratto possibile.

3. Stabilità degli effetti delle deliberazioni inoppugnabili.

Passo così ad accennare ad un ulteriore riflesso della rilevanza dei termini per proporre l'impugnazione; e lo faccio dicendo, in modo ancora piuttosto generico, che, una

e ad acquisire stabilità, in conseguenza della mancata impugnazione nel termine di decadenza» (così a p. 195 ss.). Secondo G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1436, la riforma avrebbe «messo in crisi il rimedio... della inefficacia (relativa)», sulla base di argomentazioni sistematiche, come quella per cui, secondo l'art. 2388, comma 4, cod. civ., le deliberazioni consiliari lesive dei diritti dei soci potrebbero essere impugnate anche da questi ultimi; ma comunque (e ciò è quanto preme rilevare ai fini del discorso svolto nel testo), per lo stesso Zanarone, per tutta una serie di ipotesi di deliberazioni (come quelle che incidano sui diritti di terzi; e vedine una articolata elencazione in *Delle società a responsabilità limitata*, cit., nt. 96 a p. 1437) la condizione della inefficacia resta, anche dopo la riforma, logicamente predicabile.

29. E per una concreta applicazione cfr., anche per i riferimenti, V. PINTO, *Sub art. 2388*, cit., p. 97 ss., e G. STRAMPELLI, *Sub art. 2388*, cit., p. 1308 ss., che correttamente rilevano come le deliberazioni consiliari lesive di diritti soggettivi in senso proprio dei soci siano da ritenersi inefficaci e, come tali, la rimozione dei loro effetti non sia condizionata alla impugnazione da parte del socio leso nei suoi interessi. Per più ampio discorso e rassegna v. G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 80 ss.

30. Cfr. al riguardo il cenno di M. CIAN, *La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare: ancora su decisione di rigetto, impugnazione, azione risarcitoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 340 ss., a p. 347.

31. Come invece si tende a considerarlo; v., ad es., M. LIBERTINI – A. MIRONI – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 348.

32. Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 710, e v. anche G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., pp. 71 ss. e specialmente 78 ss.

volta decorsi tali termini, *gli effetti della deliberazione si stabilizzano con una forza vincolante del tutto particolare.*

La mia impressione è, anzi, che la stabilità della deliberazione non più impugnabile non solo è alquanto maggiore di quella degli atti negoziali (invalidi), ma si appalesa, a ben vedere, anche più grande degli atti autoritativi della pubblica amministrazione, per i quali – come è noto – è dettata una disciplina delle invalidità ispirata a esigenze di certezza e stabilità del tutto analoghe. Vediamo le ragioni di tale mia impressione.

In primo luogo, rilevo che la illegittimità di una deliberazione divenuta inoppugnabile non può essere fatta valere neanche in sede di eccezione: alle deliberazioni e alle decisioni degli organi sociali non si applica la regola dell'ultimo comma dell'art. 1442 cod. civ.³³. Sicché nel nostro caso potrebbe dirsi che *quae temporalia ad agendum ac temporalia ad excipiendum.*

In secondo luogo, noto come le deliberazioni inoppugnabili, ancorché prese *non in conformità della legge o dell'atto costitutivo*, non possano essere disapplicate (neanche) dal giudice³⁴. Invece un atto amministrativo inoppugnabile può essere disapplicato, seppure entro certi limiti³⁵,

33. Cass., 5 dicembre 2011, n. 25945; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., p. 114 ss.; ID., *La società per azioni, I. Principi e problemi*, cit., p. 333; G. MARZIALE, *Sub art. 2379, 2379-bis, 2379-ter*, cit., p. 892; G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, cit., nt. 19 a p. 1395 e nt. 79 a p. 1429; ID., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 328; F. DI GIROLAMO, *Sub art. 2377*, cit., p. 1734 ss.; M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., pp. 342 e 387; e R. RORDORF, *Sub art. 2377*, cit., p. 861, che spiega che il principio dell'ultimo comma dell'art. 1442 cod. civ. vale per il caso della prescrizione, «ma non sembra estensibile al diverso caso della decadenza, specie quando – come nella specie – questa sia comminata dalla legge per meglio garantire la certezza dei traffici giuridici e, quindi, proprio al fine d'impedire che possano comunque essere rimessi in discussione a distanza di tempo *gli effetti di un deliberato assembleare non impugnato*, che tutti perciò debbono potere ormai considerare *definitivamente consolidati*» (corsivo aggiunto).

34. E cfr. di recente, oltre alle decisioni citate *infra* nel par. 6: I. Trib. Milano, 3 agosto 2016 (Giud. unico Mambriani), in *giurisprudenzadelleimprese.it*, che sulla base dell'argomento per cui «l'impugnazione rappresenta pacificamente l'unico rimedio capace di rimuovere gli effetti di deliberazioni assembleari in tesi illegittime, sicché, in mancanza dell'utilizzo di siffatto rimedio..., quegli effetti rimangono stabili ed intangibili» ha dichiarato improcedibile la impugnazione di altra deliberazione rispetto alla quale la prima aveva avuto l'effetto di far venire meno l'interesse ad agire; II. Cass., 2 novembre 2015, n. 22349 (est. Valitutti), in *DeJure*, secondo la quale «non è di certo possibile... accertare *incidenter tantum*, in sede di valutazione della legittimità del recesso..., la validità e la correttezza delle deliberazioni con le quali l'assemblea ed il consiglio di amministrazione... hanno stabilito che l'aumento di capitale avrebbe potuto essere liberato anche mediante conferimento di beni in natura, in deroga al disposto degli artt. 2464 e 2481-bis c.c. In materia di disciplina dell'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea delle società di capitali, vige, invero, la regola generale... secondo cui le delibere dell'assemblea contrarie alla legge o all'atto costitutivo, o adottate nonostante la mancata convocazione dell'assemblea, o la mancanza del verbale o l'impossibilità o illiceità dell'oggetto, e le delibere del consiglio di amministrazione lesive dei diritti dei soci, sono impugnabili, ai fini di ottenerne – a seconda dei casi – l'annullamento *ex art. 2377 c.c.*, o la declaratoria di nullità *ex art. 2379 c.c.*, entro il termine previsto dalle norme succitate. Qualora il socio dissenziente non abbia proposto impugnazione, ai sensi di dette disposizioni, la delibera resta, quindi, esecutiva e vincolante per la società, per ciascuno dei soci e nei confronti dei terzi».

35. Sui limiti alla disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario v. Corte cost., 24 luglio 1981, n. 151. Sul tentativo della giurisprudenza penale di ampliare tali limiti cfr. R. VILLATA,

dal giudice ordinario³⁶ (si confronti, ovviamente, l'art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, abolitrice del contenzioso amministrativo; ma anche l'art. 63, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo il quale il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, disapplica, «se illegittimi», gli «atti amministrativi presupposti» che rilevino in un rapporto di lavoro dipendente con pubbliche amministrazioni).

In terzo luogo – ed è questa una ipotesi certamente più rilevante e ricorrente rispetto alla precedente – le deliberazioni (sempre che inoppugnabili³⁷) dei soci non possono

Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale, Milano, 2001.

36. Non anche da quello amministrativo, stante il sopravvenuto regime a tutela degli interessi legittimi a carattere demolitorio (o “annullatorio”, che dire si voglia) nel quale si sostanzia il sistema della giustizia amministrativa. Del tutto isolata è rimasta quindi la proposta di continuare a riconoscere, quantomeno in termini generali, la disapplicazione (o inapplicabilità) degli atti amministrativi nel processo amministrativo: cfr. E. CANNADA BARTOLI (del quale v. *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, e *Disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi e giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1953, III, c. 73 ss.). In argomento v. F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 43 ss.; D.F.G. TREBASTONI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2000, pp. 675 ss. e 1119 ss.

37. Non mi posso qui occupare *ex professo* del diverso problema della posizione degli amministratori di fronte a deliberazioni (che essi ritengono) invalide e che possono essere ancora impugnate o che lo sono state già senza avere ottenuto una sospensione della loro efficacia. Il problema era affrontato, in scritti ormai classici, da G. OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, cit., spec. p. 387 ss., e da G. MINERVINI, *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 218. Esso a mio avviso si pone oggi, malgrado il diverso autorevole parere dei summenzionati autori, nel senso che anche le deliberazioni che siano ancora impugnabili (o che lo siano state ma che non siano state sospese da un provvedimento cautelare) vincolano gli amministratori e i sindaci. Ciò vale a mio parere anche nelle ipotesi di “nullità”, che sono quelle obiettivamente più delicate. In senso contrario erano G. OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, cit., p. 383; ID., *Contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 147; e A. CANDIAN, *Nullità e annullabilità delle delibere di assemblea delle s.p.a.*, Milano, 1942, p. 145; ma tale opinione era stata espressa nel vigore di una legge che non prevedeva che la deliberazione nulla potesse diventare (come invece ora generalmente è) inoppugnabile e in forza della quale legge le deliberazioni nulle erano (pacificamente) inefficaci. Nel nuovo contesto normativo si tratta invece di capire quali siano gli effetti della inoppugnabilità della deliberazione (a questo punto) così detta “nulla”. In astratto possono a tale problema darsi due soluzioni: per un verso, si può pensare che la delibera “nulla” sia dotata di efficacia precaria (al pari di quella annullabile) e che solo l'accoglimento della impugnazione (o il provvedimento giudiziale di sospensione) sia idoneo a fare venire meno (definitivamente o interinalmente) tale efficacia; oppure, per altro verso, che la delibera “nulla” sia inefficace e che il decorso del termine di impugnazione senza che tale impugnazione sia intervenuta conferisca alla delibera la idoneità a produrre gli effetti suoi propri. Anche per i necessari riferimenti si vedano, oltre a quanti citati *infra* a nt. 73, con diversi orientamenti: G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 471 ss. e poi in ID., *Scritti giuridici*, vol. VII, Padova, 2005, p. 279 ss. (da cui cito), a p. 291 (in senso dubitativo); G. PIAZZA, *Il regime delle “invalidità” delle delibere assembleari*, cit., p. 291 ss.; P. SPADA, *Diritto commerciale*, cit., p. 62 ss.; P. REVIGLIONE, *La sostituzione delle deliberazioni (e decisioni) invalide nelle società di capitali*, cit., p. 925 ss.; P. SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, cit., p. 570 ss.; F. GUERRERA, *Il verbale di assemblea*, cit., p. 98; G. PALMIERI, *L'invalidità delle decisioni*, cit., p. 183 ss.; G. PALMIERI – C. PATRIARCA, *Sub art. 2379*, cit., p. 1128 ss.; M. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, cit., p. 311 ss.; ID., *L’“inesistenza” delle delibere assembleari di s.p.a.*, Torino, 2008, p. 192 ss.; G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 356 ss.; M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 450 ss. Ora a me pare

essere disapplicate neanche dagli altri organi sociali: ciò significa che gli amministratori, che non abbiano impugnato la deliberazione, hanno il dovere di eseguirla. Così come le deliberazioni consiliari vincolano gli uffici che ne devono dare attuazione: anche in ciò si evidenzia la struttura gerarchica della impresa sociale e anche in questo modo se ne tutela il valore che tale carattere esprime in termini di efficienza dell'azione.

4. Inoppugnabilità e strumenti di autotutela.

Vengo così a toccare il più generale tema dei *mezzi di autotutela*.

Lo strumento principe è, come è ovvio, rappresentato dalla impugnazione della deliberazione viziata da parte, per così dirsi³⁸, della stessa società, come dimostra il fatto che amministratori e sindaci sono espressamente legittimati alla impugnativa (art. 2377, comma 2, cod. civ.). Ma cosa succede se costoro fanno decorrere il termine di impugnazione e la deliberazione diviene inoppugnabile? Si è detto che essi devono eseguirla³⁹.

che sia solo la prima soluzione che possa seguirsi alla stregua del dato positivo. Infatti, la disposizione dell'art. 2379 cod. civ. impone che la "nullità" sia stabilita (uso volutamente un termine neutro rispetto alla alternativa *accertamento-dichiarazione*, che presuppone, invece, di avere già risolto il problema su cui ci stiamo intrattenendo) dal giudice all'esito del procedimento di impugnazione di cui all'art. 2378 cod. civ. e tale procedimento prevede che «l'impugnante possa chiedere la sospensione della esecuzione della deliberazione» (art. 2378, comma 3, cod. civ.), così, a mio avviso, dimostrando che la delibera è nel frattempo sempre efficace. Certo, non mi sfugge che potrebbe dirsi che tale possibilità di istanza di sospensiva si debba riferire solo alle delibere annullabili, ai sensi dell'art. 2377, comma 2, cod. civ., perché le altre, non essendo in ipotesi efficaci, non sono riguardate da tale possibilità; ma francamente il ragionamento mi parrebbe inficiato da un evidente apriorismo. È questa la ragione che più mi convince della efficacia precaria anche della delibera affetta dai vizi di cui all'art. 2379 cod. civ. (e, se si vuole, "nulla"). Mentre tenderei a non considerare conclusivo il richiamo operato dall'art. 2379 cod. civ. al settimo comma dell'art. 2377 cod. civ. (richiamo che invece è valorizzato da A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., p. 209; per dimostrare che fino alla pronuncia giurisdizionale la delibera nulla sarebbe provvisoriamente efficace). A tale ultima argomentazione si è infatti, a mio avviso fondatamente, opposto che la tutela dell'affidamento sorto in capo ai terzi di buona fede non sarebbe incompatibile con l'inefficacia originaria della deliberazione (così M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., nt. 88 a p. 451). In vero, anche una deliberazione in ipotesi inefficace potrebbe essere stata di fatto portata ad esecuzione con atti che, quindi, porrebbero un problema di affidamento dei terzi.

38. In realtà legittimata passiva nell'azione che si instaura con la impugnazione è necessariamente la società: v., molto chiaramente, C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, cit., p. 122, e, in giurisprudenza, Cass. n. 17060 del 2012; Trib. Milano, 9 dicembre 2014 (ord.), in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Roma, 10 ottobre 2016, ivi. Ciò significa che, se ad impugnare siano gli amministratori (o, come nel caso di cui alla ultima citata decisione del Tribunale di Roma, l'amministratore unico), è necessario richiedere preventivamente la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ., con il quale instaurare il contraddittorio per conto della società. Tuttavia, poiché ritengo (cfr. *supra*, testo e nt. 7) che la impugnazione da parte degli amministratori (e dei sindaci) non sia prevista solo per rispondere ad un loro interesse ma anche come espressione della loro *funzione* (e quindi di un loro potere in senso tecnico), mi pare che sia possibile intendere tale impugnazione come fatta nell'interesse della società e parlare quindi come faccio nel testo, seppure in modo solo espressionistico e suggestivo, di "impugnazione della società".

39. Cfr. *supra*, *sub* par. 3.

Ma l'assemblea cosa può fare? La opinione corrente è che la deliberazione possa essere con altra deliberazione (assunta, appunto, dal medesimo organo): sospesa⁴⁰; revocata⁴¹; annullata d'ufficio (è l'ipotesi del c.d. *autoannullamento*).

Le prime due ipotesi non creano problemi particolari, perché si sostanziano in una nuova valutazione della materia oggetto della deliberazione, come tale sempre possibile (seppure, secondo alcuni, con onere di motivazione: ma il punto è delicato⁴²).

La terza ipotesi, quella dell'autoannullamento, mi pare invece assai più problematica: qui non mi riferisco – e lo specifico a scanso di equivoci – alla possibilità, espressamente prevista dal comma 8 dell'art. 2377 cod. civ., di sostituire «la deliberazione impugnata... con altra presa in conformità della legge e dello statuto»⁴³; mi riferisco invece alla

40. La deliberazione di sospensione produce una inefficacia provvisoria della delibera sospesa.

41. Come è noto, la revoca, che può riguardare tanto negozi privati quanto atti amministrativi, estingue, con effetto *ex tunc*, gli effetti dell'atto revocato: nel nostro caso della delibera revocata. Qualora oggetto della delibera di revoca sia una deliberazione con la quale sia fissata una norma statutaria (e cioè una delibera modificativa dell'atto costitutivo), tale *revoca* potrà, a giusto diritto, essere considerata una *abrogazione*, stante appunto la natura di norma di quanto privato di efficacia (e non mi soffermo a richiamare la nota equiparazione delle norme statutarie alle norme di legge proprio per come posta dall'art. 2377, commi 1 e 2, cod. civ.).

42. Nel senso che «le deliberazioni di sospensione o revoca o di annullamento devono essere motivate (a meno che il motivo risulti auto-evidente) a pena di illegittimità» cfr. M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 389. Non sono completamente d'accordo. A parte le ipotesi dell'auto-annullamento che non considero in generale possibili, per le ragioni che cerco di spiegare nel testo, non mi pare che una deliberazione assembleare di “revoca” di una precedente deliberazione debba dirsi, almeno in termini generali, bisognosa di motivazione. La revoca non si risolve, infatti, che in un nuovo provvedimento su di una certa materia e, se l'oggetto della deliberazione revocato non imponeva di adottare una deliberazione motivata in prima battuta (come normalmente non è perlomeno per le decisioni dei soci), non penso che un tale onere di motivazione si possa imporre in sede di ulteriore considerazione della materia. Nel senso invece da me propugnato, e cioè che «la deliberazione di revoca rimarrebbe... legittima... anche se priva di motivazione», v. comunque lo stesso M. LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., p. 13. Più in generale, considererei che, se la motivazione è essenzialmente intesa come strumentale al controllo di legittimità dell'esercizio di un potere (in senso stretto), si dovrebbe con ogni probabilità distinguere nettamente, ai fini di una sua imposizione, tra deliberazioni dei soci e deliberazioni degli amministratori. Ma il tema della motivazione delle deliberazioni (soprattutto consiliari, ma poi, in particolari casi, anche assembleari), che pure avverto sempre più come centrale, dovrebbe essere studiato più organicamente e quindi mi rendo conto che quanto appena detto resta solo una prima impressione. Sulle motivazioni delle determinazioni degli organi sociali richiamo comunque: le indicazioni di G. GUZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, Milano, 2014, p. 29 ss.; lo spunto di M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello “istituzionalismo debole”*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 691, secondo il quale bisognerebbe considerare la esistenza di «un principio generale che impone un'adeguata motivazione (con relativo, potenziale sindacato di legittimità) in tutti i casi in cui sussistano conflitti d'interessi interni o siano sottoposte all'organo deliberante proposte contrastanti»; il preliminare, ma già molto documentato, studio di A.D. SCANO, *Premesse a uno studio sulla motivazione delle decisioni societarie: spunti dal diritto europeo*, in *Rivista ODR*, 2016, n. 3, *passim*; e soprattutto l'importante lavoro di L. MARCHEGIANI, *Contributo allo studio della motivazione delle decisioni degli amministratori nelle società azionarie*, letto in versione provvisoria.

43. In argomento cfr. P. REVIGLIONE, *La “sostituzione” delle deliberazioni invalide dell'assemblea di società per azioni*, Milano, 1995; ID., *La sostituzione delle deliberazioni (e decisioni) invalide nelle società di capitali*, cit., p. 937 ss.

possibilità di annullare – e quindi con effetto retroattivo – la delibera non impugnata e inoppugnabile.

A mio avviso, poiché la deliberazione inoppugnabile ha assunto una efficacia non più precaria ma stabile, essa può essere sostituita, revocata, sospesa, e via dicendo, ma sempre senza alcuna possibilità di rimuovere *ex tunc* gli effetti già prodotti dalla deliberazione. Questo perché giudice della legittimità della deliberazione non può essere la stessa società che ha adottato la deliberazione e che non la ha impugnata, con i suoi organi (anche) a ciò preposti⁴⁴.

Si potrebbe anche dire che questa conclusione rappresenti il naturale *pendant* del giudicato di invalidità: come l'accoglimento della impugnazione preclude a chiunque la possibilità di affermare l'efficacia della deliberazione⁴⁵, così l'impossibilità di proporre tale impugnazione rende stabilmente ed *erga omnes* efficace la deliberazione in questione.

5. Inoppugnabilità e “nullità” della deliberazione.

La circostanza che la inoppugnabilità rende definitivamente efficaci le deliberazioni è un fatto che è parso a una parte degli interpreti eversivo, almeno con riferimento ad alcuni dei possibili vizi, e segnatamente a quelli rappresentati dall'oggetto impossibile o illecito della deliberazione.

Tale reazione può forse spiegarsi sulla base della circostanza che nel regime prevalente il sistema delle invalidità delle deliberazioni, tanto delle società azionarie quanto di quelle a responsabilità limitata (e quindi pure di quelle delle società cooperative), si articolava in ipotesi di annullabilità e in ipotesi di nullità, e per queste ultime non si poneva un termine per farle valere (né in via di azione né, tantomeno, in via di eccezione)⁴⁶. La quale cosa comportava, come è chiaro, che le deliberazioni affette dai vizi avvertiti più gravi e, come tali, sanzionate dal regime della nullità non potevano mai divenire definitivamente efficaci.

Orbene, di fronte ad una regola diversa introdotta nel nuovo art. 2379, comma 1 (primo periodo), cod. civ. e nell'altrettanto nuovo art. 2479-ter, comma 3 (primo periodo), cod. civ. (ove, anche a livello di rubrica, non si distingue affatto tra ipotesi di nullità e di annullabilità, ma si parla unitariamente di invalidità), le reazioni della dottrina, alle quali ho in precedenza genericamente alluso, sono state di diversi ordini:

44. E v. quanto detto sopra a nt. 38.

45. Sul diverso problema della efficacia della sentenza che rigetta la impugnazione cfr. E.F. RICCI, *Sugli effetti del rigetto dell'impugnazione di delibera di assemblea di s.p.a.*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 49 ss.

46. Come è noto, le deliberazioni nulle, e cioè a quelle con oggetto impossibile o illecito, si applicavano, in base al disposto dell'art. 2379 cod. civ. nella sua versione originaria le norme degli artt. 1421, 1422 e 1423 cod. civ. sulla nullità del contratto, con la conseguenza che la nullità poteva sempre essere rilevata d'ufficio dal giudice, l'azione per farla valere non era soggetta a prescrizione e la deliberazione nulla non poteva essere convalidata; essa, in altre parole, non era sanabile.

- I. di critica alla scelta del legislatore e quindi sul piano della valutazione della opportunità della riforma⁴⁷;
- II. di dubbio di tenuta costituzionale della stessa⁴⁸; e, infine,
- III. di ricerca di una interpretazione che negasse o riducesse la portata della riforma, quindi svolgendo un ragionamento sul piano della ricostruzione del diritto vigente⁴⁹.

I primi due ordini di considerazioni qui non interessano: non interessa una valutazione sulla opportunità e sulla coerenza della scelta del legislatore perché questo studio si muove esclusivamente sul piano del diritto positivo; e, tutto sommato, non interessano neanche i dubbi di legittimità costituzionale, posto che a oltre dieci anni dall'entrata in vigore della riforma, pur non essendo mancati casi in cui le norme sulle quali ragioniamo sarebbero state rilevanti ai fini della decisione, nessun giudice ha ritenuto tali questioni quantomeno non manifestamente infondate.

Interessa, viceversa, il terzo tipo di ragionamenti, quelli cioè relativi alla corretta interpretazione da dare alla previsione di un (meno breve) termine di decadenza per fare valere i vizi di cui agli artt. 2379, comma 1, primo periodo, e 2479-ter, comma 3, primo periodo, cod. civ.

Non si tratta, tuttavia, di sforzarsi a fornire più o meno ardite interpretazioni correttive del dettato di quelle disposizioni⁵⁰, ma di comprendere quale ne sia l'effettiva portata. Voglio dire che molta di quella ripugnanza manifestata dalle riferite reazioni della dottrina mi pare che nasca da una non corretta percezione della portata di quelle disposizioni e, in particolare, dalla indebita sovrapposizione tra oggetto della deliberazione e valore della regola (eventualmente) approvata con una deliberazione.

Come è stato giustamente rilevato, le deliberazioni possono essere destinate a disciplinare un fatto puntuale (e si è parlato al riguardo di decisioni-fatto) o «a porre nell'organizzazione societaria una regola destinata a trovare applicazione indefinitamente nel tempo e per una serie indeterminata di fattispecie (decisioni-regola)»⁵¹. Nel primo caso la deliberazione esaurisce la sua efficacia nella disciplina del singolo fatto e quindi, divenuta la stessa inoppugnabile, gli effetti giuridici prodottisi restano consolidati (anche se la stessa abbia avuto un oggetto illecito); nel secondo caso, invece, pur non essendo più possibile invalidare la delibera che ha introdotto la regola (in ipotesi illecita perché contrastante con

47. V., ad esempio, E. GLIOZZI, *Le condonabili deroghe a norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 16 ss.

48. Cfr. ancora E. GLIOZZI, *Le condonabili deroghe a norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, cit., p. 22 ss.

49. Si è parlato a questo proposito di interpretazioni correttive od ortopediche (così M. ROSSI, *L'invalidità delle decisioni*, cit., p. 1000) o, più generalmente, di «esercizi interpretativi» (R. SACCHI, *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, cit., p. 255).

50. Cfr. ad esempio V. SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Società*, 2003, p. 1181 ss.

51. M. ROSSI, *L'invalidità delle decisioni*, cit., p. 1021.

norme imperative), non si può dire che la regola così introdotta nell'ordinamento di quella specifica società sia senz'altro efficace e vincolante posto che ogni qual volta si tratterà di applicarla con un atto successivo si dovrebbe rilevare da parte degli stessi organi sociali (o comunque si potrebbe far accertare dal giudice, su ricorso di chi vi abbia interesse) la contrarietà di tale regola rispetto alla norma imperativa derogata, procedendo quindi alla sua disapplicazione (disapplicazione, ben si intenda, della regola e non della deliberazione) o meglio all'accertamento che nel coordinamento tra norme di legge e norme di statuto (o comunque "interne" alla società) queste ultime sono automaticamente sostituite dalle prime quando le prime siano imperative e le seconde vi contrastino⁵².

6. Inoppugnabilità e concorso di azioni demolitorie e risarcitorie.

L'ultimo aspetto che mi ero prefisso di trattare, per i suoi significativi addentellati con l'inoppugnabilità, riguarda la relazione tra azione di annullamento e azione di risarcimento. È una relazione quanto mai complessa e difficile da delineare, o almeno a me così appare.

Ma il punto da cui partire per fare chiarezza è, ancora una volta, che per ambedue le azioni – quella *demolitoria* e quella *risarcitoria*, quella reale e quella obbligatoria – vale lo stesso termine di decadenza, almeno quando si abbia a che fare con deliberazioni assembleari di società per azioni. Ed è opportuno muovere da qui non fosse altro perché si tratta di una delle non molte regole in argomento poste con assoluta chiarezza dal legislatore.

Ciò anzitutto indica che anche la seconda azione (quella risarcitoria) presuppone che il giudice accerti la ricorrenza del vizio della deliberazione che si assume come lesiva, anche se al solo fine della condanna al risarcimento dell'eventuale danno: c'è dunque un presupposto di pregiudizialità dell'accertamento del vizio⁵³; decorso (per tutti) il termine di decadenza la delibera diviene inoppugnabile e questo significa che essa non è più un fatto ingiusto che può fondare un diritto al risarcimento, quantomeno nei confronti della società⁵⁴.

52. Cfr., tra gli altri, G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1434 ss.; M. ROSSI, *L'invalidità delle decisioni*, cit., p. 1023 ss.; G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 57 ss.; F. GUERRERA, *Le modificazioni dell'atto costitutivo. Profili generali*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, vol. IV, Padova, 2009, p. 271 ss.; G. PALMIERI, *Le decisioni con oggetto impossibile o illecito e l'assenza assoluta di informazione*, in *S.r.l. Commentario dedicato a G.B. Portale*, Milano, 2011, p. 861; ID., *L'invalidità delle decisioni*, cit., p. 187; C. ANGELICI, *La società per azioni*, I. *Principi e problemi*, cit., nt. 101 a p. 64; e Trib. Verona, 14 settembre 2009, in *Società*, 2009, p. 1497 ss.

53. Cfr. anche A. SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, cit., p. 289, secondo cui «il legislatore, sia pure intervenendo sulle regole processuali, sembra avere sancito... una necessaria pregiudizialità (non già tra annullamento dell'atto e risarcimento del danno, quanto piuttosto) tra accertamento della illegittimità della delibera e diritto al risarcimento del danno»; nonché F. DI GIROLAMO, *Sub art. 2377*, cit., p. 1725 (per l'accertamento quanto meno *incidenter tantum* della invalidità).

54. È ben chiaro infatti che l'azione risarcitoria di cui all'art. 2377 cod. civ. si indirizza verso la società, che è, appunto, legittimata passiva; così, per tutti, F. D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Gjur. comm.*, 2007, I, p. 12; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., p. 192; A. SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, cit., nt. 3 a p. 258; F. DI GIROLAMO, *Sub art. 2377*, cit., p. 1721; Trib. Roma, 11 gennaio 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, p.

Da ciò si è esattamente dedotto che l'azione risarcitoria di cui all'art. 2377 cod. civ. è una *azione speciale*⁵⁵, ulteriore rispetto a quella generale da promuoversi, sempre che considerata ammissibile⁵⁶ e in presenza degli eventuali presupposti, nei confronti di coloro che hanno provocato il fatto lesivo rappresentato dalla deliberazione⁵⁷.

La previsione di un termine di decadenza per esperire l'azione di risarcimento è parsa a numerosi commentatori regola che rende difficile una effettiva tutela obbligatoria dal momento che il danno si potrebbe evidenziare solo successivamente al decorso del predetto, per di più assai breve, termine⁵⁸. Ma tale timore (mi) appare quantomeno sovradimensionato. Si deve infatti tenere presente che il danno di cui si può e deve tempestivamente chiedere il risarcimento è quello direttamente derivante dalla delibera (viziata); mentre i danni discendenti dagli atti che sono stati posti in ipotesi in essere in esecuzione della delibera (pure invalida) potranno fondare autonome azioni di risarcimento verso i relativi autori (tipicamente gli amministratori in base alle regole degli artt. 2392 ss. cod. civ.). Stante questa pacifica premessa⁵⁹ e stante il fatto che per loro stessa natura sono piuttosto rare le deliberazioni assembleari che non necessitano di una conseguente attività esecutiva⁶⁰, direi che la gran parte delle ipotesi nelle quali non si conosce tempestivamente la rilevanza delle conseguenze dannose della delibera sono per l'appunto rappresentate da fattispecie deliberative che devono essere tradotte in ulteriori atti esecutivi, mentre invece le tipiche deliberazioni causative di un danno diretto lo manifestano immediatamente: si pensi ai casi dell'aumento di capitale con illegittima esclusione del diritto di opzione o in danno della minoranza, della deliberazione concernente la mancata distribuzione di utili o della abusiva attribuzione di compensi agli amministratori⁶¹.

635 ss., con nota di E. LA MARCA, *Deliberazione assembleare non impugnata e risarcimento del danno alla partecipazione sociale*.

55. Così M. LIBERTINI – A. MIRONI – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 374 ss. In precedenza, v. M. LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., p. 11, che parla di azione eccezionale.

56. Alludo al tema della esperibilità dell'azione risarcitoria (al di fuori della ipotesi speciale di cui all'art. 2377 cod. civ.) per danni da responsabilità deliberativa dei soci; esperibilità, come è noto, tutt'altro che pacifica: cfr., anche per i riferimenti, D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 3**, Torino, 1993, p. 77 ss.

57. Cfr. A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., p. 893 ss. E sul tema v., in generale e per tutti, F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit.; nonché M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 665 ss. per un catalogo dei "rimedi alternativi".

58. Cfr., ad esempio, R. WEIGMANN, *Luci e ombre del nuovo diritto societario*, in *Società*, 2003, p. 276 ss., a p. 281; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., p. 190 ss.; A. PISANI-MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, cit., pp. 59 e 66; F. DI GIROLAMO, *Sub art. 2377*, cit., p. 1734 ss. (ove gli ulteriori riferimenti).

59. Cfr., ad esempio, M. LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., p. 10 ss., e F. CHIAPPETTA, *Sub art. 2377*, cit., p. 290.

60. In questo senso v. anche M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, spec. pp. 639 e 660.

61. Per una rassegna assai articolata v. M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare*

Deliberazioni che invece, all'atto pratico, si sono manifestate effettivamente assai problematiche ai fini del discorso che qui si viene conducendo sono quelle così dette *negative*⁶². Si tratta di casi nei quali soci di minoranza (o soci paritari) lamentano le conseguenze dannose di deliberazioni non assunte (o meglio di delibere assunte in senso negativo) a causa del voto contrario e asseritamente abusivo degli altri soci; in molti casi si tratta di ipotesi di (reiterata) mancata approvazione del bilancio di esercizio che integra una ipotesi di impossibilità di funzionamento dell'assemblea, la quale a sua volta impone agli amministratori di constatare l'intervenuta causa di scioglimento della società (dove una possibile serie di conseguenze patrimoniali dannose per i soci).

Di fronte a questi casi la giurisprudenza⁶³ ha, a mio avviso del tutto correttamente, affermato il principio per cui la domanda di risarcimento dei danni (dovuti al sopravvenuto

invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare, cit., p. 660 ss.

62. All'argomento è (prevalentemente) dedicata una recentissima monografia di C.E. PUPO, *Il voto negativo dell'assemblea della società per azioni. Profili ricostruttivi dell'abuso di maggioranza e di minoranza*, Milano, 2016, dove si trovano le indicazioni degli altri scritti dedicati al tema. Il lavoro riprende e amplia quanto sostenuto in C.E. PUPO, *L'impugnazione della delibera negativa*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 333 ss. Tali scritti muovono, tuttavia, da una serie presupposti difficilmente condivisibili. Ne segnalo due. Si considera la deliberazione "positiva" un negozio giuridico e la deliberazione "negativa" un atto non negoziale (in caso di delibera che approva si legge che «l'ufficio ha espresso una volontà negoziale; nell'altra ipotesi che l'ufficio ha manifestato una volontà non negoziale»); ora, a prescindere dal fatto che è quanto meno discutibile (e direi a questo punto anacronistico) il ricorso alla figura del negozio giuridico per qualificare il fenomeno deliberativo, quello che non è comunque logicamente ammissibile è pensare di dare ai due possibili esiti di una medesima votazione diverse qualificazioni in termini di natura giuridica delle conseguenti deliberazioni. Non è dato comprendere, infatti, come approvare o non approvare la proposta di deliberazione renda le rispettive "volontà" assembleari di natura diversa. In secondo luogo, l'A. presuppone l'esistenza di una idea di deliberazione "giusta" (così si esprime) a prescindere dal voto dei soci, in quanto asseritamente contraria ad una (sua) idea di interesse sociale, con tutta una serie di corollari su come ricondurre la volontà della società al "giusto" paradigma. Mentre a me pare che, al di là di cosa si voglia intendere per "interesse sociale", è certo che esso non possa essere rappresentato da una nozione monolitica e preconstituita che il ragionamento di Pupo presuppone e che esso rappresenta, per contro, in ogni realtà societaria un risultato, da definirsi in concreto ed *ex post*, di valutazioni e ponderazioni che emergono in chiave procedimentale nell'azione degli organi sociali. D'altra parte, e ancora più decisamente, se è vero, come a me pare, che la nozione di interesse sociale rappresenta una nozione normativa (e cioè riassuntiva di una disciplina ed essenzialmente di quella degli amministratori), allora è in ogni caso non corretto utilizzare tale nozione per stabilire quale sia la disciplina (e cfr. da ultimo C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, pp. 576 e 578, riprendendo riassuntivamente i risultati di molti altri suoi studi, che non cito per non appesantire ulteriormente questa nota e che, d'altronde, sono assai noti).

63. Cfr. Trib. Catania, 10 agosto 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, p. 17 ss., con nota di M. ROSSI, *Osservazioni in tema di deliberazioni negative e di abuso di diritto di voto*, nonché in *Corr. giur.*, 2008, p. 397 ss., con nota di M. CIAN, *Abus d'égalité, tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, e in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 196 ss., con nota di S. RUSSO, *Mancata approvazione del bilancio e abuso del diritto di voto nelle società "paritetiche"*; App. Catania, 21 luglio 2014, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 329 ss., con nota di M. CIAN, *La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare: ancora su decisione di rigetto, impugnazione, azione risarcitoria*; e, da ultimo, Trib. Napoli, 18 novembre 2015, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, p. 145 ss., con nota di S. MASTURZI, *Invalidità di delibere assembleari negative e tutela del socio*. In senso contrario, Trib. Roma, 11 gennaio 2013, cit., secondo la quale «nulla impedisce in una s.r.l. di esaminare il contenuto della deliberazione e di accertare, in via meramente incidentale, la validità o meno della deliberazione ai soli fini del giudizio risarcitorio, a prescindere dalla intervenuta decadenza dell'azione demolitoria».

scioglimento della società per impossibilità di funzionamento dell'assemblea) presuppone l'accertamento dell'invalidità della delibera negativa di approvazione del bilancio (che è stata, come si diceva, il sintomo della mancanza di funzionalità dell'assemblea) a ragione dell'illegittimità dei voti negativi espressi da uno o più soci abusando del loro potere di voto. Con la conseguenza che se la impugnazione della deliberazione o l'azione di risarcimento non viene proposta nel termine di decadenza previsto dall'art. 2377 cod. civ. resta preclusa ogni iniziativa diretta a conseguire il risarcimento dei danni da parte della società.

È questa la inevitabile conseguenza della inoppugnabilità della deliberazione (asseritamente invalida e dannosa) come è stato benissimo colto, parlando di sua «definitività», per esempio da ultimo dal Tribunale di Napoli, il quale ha infatti aggiunto che «il principio di non contraddizione che informa il nostro ordinamento postula, infatti, l'inconfigurabilità di fattispecie tra loro incompatibili quali, da un lato, la piena efficacia di deliberazioni sociali non più contestabili, espressione del principio di stabilità degli atti societari; e, dall'altro, l'accertamento dell'invalidità di voti singolarmente configuranti illeciti contrattuali, ove viziati».

Non si condividono pertanto le critiche mosse da alcuni commentatori⁶⁴, i quali tra l'altro trascurano di considerare: per un verso, che anche nella non troppo distante ipotesi del risarcimento da violazione di interesse legittimo⁶⁵ si è stabilito espressamente dal legislatore un termine di decadenza breve per proporre la domanda di risarcimento⁶⁶; e, per altro verso, che la proposizione tempestiva (e dunque nel termine di decadenza) della domanda di risarcimento può avvenire anche solo con riferimento all'*an*, rinviando la esatta quantificazione del danno ad un momento e anche eventualmente ad un giudizio successivi⁶⁷.

Ma il fatto che mi pare veramente decisivo per comprendere il senso della inoppugnabilità anche nella prospettiva dei rimedi risarcitori (e che non è adeguatamente tenuto presente dagli interpreti) è a mio avviso il seguente: proprio perché le società di capitali

64. V. M. CIAN, *La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare*, cit., p. 340 ss., spec. p. 346 ss.

65. E per la opportunità di tale parallelismo cfr. già F. D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, cit., p. 464, e ora M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 377.

66. Art. 30, comma 3, cod. proc. amm.: «La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice 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'esperienza degli strumenti di tutela previsti».

67. Cfr. anche A. SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, cit., p. 289, e, in giurisprudenza, Trib. Milano, 14 aprile 2016 (est. Vannicelli), in www.giurisprudenzadelleimprese.it, che considera ammissibile la richiesta del risarcimento con condanna generica.

sono anzitutto discipline dell'investimento⁶⁸, c'è un interesse della società, dei suoi soci e più in generale del mercato a definire entro termini certi (e contenuti) le possibili conseguenze delle deliberazioni degli organi anche per quanto attiene ai possibili pregiudizi per il patrimonio sociale (posto che, in questi casi, è la società con il suo patrimonio a dovere risarcire il danno); nel senso cioè, per limitarci all'esempio più evidente, che vi è l'esigenza per chi investe e disinveste nelle partecipazioni sociali di sapere se, decorso il termine di impugnazione, vi siano o meno possibili pretese risarcitorie connesse a quanto deliberato dagli organi sociali⁶⁹.

Riaffermata dunque la preclusione a far valere l'azione risarcitoria contro la società oltre il termine di cui all'art. 2377, comma 6, cod. civ., si deve piuttosto chiarire che, proprio quando si ha a che fare con delibere negative abusive, l'unica strada per fornire una tutela effettiva ai soci è quella rappresentata dal rimedio obbligatorio⁷⁰, sicché è opportuno ribadire come esso non spetti solamente ai soci che non sarebbero legittimati alla tutela reale (in quanto portatori di una partecipazione azionaria non sufficientemente significativa ai sensi dell'art. 2377, comma 3, cod. civ.). Legittimati alla azione speciale saranno tutti i soci che non hanno concorso alla approvazione della deliberazione (assenti, dissenzienti o astenuti); quindi, non solo i soci "minori", ma anche quelli che potrebbero in sostituzione o in aggiunta fare domanda di annullamento⁷¹.

68. Cfr. per tutti P. FERRO-LUZZA, *Riflessioni sulla riforma; I: la società per azioni come organizzazione del finanziamento d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 673 ss.

69. In questo senso, si è giustamente rilevato, in termini più generali, che soluzioni come quella adottata con l'art. 2377 cod. civ. (nella parte in cui discrimina tra soci ai fini del riconoscimento della legittimazione a promuovere l'azione di annullamento), «se pongono certamente al centro esigenze di certezza e stabilità, ciò fanno in una prospettiva che non tanto riguarda la tutela dell'affidamento dei terzi (per la quale, a ben guardare, già provvede il settimo comma della disposizione), bensì la certezza e stabilità dell'azione sociale oggettivamente considerata»: C. ANGELICI, *Sulla tutela delle minoranze azionarie*, cit., p. 573 (corsivo nell'originale).

70. Posto che non è possibile, in caso di azione di annullamento, che la sentenza oltre agli effetti demolitori possa giungere ad avere anche effetti costitutivi e che cioè possa spingersi a tenere luogo della deliberazione positiva abusivamente non approvata: cfr. chiaramente R. RORDORF, *Sub art. 2377*, cit., p. 862 ss.; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., p. 145 ss.; ID., *Note in tema di procedimento assembleare*, cit., p. 81 ss.

71. Così Trib. Catania, 10 agosto 2007, cit.; F. D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, cit., p. 11; ID., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, cit., p. 462; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., p. 115 ss.; ID., *La società per azioni, I. Principi e problemi*, cit., pp. 71 ss. (dove la ulteriore convincente ricostruzione sistematica in forza della quale l'azione veramente generale, aperta a tutti, è quella risarcitoria, posto che «l'azione di impugnativa deve necessariamente spiegarsi per l'esigenza di tutela di un interesse ulteriore rispetto a quello rilevante nel possesso di un'azione») e 336 ss.; G. MUSCOLO, *Sub art. 2377*, cit., p. 387 ss.; A. PISANI-MASSAMORMILE, *Invalità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, cit., p. 67; G. GUERRIERI, *Sub art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, vol. I, Padova, 2005, p. 538 ss. (il quale però poi, in *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 421, sembrerebbe esprimere opposto avviso: «l'art. 2377, quarto comma, configura un'azione di risarcimento danni da deliberazioni annullabili unicamente a favore dei soci privi dei quorum per l'impugnativa»); G. FERRI jr, *Situazioni giuridiche soggettive e disciplina societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 398; M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., p. 376 ss.; nonché, seppure in termini dubitativi, A. SCALA, *Profili processuali dei nuovi art.*

Ed è proprio rispetto a questi secondi che si pone il problema della c.d. pregiudiziale di annullamento; non però nel senso di stabilire che bisogna prima ottenere un annullamento (posto che le due azioni sono, come si è detto, indipendentemente previste e un accertamento della invalidità della delibera è comunque un presupposto logico necessario per provvedere in punto di risarcimento dell'eventuale conseguente danno), ma nel senso che non è risarcibile il danno che si sarebbe potuto evitare se si fosse (essendone legittimati) agito per ottenere una tutela reale o demolitoria (altresì chiedendo i provvedimenti cautelari del caso). In definitiva, anche al nostro danno (e alla nostra azione nei confronti della società) si applica il principio di cui all'art. 1227 cod. civ.⁷².

7. Alcune conclusioni.

È tempo di tentare di trarre le conclusioni.

“Annulabilità” e “nullità” – se così vogliamo continuare a chiamarle – delle deliberazioni degli organi sociali sono particolari ipotesi di efficacia, ancorché precaria⁷³, di quegli atti⁷⁴. Le deliberazioni (e le decisioni) inoppugnabili sono, invece, atti a tutti gli effetti definitivamente efficaci (ancorché in ipotesi viziati), dal momento che tali deliberazioni non abbisognano, per raggiungere un grado di stabilità ed efficacia definitivo sotto ogni

2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide, cit., p. 289 ss. Nello stesso senso si veda, da ultimo e con ampio sviluppo, la solida monografia dal titolo *Innovazione finanziaria ed esercizio del voto. Il fenomeno dell'empty voting nella prospettiva delle società quotate*, dattiloscritto del 12 dicembre 2016, p. 153 ss., che ho avuto la buona fortuna di dovere leggere come *referee* e di cui quindi non conosco l'autore. In senso contrario: A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., p. 893; F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., p. 232 ss.; P. TRIMARCHI, *Invalità delle deliberazioni dell'assemblea*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di M. Vietti, Milano, 2014, p. 56; V. PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. 1, Torino, 2014, p. 871 ss.; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., p. 180; F. DI GIROLAMO, *Sub art. 2377*, cit., p. 1725. Per altre questioni più particolari sempre relative alla legittimazione cfr. M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., p. 641 ss.

72. Così anche F. D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, cit., p. 11 ss.; ID., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, cit., p. 462.

73. Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., p. 337, per il quale a tutti i casi di invalidità delle deliberazioni consiliari e assembleari è comune una disciplina «secondo cui la deliberazione, pur invalida, è almeno dotata di un'efficacia precaria», e ID., *La riforma delle società di capitali*, cit., p. 116, per cui «anche con riferimento alla deliberazione nulla può... predicarsi una situazione di efficacia precaria ovvero, come sistematicamente pare preferibile, il valore di fatto rilevante, pur contestabile, nell'organizzazione sociale e nello svolgimento della sua attività», e nello stesso senso P. REVIGLIONE, *La sostituzione delle deliberazioni (e decisioni) invalide nelle società di capitali*, cit., p. 926 ss. Nel senso che anche le delibere così dette “nulle” siano efficaci fino a che non intervenga una sentenza che “determini” il vizio v. anche molto nettamente (e giustamente) R. LENER, *Sub art. 2377*, cit., p. 566, secondo il quale sarebbe impossibile considerare le delibere “nulle” prive di effetti *ab origine*: «la delibera viziata di nullità ex art. 2379 in realtà produce effetti giuridici. Affermare che queste deliberazioni possano dirsi inefficaci fino al compimento di tre anni, decorsi i quali il vizio non può più essere fatto valere, è invero assolutamente *inconciliabile* con il... principio di stabilità».

74. Cfr. soprattutto V. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, cit., p. 109 ss.

riguardo, di elementi ulteriori rispetto alla mancanza di impugnazione, nei termini da cui sono partito per svolgere queste considerazioni, da parte di tutti i possibili legittimati.

In cosa si sostanzia dunque la condizione di inoppugnabilità della deliberazione?

La inoppugnabilità della deliberazione non è una qualità dell'atto che rende la deliberazione valida (ammesso che fosse invalida), posto che l'inoppugnabilità è una condizione che ovviamente giunge a caratterizzare anche le deliberazioni valide (ancorché chiaramente esprima la massima rilevanza per quelle invalide)⁷⁵. Anzi, ad essere rigorosi, di una deliberazione inoppugnabile è impossibile predicare tanto la validità quanto la invalidità, quantomeno a livello di verità processuale⁷⁶; un giudizio in termini di validità o invalidità non può infatti che restare sul piano delle opinioni di chi lo esprime. Ed è per questa ragione che ritengo tecnicamente inappropriato considerare il decorso del termine una ipotesi di "sanatoria" della delibera invalida⁷⁷.

La inoppugnabilità, a ben vedere e più in generale, non è neanche una ulteriore qualità dell'atto *tout court*, posto che la deliberazione può essere inoppugnabile per alcuni, essendo per costoro decorso il termine di decadenza per l'impugnazione, e non per altri: si ricorderà che il termine non è necessariamente eguale per tutti i legittimati alla impugnazione e che, comunque, non decorre necessariamente dallo stesso momento⁷⁸.

La inoppugnabilità deve invece essere intesa come «inattaccabilità della disciplina introdotta da uno specifico atto»⁷⁹ (nel nostro caso la deliberazione) e, come tale, si sostanzia nel fatto di estinguere il diritto di chi è legittimato a ottenere i provvedimenti giurisdizionali, tanto reali quanto obbligatori, che presuppongono o si risolvono nell'accertamento della invalidità dell'atto⁸⁰. Ne risulta così comprovata, anche nel nostro settore, «la sua specifica natura dogmatica» quale è stata stabilita per gli atti amministrativi e che si risolve «in un fatto ad efficacia preclusiva, per un certo soggetto, della possibilità di contestare l'effetto, cui l'inoppugnabilità stessa inerisce, mediante impugnativa giurisdizionale dell'atto... che lo ha prodotto»⁸¹.

75. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 739.

76. E nello stesso senso mi pare di potere intendere lo spunto di P. SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, cit., p. 571 ss.

77. Nel senso invece che, decorso il termine di impugnazione, la deliberazione nulla «si sana acquisendo efficacia *ex tunc*» cfr., ad esempio, M. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, cit., p. 318, e ID., *L'"inesistenza" delle delibere assembleari di s.p.a.*, cit., p. 200 ss.

78. Cfr. ad esempio, con ampio discorso, V. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, cit., spec. p. 170 ss., che parla di termine «mobile».

79. P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, p. 178.

80. Sempre che non si voglia qualificare in termini di interesse legittimo la situazione giuridica del socio rispetto ad una deliberazione assembleare illegittima: come mi pare fare ancora da ultimo G. OPPER, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, cit., p. 290 ss. Sul tema v. diffusamente G. FERRI JR, *Situazioni giuridiche soggettive e disciplina societaria*, cit., spec. p. 396 ss., ID., *In tema di interesse legittimo e disciplina delle società di capitali*, in *Dir. e giur.*, 2001, p. 1 ss., anche per gli ulteriori riferimenti.

81. Così P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, cit., p. 200; e cfr. anche M.S. GIANNINI, *Diritto*

In termini ancora più generali, mi pare quindi che risulti confermato, anche dal nostro particolare angolo visuale, che:

I. nel diritto societario l'efficacia non è conseguenza della validità dell'atto;

II. validità ed efficacia sono attributi tra loro indipendenti⁸²;

III. la invalidità non è concetto eguale e contrario alla validità, ma è una fattispecie sostanzialmente differente che può produrre effetti in tutto o in parte diversi da quelli della fattispecie valida⁸³ e che, nel caso che ci occupa, produce effetti del tutto analoghi (salvo gli effetti di un provvedimento cautelare di sospensione) a quelli della fattispecie valida fintanto che la invalidità sia stata dichiarata e nei limiti temporali in cui lo possa;

IV. la regola tendenziale propria dei contratti (o forse più in generale dei negozi privati) per cui efficacia e validità ricorrono congiuntamente non è in alcun modo rintracciabile nella disciplina degli atti degli organi societari, i quali, dunque, anche sotto questo riguardo si differenziano profondamente dagli atti negoziali.

Così come mi pare che dal discorso sin qui svolto sia possibile, dal punto di vista metodologico, ricavare alcune indicazioni per lo studio della invalidità delle deliberazioni assembleari e consiliari.

In primo luogo che non è utile procedere sulla base di teorizzazioni generali comuni a tutto il diritto privato dei concetti e delle specie di invalidità.

In secondo luogo che il regime della invalidità delle deliberazioni assembleari e quello della invalidità delle delibere degli altri organi sociali (consigli di amministrazione, di sorveglianza, di gestione, comitati e collegi sindacali⁸⁴) si presentano, almeno dopo la riforma organica del diritto societario, sotto quasi ogni aspetto coincidenti (e quello della inoppugnabilità è, per l'appunto, uno di questi aspetti), onde la opportunità di operare di tali due regimi una ricostruzione più unitaria di quanto sin qui fatto⁸⁵.

amministrativo, cit., p. 738 ss.

82. In linea generale, oltre alla imprescindibile (e già citata) opera di Massimo Severo Giannini, si può vedere anche F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951 (III ed.), p. 321, seppure utilizzando il concetto di *pendenza* (nelle due forme della *costituibilità* e della *risolubilità*).

83. In questi esatti termini cfr. ancora M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 733, cui si deve anche l'idea che «la fattispecie invalida non è la fattispecie carente di validità» ossia che la invalidità non è «la negazione logica della validità».

84. Il regime della invalidità delle determinazioni del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e dei comitati esecutivi, di controllo e consultivi non è fatto oggetto di specifica disciplina da parte del legislatore e non può essere qui trattato compiutamente; anche se mi parrebbe logico pensare che, seppure con i dovuti distinguo e una serie di precisazioni preliminari (che, lo si ripete, non possono essere qui fatte), se e quando questi uffici collegiali deliberano in senso proprio, la disciplina delle patologie di tali atti (e cioè la loro mancanza di conformità alla legge o all'atto costitutivo-statuto) dovrebbe essere per analogia quella dettata dall'art. 2388 cod. civ.

85. La dottrina sembra essersi infatti prevalentemente concentrata in lavori condotti analiticamente sui singoli aspetti degli specifici regimi (spesso legati anche al genere letterario del "commentario"), come era peraltro naturale e come richiedevano le istanze pratiche nella prima fase successiva alla introduzione di molti dati normativi nuovi. Trovo invece uno spunto nel senso suggerito nel testo in V. PINTO, *Sub art. 2388*, cit.,

In terzo luogo che non solo è possibile ma è anche consigliabile tenere presenti i risultati cui si è pervenuti nello studio del diritto amministrativo; e questo perché le società condividono con le amministrazioni pubbliche una medesima esigenza di fondo: quella di dare alla propria azione certezza, stabilità ed efficienza⁸⁶. Di qui la scelta di intitolare

p. 94. La giurisprudenza, dal canto suo, ha invece tendenzialmente negato che esista omogeneità di esigenze (e quindi di disciplina) per il funzionamento dei diversi organi sociali di amministrazione e controllo. Ciò ha consentito, specialmente con riguardo al collegio sindacale, di giungere a paradossali soluzioni, come quella (avallata da Cass., 9 maggio 2008, n. 11554, est. Rordorf) secondo cui, «in mancanza di una specifica disciplina circa l'invalidità degli atti del collegio sindacale, appare arbitraria la pretesa di fare applicazione della cosiddetta prova di resistenza anche per le deliberazioni di tale organo», con la conseguenza che se si accerta *ex post* che in un collegio di tre o cinque componenti uno di essi mancava di un requisito (e sarebbe quindi dovuto decadere ed essere sostituito dal supplente, ma ciò non è avvenuto) l'intero collegio sindacale dovrebbe «considerarsi illegittimamente costituito... o addirittura giuridicamente inesistente... con conseguente illegittimità di tutti gli atti da esso compiuti» (anche se adottati con il voto favorevole degli altri componenti del collegio).

86. Per uno studio della disciplina del funzionamento dell'assemblea della società per azioni e, in particolare, del regime della invalidità delle sue deliberazioni condotto con speciale attenzione a soluzioni e strumenti propri del diritto amministrativo v. il recente e importante lavoro di M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., spec. pp. XLIV ss. e 341 ss., ma già M. LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., p. 3 ss.; e per lo studio del processo di impugnazione delle deliberazioni assembleari condotto alla luce degli apporti del diritto processuale amministrativo v. S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, cit., p. 113 ss. Naturalmente, per la constatazione che «il fenomeno deliberativo anzi che esclusivo od almeno tipico dell'ambito privatistico, è invece addirittura forse più frequente e rilevante in diritto pubblico, ed in particolare amministrativo», con i relativi corollari in termini di ricostruzione del fenomeno, v. già P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, 1976, p. 18 ss., (seppure senza adeguata valorizzazione dello strumentario e della concettualità della scienza del diritto amministrativo, secondo M. LIBERTINI, *Diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2016, p. 215 ss., a pp. 224 e 230, che ne propone una spiegazione in termini di implicazioni ideologiche). Lo scritto da ultimo citato di Mario Libertini è comunque da considerarsi integralmente quale più generale enunciazione della opportunità di utilizzare i risultati del diritto amministrativo come strumento di disciplina e controllo dei poteri funzionali nelle organizzazioni private (e *in primis*, direi quindi, nelle forme più sofisticate rappresentate dalle società di capitali), insieme ai seguenti altri lavori dello stesso M. LIBERTINI: *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., p. 669 ss., spec. a p. 671 ss., e *Poteri funzionali, interessi legittimi e diritto privato. Libertà d'impresa, poteri privati e controlli delle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Tutela dei diritti e sistema ordinamentale*, Napoli, 2012, p. 97 ss. Per una riflessione allo stesso tempo approfondita e stimolante sulla utilità, e sui relativi limiti, di fare ricorso alla figura dell'interesse legittimo per descrivere, prima, e disciplinare, poi, la posizione dei soci di società di capitali nei confronti dei poteri degli organi sociali rinvio alle pagine di G. FERRI jr, *Situazioni giuridiche soggettive e disciplina societaria*, cit., spec. p. 396 ss., ID., *In tema di interesse legittimo e disciplina delle società di capitali*, cit., p. 1 ss., e G. GUIZZI, *Gestione rappresentativa e attività d'impresa*, Padova, 1997, spec. p. 222 ss., dove sottolineatura delle diverse esigenze delle organizzazioni private e delle differenti caratteristiche dei poteri privati. Lo specifico tema della opportunità di una siffatta qualificazione (e cioè in termini di interesse legittimo) della posizione del socio, per quanto affascinante, esula ovviamente dallo scopo di questo scritto e mi esime dall'approfondirlo: quello che, però, mi pare comunque opportuno aggiungere è che l'indirizzo metodologico accennato nel testo (e quindi quello di non trascurare gli apporti della scienza del diritto amministrativo) non è necessariamente consequenziale – come è chiaro – ad una soluzione in termini positivi di questa specifica questione. Pur non qualificandosi come di interesse legittimo (qualsiasi cosa poi ciò voglia dire) la situazione del socio di fronte all'esercizio di un potere (*privato*: tanto quello degli amministratori

questo contributo alla *inoppugnabilità* delle deliberazioni, e non al diverso seppur collegato principio di stabilità o definitività o al valore della certezza che tale principio mira ad assicurare⁸⁷.

quanto quello della maggioranza dei soci; poteri ambedue, ma di natura mi pare profondamente diversa), altre “invarianti” e altri “strumenti” individuati e affinati studiando i pubblici poteri possono essere di ausilio nello studio del diritto societario.

87. Sempre valorizzato, almeno dopo la riforma organica. Cfr. per tutti: prima della stessa, F. D’ALESSANDRO, *Il diritto pretorio delle società a mezzo secolo dal codice civile*, in *Scritti di Floriano d’Alessandro*, tomo II, Milano, 1997, p. 713, e, dopo il 2003, ID., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, cit., p. 456 ss.; G. PIAZZA, *Il regime delle “invalidità” delle delibere assembleari*, cit., spec. p. 290; R. RORDORF, *Sub art. 2377*, cit., p. 838 ss.; A. PISANI-MASSAMORMILE, *Invalità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, cit., p. 57 ss.; M. ROSSI, *L’invalidità delle decisioni*, cit., spec. p. 1007 ss.; G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1387 ss.; P. MARCHETTI, *Sub art. 2379-ter*, cit., p. 322 ss.; G. NICCOLINI, *Le deliberazioni assembleari di s.p.a. non conformi a legge o a statuto tra tutela reale e tutela obbligatoria*, cit., p. 831; S. SANZO, *L’invalidità e l’impugnazione delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 185 ss.; G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, cit., p. 17 ss.; S.A. VILLATA, *Impugnazioni dei delibere assembleari e cosa giudicata*, cit., p. 96 ss.; P. TRIMARCHI, *Invalità delle deliberazioni dell’assemblea*, cit., spec. p. 49; R. SACCHI, *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, cit., spec. pp. 232 ss. e 244 ss.; F. DI GIROLAMO, *Sub art. 2377*, cit., spec. pp. 1688, 1734 e 1763 ss. (ove anche aspre critiche alle scelte del legislatore, che non mi sentirei di condividere); e, con particolare sviluppo, G. PALMIERI, *L’invalidità delle decisioni*, cit., spec. p. 161 ss.

LA GRANDE RIFORMA DEL CODICE CIVILE E L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEL CONTRATTO COL CONSUMATORE IN GIAPPONE

KEIKO TANIMOTO

Prof. Ritsumeikan University Kyoto

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il progetto di riforma del libro III “dei crediti” nel codice civile e il consumatore. – 2.1. All’inizio. – 2.2. Il motivo della riforma. – 2.3. Nel processo di esame. – 2.4. La situazione attuale. – 3. Delle discussioni sugli argomenti legati all’“appoggio” del consumatore. – 3.1. La definizione di consumatore nel Codice civile? – 3.1.1. La discussione. – 3.1.2. La conseguenza. – 3.2. L’obbligazione d’informare. – 3.2.1. La discussione. – 3.2.2. La legge sul contratto col consumatore. – 4. La disciplina delle condizioni generali di contratto. – 4.1. La dottrina. – 4.2. Il processo di riforma. – 4.3. La conseguenza. – 5. Dalle leggi speciali per i consumatori a “il codice del consumo”? – 5.1. La forma del diritto per i consumatori. L’esperienza di Germania e Italia. – 5.2. Il caso del Giappone.

1. Premessa.

Nel 2011 ho scritto un articolo, “Il diritto del contratto col consumatore in Giappone”, in italiano¹. Questo si basava sulla lezione che ho fatto nel 2008 presso l’Università di Firenze grazie all’invito del prof. Giovanni Furguele.

In questo articolo, ho presentato la situazione di quel tempo sul diritto del contratto col consumatore in Giappone. In Giappone esistono tante leggi speciali sui consumatori. Questa situazione si può confrontare con quella italiana presente alla emanazione del codice del consumo.

A sei anni di distanza dalla pubblicazione di questo articolo, le leggi sul contratto col consumatore sono state riformate. Ma fondamentalmente non è cambiata la loro situazione. Invece si deve osservare con attenzione la situazione del il codice civile (da ora in poi c.c.)² che è appena stato largamente riformato. Nel processo della riforma del codice civile, hanno discusso anche su argomenti profondamente legati al diritto per i consumatori. Se si vuole osservare il diritto del contratto col consumatore in Giappone, si dovrà osservare le discussioni sulla riforma del c.c. Quindi in questo articolo esporrò l’attuale situazione verso la riforma del c.c. e vorrei proporre alcuni punti di vista da cui si potrebbe ripensare la relazione tra il diritto del contratto col consumatore e il c.c. Ho il grande onore di dedicare questo articolo al prof. Giovanni Furguele.

1. L’ho pubblicato nel libro, “*Giappone: un diritto originale alla prova della globalizzazione*, Venezia, Cafoscarina, 2011”, curato da G.F. COLOMBO che è professore associato di diritto comparativo presso l’Università di Nagoya in Giappone.

2. In giapponese “Minpo”, 27 aprile 1896, n. 89.

2. Il progetto di riforma del libro 3° “dei crediti” nel codice civile e il consumatore.

2.1. All’inizio.

In Giappone dal novembre 2009 è cominciata la discussione per la riforma del libro 3° “dei crediti”³ nel c. c. all’interno della commissione istituita dal ministero della Giustizia⁴. Questa commissione aveva per scopo la consultazione da parte del ministro. Il ministro ha chiesto alla commissione di presentare il sommario sulla riforma del libro 3° “dei crediti” e delle disposizioni nel c.c. relative ai contratti perché pensava che per quanto riguarda le disposizioni sui crediti nel c.c., come codice fondamentale, fosse necessario riformare particolarmente le disposizioni sui contratti essenzialmente legati alle vita quotidiana degli individui per rispondere ai cambiamenti della società e della economia dopo della sua emanazione e renderle più facili da capire⁵. Prima della discussione nella commissione un gruppo di scienziati del diritto ha pubblicato un disegno della riforma nel 2009, prevedendo il processo ufficiale della riforma nel futuro⁶.

2.2. Il motivo della riforma.

Il codice civile giapponese è stato emanato nel 1896 affinché il Giappone fosse accettato come uno Stato moderno dagli Stati occidentali. Era ed è composto da 5 libri: il primo delle disposizioni generali, il secondo dei diritti sui beni, il terzo dei crediti, il quarto della famiglia, il quinto delle successioni.

Questi ultimi due libri sono stati completamente riformati nel 1947 dopo la seconda guerra mondiale. Dopo questa guerra la forma di governo del Giappone è stata cambiata da monarchia costituzionale a democrazia, il nome dello Stato è cambiato da Grande Impero giapponese a Giappone e la Costituzione è assolutamente cambiata. Nella passata Costituzione era soprattutto considerata la conservazione della famiglia sotto il patriarcato e si riteneva che le donne fossero inferiori agli uomini. Siccome dalla nuova Costituzione il patriarcato è stato assolutamente abrogato e sostituito dal rispetto di tutti gli individui e dalla uguaglianza tra i sessi, questi nuovi principi dovevano essere riflettuti anche nelle disposizioni del quarto e del quinto libro del c.c.

Invece molte disposizioni negli altri libri, soprattutto quelli sui contratti, non sono stati riformati da quando il c.c. è stato istituito.

Ma la circolazione attuale dei contratti, la società e la economia sono molto diverse da quelle di centoventi anni fa. Quindi anche le disposizioni sui contratti devono essere modernizzate per essere conformi alla società presente⁷.

3. Al contrario del c.c. nei paesi occidentali si usano le parole, “dei crediti” anziché “delle obbligazioni”.

4. V. <http://www.moj.go.jp/content/000108370.pdf>.

5. La consultazione n. 88 dal Ministero di Giustizia nel 20 ottobre 2009. V. <http://www.moj.go.jp/content/000009581.pdf>.

6. V. *Saikenhō-kaisei no kibon-hōshin*, 2009, in *NBL*, n. spec. 126, a cura di Minpō (Saikenho)-kaisei-kento-iinkai.

7. Si può immaginare che in Germania il libro 2 “Recht der schuldverhältnisse” è stato considerevolmente

Inoltre il codice civile giapponese è molto difficile da comprendere. Le persone comuni non possono usarlo, perché non ci sono scritti alcuni principi importanti e non possono conoscere i precedenti giurisprudenziali che funzionano come delle disposizioni. Per esempio, il contratto stipulato da una persona senza capacità è invalido. Questo principio non è scritto nel c.c., ma si fonda sui precedenti. Quando una proposta di un contraente e il consenso d'altra corrispondono, si conclude un contratto. Anche questo non è scritto perché si considerava come un assioma. Il problema è che solo gli specialisti del diritto possono conoscere dei principi non scritti nel codice. Quindi si pensa che scrivere quei principi e i precedenti nel c.c. sia necessario per renderlo un codice facile da comprendere per le persone comuni⁸.

2.3. Nel processo di esame.

In principio dal 24 novembre 2009, hanno cominciato a discutere per indagare gli argomenti da esaminare. Dopo le discussioni in 26 riunioni per circa 1 anno e 5 mesi, venivano presentati 63 argomenti da esaminare⁹. Questi argomenti erano esaminati nelle discussioni di 45 riunioni per circa 1 anno e 8 mesi ed il disegno intermedio della riforma su 46 argomenti era presentato il 26 febbraio 2013¹⁰. Si procedeva quindi alla raccolta dei commenti pubblici dal 1 aprile al 3 giugno, venivano presentati 194 commenti dalle associazioni e 469 commenti dalle persone singole. Dopo le discussioni di 18 riunioni per 1 anno e 8 mesi, il 10 febbraio 2015 la commissione ha approvato il disegno di sommario per la riforma del c.c. sui 41 argomenti¹¹ e ha presentato il sommario al ministro di Giustizia il 24 febbraio¹².

Tra numerosi argomenti per la riforma, si esaminavano argomenti legati al “sostegno” del consumatore¹³. Con attenzione era discusso 1) se delle disposizioni speciali soltanto applicate al contratto tra consumatore e imprenditore si dovessero stabilire nel c.c.

riformato dalla “Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I S.3138”.

8. Nella prima riunione della commissione questo motivo è stato confermato. V. il registro della prima riunione: <http://www.moj.go.jp/content/000046716.pdf>.

9. <http://www.moj.go.jp/content/000074989.pdf>.

10. <http://www.moj.go.jp/content/000110387.pdf>.

11. <http://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf>.

12. <http://www.moj.go.jp/content/001136889.pdf>.

13. Il termine giapponese è “shien” che appunto vuol dire sostenere. In Giappone la dottrina generalmente evita di usare le parole “la tutela del consumatore” e usa “appoggio del consumatore”. Anche tutte le leggi giapponesi sui consumatori non usano la parola “la tutela del consumatore”, ma usano la parola “la tutela dell'interesse del consumatore”. Soprattutto la legge fondamentale del consumatore detto “la Costituzione per il consumatore” dispone nell'art. 1, come il suo scopo sia “rispettare i diritti del consumatore” e “appoggiare l'indipendenza del consumatore”. Si dice che la parola “la tutela” significa che il governo tutela i consumatori deboli, ma i consumatori non sono deboli e hanno la capacità di rendersi indipendenti. Da questo punto di vista, il nome della legge fondamentale per la tutela del consumatore (L.30 maggio 1968, n. 78) è stato riformato dalla legge fondamentale del consumatore (L.2 giugno 2004, n.70).

o no¹⁴. Siccome queste disposizioni sono molto utili per i consumatori, anche il motivo della riforma suddetto per modernizzare il c.c. rinforzava i sostenitori della riforma. Inoltre, 2) hanno intensamente discusso sulla previsione di una disposizione sull'obbligo dell'imprenditore di informare il consumatore prima di stipulare un contratto. Poi 3) in merito a disposizioni sulle condizioni generali di contratto, che si chiamano in Germania "Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)", sui contratti per moduli e formulari vi è stata una discussione intesa.

2.4. La situazione attuale.

Sulla base del sommario della riforma suddetta, il progetto della grande riforma del c.c. è stato presentato nella 190^a seduta del Parlamento il 31 marzo 2015¹⁵.

Secondo questo progetto numerose disposizioni nei libri 1° e 3° del c.c. saranno riformate. Come motivo della riforma è indicato il seguente: "alla luce dei cambiamenti delle situazioni di società e dell'economia, c'è la necessità di riordinare le disposizioni sulla prescrizione, per esempio con la unificazione dei periodi di prescrizione estintiva etc., la previsione della disposizione per far cambiare il tasso d'interesse legale, il riordino delle disposizioni sulla obbligazione di garanzia per la tutela del garante (talvolta il garante non è consapevole del rischio assunto) la previsione della disposizione sulle condizioni generali determinanti etc. Questo è il motivo per presentare questo progetto"¹⁶.

Infatti, si disporrà che il credito si estingue quando il creditore non lo esercita per 5 anni dopo che ha saputo di poterlo esercitare o per 10 anni dopo che avrebbe potuto esercitarlo (art. 166, comma 1). Saranno abrogate le norme sulle prescrizioni estintive brevi disposte nel c.c. attuale. Sul tasso d'interesse legale che il c.c. attuale fissa al 5%. Secondo il progetto della riforma il tasso iniziale sarà abbassato al 3% e si adeguerà al tasso legale fluttuante in base al tasso medio del prestito bancario a breve scadenza (art.404).

Per quanto riguarda i risultati delle discussioni sui tre argomenti legati al contratto col consumatore suddetti, ne parlerò nei seguenti paragrafi.

Dopo che la deliberazione del progetto è stata accantonata per 1 anno e mezzo senza una riunione per la discussione, finalmente dal novembre 2016 nella 193^a riunione del Parlamento è stato rivisto il suo contenuto. Dopo delle discussioni nella commissione di giustizia presso la Camera dei Rappresentanti, il progetto medesimo è passato alla Camera il 14 aprile 2017¹⁷. Dopo alcune discussioni nella commissione di giustizia presso la

14. Il sopraddeito disegno della riforma elaborato dal gruppo degli scienziati aveva proposto di trasferire delle disposizioni nella legge del contratto col consumatore (L.12 maggio 2000, n.61 ultimamente riformata dalla L.3 giugno 2016, n.61) nel c.c. e insomma definire le nozioni di consumatore e imprenditore nel c.c.

15. V. <http://www.moj.go.jp/content/001142181.pdf>.

16. V. <http://www.moj.go.jp/content/001142183.pdf>. In Giappone generalmente il motivo della legislazione si scrive in una breve frase.

17. In Giappone il Parlamento è composto da due camere: camera dei consiglieri e camera dei rappre-

Camera dei Consiglieri questo progetto è finalmente stato approvato il 26 maggio 2017¹⁸. La legge per la riforma di una parte del c.c. è stata promulgata il 2 giugno 2017, come “la legge, 2 giugno 2017, n. 44”. Questa legge deve entrare in vigore il 2 giugno 2020.

3. Delle discussioni sugli argomenti legati all’“appoggio” del consumatore.

3.1. La definizione di consumatore nel Codice civile?

3.1.1 La discussione.

Mentre si discuteva se delle disposizioni per “appoggiare” i consumatori si dovessero stabilire nel c.c. o no, si sviluppava una discussione sul il carattere del c.c. Per quanto riguarda questo argomento, si discuteva da punti di vista vari e fondamentali. Soprattutto si discuteva se le nozioni di consumatore e imprenditore dovessero essere definite nel c.c. o no.

La dottrina a favore sosteneva i seguenti argomenti: 1) la nozione di persona che il c.c. prevede come contraente è astratta e non ha nessun carattere, ma un contraente in realtà è un uomo concreto che ha vari caratteri. Nel diritto fondamentale come il c.c. si devono disporre anche le nozioni di consumatore e imprenditore più concrete della nozione di persona. 2) Siccome ogni uomo può essere consumatore, un soggetto che il c.c. prevede può essere anche un consumatore. 3) La legge sul contratto col consumatore è più efficace per i cittadini del c.c. attuale. Senza introdurre le disposizioni efficaci nel c.c., diventerebbe inefficace. 4) Quando il c.c. era approvato nell’epoca di Meiji, la nozione legale di consumatore non era riconosciuta, ma ora è riconosciuta come una delle nozioni che concretizzano la nozione di persona. 5) Anche il c.c. attuale dispone la nozione che concretizza la persona, la nozione di essere umano che non ha la capacità di agire. Quindi, non è straordinario disporre la nozione concreta di consumatore nel c.c.

Invece i pareri sopraddetti erano contestati sia dalla dottrina sia dagli imprenditori: 1) siccome il c.c. è diritto fondamentale si deve fondare sulla nozione di persona in senso astratto. 2) Prevedere la nozione di persona astratta nel c.c. positivamente significa disporre la uguaglianza tra gli uomini. Quindi i soggetti nel c.c. devono essere persone astratte uguali tra loro. 3) Inserire la nozione di consumatore nel c.c. causerà una graduazione delle persone e porterà a dire che la capacità del consumatore è inferiore. 4) Il diritto del consumatore deve essere riformato velocemente per rispondere al problema

sentanti. La Camera dei Rappresentanti è superiore rispetto all’altra Camera dei Consiglieri in alcuni poteri. Il periodo di carica dei Rappresentanti è di 4 anni e quello dei Consiglieri è di 6 anni, l’eleggibilità di una camera si permette ai cittadini d’età superiore a 25 anni e quella dell’altra ai cittadini di età superiore a 30 anni. Il metodo di dell’elezione è quasi uguale e si pensa che trovare una funzione speciale per la Camera dei Consiglieri sia difficile. Quindi spesso si discute se la Camera dei Consiglieri sia necessario o no. Si può vedere la discussione trasmessa nella TV. Per quanto riguarda le discussione nella Camera dei Rappresentanti il governo prepara anche la versione in inglese. V. <http://www.shugiintv.go.jp/en/index.php>.

18. V. <http://www.webtv.sangin.go.jp/webtv/index.php>.

pratico. Però se le disposizioni della legge del contratto col consumatore sono introdotte nel c.c., la riforma veloce di queste sarà impossibile a causa della stabilità del c.c.¹⁹.

3.1.2 La conseguenza.

In conseguenza delle discussioni su questo argomento, sulla alternativa tra stabilire delle disposizioni speciali per il contratto tra consumatore e imprenditore o definire le nozioni di consumatore e imprenditore nel c.c., si è rinunciato all'idea di elaborare il disegno intermedio proposto il 26 febbraio 2013.

Nel disegno intermedio era conclusa soltanto la disposizione speciale sulla buona fede e sul divieto dell'abuso di diritto. Cioè si disponeva che “per quanto riguarda il contratto tra contraenti con asimmetrie nelle qualità e quantità delle informazioni e nel potere di negoziare nel contratto tra consumatore e imprenditore, nell'applicazione dell'art. 1, comma 2 e 3²⁰, si deve considerare questa asimmetria”²¹. Questa disposizione aveva lo scopo di estendere la considerazione della asimmetria anche a tutti i contratti oltre che a quelli tra consumatore e imprenditore nell'applicazione della clausola generale della buona fede o di altre clausole generali.

Ma anche questa disposizione è stata soppressa circa 11 mesi dopo la pubblicazione del disegno intermedio, perché la commissione era aspramente divisa tra un parere favorevole e un altro contrario e anche alcuni commenti pubblici sul disegno intermedio erano divisi. I sostenitori insistevano che considerare anche l'interesse della persona debole fosse conforme alla teoria fondamentale nel c.c. Invece, gli oppositori insistevano che portare nel c.c. la scelta politica di tutelare i soggetti deboli riformasse il carattere del c.c. come il diritto fondamentale.

Come risultato nessuna disposizione, che fa menzione del “consumatore”, si trova nel progetto della riforma del c.c.

3.2. L'obbligazione d'informare.

3.2.1. La discussione.

Le dottrine maggioritarie insistono che quando tra contraenti si trova l'asimmetria informativa, quello “più forte” è obbligato ad informare l'altro. Particolarmente per quanto riguarda i rapporti tra consumatore e imprenditore si trova l'asimmetria informativa tipica e strutturale. Anche delle sentenze precedenti riconoscono l'obbligo d'informare prima di stipulare un contratto derivante dalla buona fede (art. 1,

19. In Giappone il c.c. non si riforma facilmente, perché si pensa che sia importante mantenere la sua stabilità.

20. L'art. 1, comma 2 del c.c. dispone che si deve esercitare ogni diritto e adempire ad ogni obbligazione secondo la buona fede e l'art. 1, comma 3 proibisce l'abuso di diritto.

21. L'art. 1 della legge del contratto col consumatore dispone di doversi considerare la asimmetria tra consumatore e imprenditore nelle qualità e quantità informative e nel potere di negoziare.

comma 2) e la responsabilità di risarcire i danni nel caso d'inadempimento a questa obbligazione²².

Nel disegno intermedio del 26 febbraio 2013 abbozzato nella fase intermedia della discussione era proposta la responsabilità di un contraente di risarcire i danni dell'altro nel caso in cui non lo informi. Questa obbligazione è rivolta non solo all'imprenditore ma a tutte le persone e non è a vantaggio solo del consumatore ma per tutte le persone. L'obbligazione prevista dal disegno intermedio si può capire come una conferma delle sentenze precedenti suddette e una concretizzazione della buona fede.

Ma anche questa disposizione è stata soppressa in conseguenza del riesame dopo la pubblicazione del disegno intermedio, perché la commissione era divisa in un parere favorevole e un altro contrario e anche i commenti pubblici sul disegno intermedio erano divisi.

3.2.2. La legge sul contratto col consumatore.

Risalendo al momento in cui stava per essere emanata la legge sul contratto col consumatore, era discusso se si potesse disporre l'obbligo per l'imprenditore di informare il consumatore prima di stipulare un contratto. Altre leggi sul contratto col consumatore²³ ordinano all'imprenditore di informarlo e nel caso di violazione a detto obbligo prevedono la sanzione amministrativa e penale.

In conseguenza una simile regola non era disposta a causa dell'opposizione delle associazioni degli imprenditori che si preoccupavano che fosse impossibile determinare l'oggetto d'informare e che l'obbligazione d'informare ostacolasse la stabilità della legge, perché questa legge disciplina tutti i tipi di contratto. Solo l'obbligazione di "sforzarsi"²⁴ di informare è disposta (art. 3). Generalmente si pensa che nel caso d'inadempimento nessun effetto legale si produca.

Ma la dottrina maggioritaria continua ad insistere che l'obbligazione d'informare si debba disporre in questa legge per tutti i contratti tra consumatore e imprenditore. In ogni occasione della discussione sulla riforma di questa legge, la necessità di disporre l'obbligo d'informare si riconosceva, ma non è ancora disposta, nonostante siano passati 15 anni dopo la emanazione di questa legge.

22. Corte Suprema del Giappone, sentenza 22 aprile 2011, in *Saikōsai minji saibanreishū*, n. 3 del 65 vol., p. 1405. Questa sentenza pensa che l'obbligazione di informare non si sia basata sul contratto.

23. La legge su determinati affari commerciali, 4 giugno 1976, n.57, ultimamente riformata dalla L. 2016, La legge sulla vendita rateale, 1 luglio 1961, n. 159, ultimamente riformata dalla L. 21 giugno 2009, n. 49 etc. Sul dettaglio di questi leggi, V.K. TANIMOTO, *Il diritto del contratto col consumatore in Giappone: un diritto originale alla prova della globalizzazione*, a cura di G.F. COLOMBO, Venezia, Cafoscarina, 2011, p. 53.

24. Si può discutere che in Giappone l'informativa costituisca un obbligo legale in quanto non si parla di "obbligo di informare" ma di *jouhou- teikyō-doryoku-gimu* letteralmente "obbligazione di sforzarsi di informare".

4. La disciplina dei condizioni generali di contratto.

4.1. La dottrina.

In Giappone il contratto stipulato tramite condizioni generali di contratto, moduli o formulari, che si chiamano generalmente “Yakkan”, non è stato disciplinato da alcuna legge. Ma questi provocano dei problemi come nei paesi europei.

Per esempio dei contraenti non notano una condizione generale (Yakkan) scritta in caratteri piccoli e si accorgono di essere vincolati a condizioni sfavorevoli solo dopo la conclusione del contratto. Inoltre, quando tra contraenti c'è l'asimmetria nel potere economico, il contraente più debole può essere costretto ad accettare condizioni inique. Per adottare le misure contro questi problemi, in Germania era stato emanato l'AGB-Gesetz nel 1976²⁵ che è stato inserito nel BGB in occasione della grande riforma del diritto delle obbligazioni nel 2001²⁶. Tanti studiosi giapponesi hanno studiato AGBG e da circa 40 anni insistono sul bisogno di emanare una legge che disciplina i Yakkan seguendo il diritto tedesco. Anche io condivido questa opinione.

Primo si deve definire la nozione di Yakkan che la legge disciplinerà. Il diritto tedesco definisce la nozione di AGB cui la disciplina si applica (Art. 305 comma1 del BGB). Secondo si deve disporre i requisiti con cui Yakkan può diventare parte del contenuto del contratto. Occorre presentare Yakkan, occorre che vi sia la possibilità di conoscerle condizioni generali per l'aderente e occorre che si formi il consenso sugli Yakkan affinché l'aderente possa essere vincolato all'obbligazione soltanto dalla sua volontà o almeno dalla possibilità di manifestare la propria volontà. Terzo si deve disporre che una condizione in Yakkan possa essere inefficace se è iniqua e quale condizione può essere iniqua.

4.2. Il processo di riforma.

Nel processo della riforma è stato discusso se le disposizioni sugli Yakkan dovessero essere contenute nel c.c. o no. Nel disegno suddetto elaborato dal gruppo di studiosi si prevedono disposizioni previste dal diritto tedesco. Nella commissione si è discusso anche se si debba disciplinare gli Yakkan o no. Questo era l'argomento più importante. Nel disegno intermedio sulla riforma presentato al 26 febbraio 2013 erano previste delle disposizioni sugli Yakkan. Primo era disposta la definizione della nozione di Yakkan a cui le disposizioni seguenti si applicano. Secondo erano disposti i due requisiti con cui gli Yakkan possono entrare nel contenuto del contratto; l'accordo tra contraenti sull'uso di moduli e l'esistenza della condizione che consentiva la conoscibilità del contenuto degli Yakkan da parte dell'aderente. Terzo era disposto che una clausola in Yakkan sarà inefficace se limiterà il diritto dell'aderente o aggraverà l'obbligo in suo confronto rispetto al

25. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976, BGBl. I S.3317.

26. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26 November 2001, BGBl. I S.3138.

caso in cui non ci sia questa clausola, e inoltre procurerà un grande svantaggio all'altra parte in considerazione delle varie circostanze. Queste disposizioni erano fondamentalmente ispirate dalla disciplina tedesca.

Le associazioni d'imprenditori hanno fatto obiezione, perché si preoccupavano che la disciplina degli Yakkan ostacolasse le attività commerciali.

3.3. La conseguenza.

Dopo la pubblicazione del disegno suddetto e in seguito alla considerazione dell'opinione contraria, il segretario della commissione ha presentato il nuovo disegno il 26 febbraio 2014. Sulla base di questo disegno, delle disposizioni sugli Yakkan sono contenute nel disegno del sommario sulla riforma deciso il 10 febbraio 2015 e anche nel progetto della grande riforma presentato nella 190a seduta del Parlamento. Per la prima volta in Giappone si sta disciplinando gli Yakkan nel c.c.

Nella riunione della commissione molti commissari che fanno i professori criticavano queste disposizioni da vari punti di vista, soprattutto in confronto al disegno intermedio ispirato al AGB-Gesetz²⁷. Anche fuori della riunione queste disposizioni sono state criticate.

Primo come oggetto della disciplina si prevede "Teikeiyakkan (Yakkan determinato)" che sono delle clausole predisposte da uno dei contraenti nel "Teikeikeiyaku (contratto con la forma determinata)" (art. 548 bis comma1). La nozione, "Teikeikeiyaku" era definita nel c.c. Si definisce un contratto il cui contenuto è uniforme e questa uniformità è ragionevole (giustificata dalla natura e dagli usi). Ma non si può capire perché la ragionevolezza dell'uniformità sia necessaria per applicare la disciplina²⁸. Secondo se ci sarà "l'accordo" di far entrare Teikeiyakkan nel contenuto del contratto o se il predisponente di Teikeiyakkan in anticipo "indicherà" all'altra parte che intende far entrare il contenuto predisposto nel contenuto del contratto, si considererà che ci sia l'accordo tra contraenti sulle clausole individuali (art. 548 comma 1 n. 1 e 2). Ma non si può capire perché soltanto con «l'indicazione» di Teikeiyakkan da parte del predisponente si considera che ci sia l'accordo sulle clausole individuali²⁹. Terzo si dispone che se una clausola in Teikeiyakkan limiterà il diritto dall'altra parte o aggraverà il suo obbligo e limitando unilateralmente l'attuazione dei suoi interessi contro la buona fede in considerazione delle varie circostanze, si considererà che non vi è accordo su questa (art. 548 bis comma 2). Penso però che si debba disporre che una clausola iniqua sia inefficace, perché l'iniquità del contenuto del contratto solitamente provoca la sua inefficienza e si deve armonizzare con la dispo-

27. V. il registro della 93° unione: <http://www.moj.go.jp/content/001129108.pdf>.

28. S. KAWAKAMI, Minpō-kaisei-yōko; Tokuni "Teikeiyakkan" ni tsuite, in *Jurist*, 2015, n. 1480, p. 82.

29. M. OKINO, Yakkan no saiyō-yōken ni tsuite; "Teikeiyakkan" ni kansuru kiritsu no kentō, in *Nibon-minpōgaku no aratana jidai*, a cura di S. Kō ed altri, 2015, p. 525 ss.

sizione nella legge sul contratto col consumatore. Secondo questa disposizione (alt. 10), una clausola simile a quella suddetta sarà inefficace.

5. Dalle leggi speciali per i consumatori a “il codice del consumo”?

5.1. La forma del diritto per i consumatori. L’esperienza di Germania e Italia.

In relazione all’argomento sull’introduzione delle disposizioni della legge del contratto col consumatore, nel c.c. è stato dibattuto anche un altro tema quello sulla forma del diritto per i consumatori.

In Giappone oggi il diritto per i consumatori attuale significa il complesso delle numerose leggi individuali che dispongono vari effetti .

In Germania prima della riforma del c.c. nel 2001 la situazione del diritto per i consumatori era simile. Per attuare le numerose direttive di EC/EU per la tutela di consumatore erano state approvate tante leggi speciali. Ma il sistema del diritto per i consumatori tedeschi è cambiato in occasione della grande riforma suddetta del diritto delle obbligazioni del c.c. nel 2001. Cioè le disposizioni nelle leggi speciali con effetti civili contrattuali emanate per attuare le direttive di comunitarie per la tutela dei consumatori sono state inserite nel c.c. e queste leggi sono state abrogate. Invece le leggi speciali che prevedono le sanzioni amministrative o penali (per l’indicazione dei prezzi etc.³⁰ e le leggi speciali applicate a tutti, non solo al consumatore (la legge sulla responsabilità dei prodotti difettosi etc.³¹ sono state lasciate fuori dal c.c.

In Italia, come sapete bene, era stato adottato un altro sistema, “il codice del consumo”, ma prima della sua promulgazione la situazione del diritto per i consumatori era simile a quella giapponese. Per attuare le numerose direttive comunitarie per la tutela di consumatore erano state approvate tante leggi speciali, ma per attuare le direttive 93/13/CEE e 99/44/CE alcune disposizioni nuove erano state inserite nel c.c. Le numerose disposizioni nel c.c. e nelle leggi speciali emanate per attuare le direttive per la tutela dei consumatori sono state inserite nel codice del consumo e le disposizioni nel c.c. e le leggi speciali sono state abrogate. Siccome le leggi abrogate disponevano effetti civili e amministrativi, le norme del codice del consumo dispongono gli stessi effetti. Invece le disposizioni della legge per attuare delle direttive sul credito al consumo sono lasciate fuori del codice del consumo.

5.2. Il caso del Giappone.

In considerazione delle legislazioni d’altri paesi, si possono pensare tre alternative. La prima è quella di mantenere la situazione attuale. La seconda è quella di spostare le

30. Preisangabenverordnung vom 18. Oktober 2002, BGBl. I S.4197; Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz - GPSG) vom 6. Januar 2004 , BGBl.I S.219.

31. Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz - ProdHaftG) vom 15. Dezember 1989, BGBl.I S.2198; Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht (Fernunterrichtsschutzgesetz - Fern-USG) vom 4. Dezember 2000, BGBl. I S.1670.

disposizioni contenute nelle leggi speciali che prevedono effetti civili nel c.c. come in Germania. La terza è quella di riorganizzare le leggi speciali all'interno del codice del consumo come in Italia.

Come sopramenzionato, per quanto riguarda la sistemazione delle disposizioni per i consumatori nel c.c. si trova un'opposizione forte. Anche nell'occasione della riforma del c.c. è emerso che gli imprenditori esprimono una forte avversione per la suddetta sistemazione. A causa di questo rigetto non è stata realizzata nessuna disposizione per il consumatore. Inoltre se si addotta la seconda alternativa sul modello tedesco, le disposizioni con effetti amministrativi e penali rimarrebbero nelle leggi speciali perché in Giappone ora non si può trovare nessuna legge che dispone solo gli effetti civili.

Se si addotta la terza alternativa come in Italia, si dovrebbe decidere quali leggi siano adatte ad entrare nel codice del consumo e quale metodo usare per riorganizzarle. In Italia, le disposizioni erano riorganizzate "secondo una sequenza logica e temporale lineare, che ordina la disciplina intorno al procedimento economico e giuridico compiuto, nella sua interezza, dall'atto di consumo"³². Penso che il metodo adottato in Italia sia ottimo.

Inoltre si deve pensare come si demarca il campo di applicazione personale. Se si raccolgono tutte le disposizioni nelle leggi, ogni campo di applicazione personale potrebbe essere diverso perché le leggi hanno campi diversi.

Si può immaginare che prenda vigore un'opinione che, movendo dalla necessaria accessibilità (ovvero comprensibilità anche per il cittadino medio) del codice, insiste per unificare le nozioni di consumatore e imprenditore come contraenti a cui le disposizioni saranno applicate. Mi preoccupo, però, che per il motivo di unificarle si finisca per restringere il campo più largo conformandolo a quello più stretto.

Per esempio in Giappone le due leggi più importanti per la tutela dei consumatori hanno diversi campi. La legge sul contratto col consumatore adotta una definizione di consumatore stretta che esclude la persona giuridica (art. 2, primo comma). Invece la legge su determinati affari commerciali non prevede niente sull'identità della controparte dell'imprenditore. Prevede soltanto l'esclusione dall'applicazione delle disposizioni ogni volta in cui l'altra parte abbia concluso il contratto per o come affare commerciale (art. 26 etc.), quindi non esclude tutte le persone giuridiche dall'applicazione. Se si riorganizzano queste due leggi nel codice del consumo e si unificano questi due tipi di campo d'applicazione personale, il campo previsto dall'ultima legge si può far stringere conformandolo a quello previsto dalla prima legge³³.

32. Ministero delle Attività Produttive, *Relazione illustrativa*, p. 5 ss.

33. Anche il codice del consumo italiano ha subito il cambiamento del campo o della nozione del contraente, quando è stato fondato. Ogni legge abrogata aveva il modo di disporre il suo campo d'applicazione. Alcune usavano la parola "consumatore" ma non lo definivano e altre non la usavano. Ma ora per tutti settori del codice del consumo si definiscono i tipi di nozione di consumatore a cui le disposizioni applicano nell'art. 3, comma 1, lettera a), l'art. 5, comma 1 e l'art. 19, comma 1.

Penso di dover anteporre la giustizia alla accessibilità nella legislazione, quindi in ogni settore si deve mantenere il campo di applicazione originario finché è giusto. Occorre accettare che ogni settore abbia il suo campo d'applicazione personale.

Inoltre se si raccolgono tutte le disposizioni nelle leggi e si riorganizza un codice del consumo, l'accessibilità del diritto del contratto col consumatore potrebbe migliorare? Siccome stabilire dei criteri per decidere quali leggi siano adatte ad entrare nel codice del consumo sarà difficile in Giappone, riorganizzare le leggi per realizzare tale accessibilità sarà difficile.

ATTIVITÀ CONTRATTUALE E INTERESSI DEL TERZO: BREVI RIFLESSIONI SULL'ATTUALE VALENZA DEL PRINCIPIO DI RELATIVITÀ DEGLI EFFETTI DEL CONTRATTO

GIULIA TESI

Dottore di ricerca Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Il principio di relatività degli effetti del contratto. – 2. Tentativi di superamento della relatività contrattuale. – 3. Contratto con effetti protettivi e contratto in danno del terzo: analisi di due figure in contrasto con la relatività contrattuale. – 4. Conclusioni.

1. Il principio di relatività degli effetti del contratto.

Un autorevole autore sostiene che la posizione del terzo ha rappresentato, nel recente passato, e rappresenta attualmente uno dei nodi centrali del diritto dei contratti.¹

Partendo dal suddetto presupposto, l'obiettivo sarà di riflettere sull'effettiva portata e sulla valenza odierna del principio di relatività degli effetti contrattuali che, com'è noto, è sancito dall'articolo 1372 del codice civile. In ragione di ciò, saranno analizzate due figure – quella del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi e quella del contratto a danno di terzi – che, pur non essendo esplicitamente previste nell'ambito del nostro ordinamento – si pongono, come vedremo, in contrasto con il dogma della relatività degli effetti del contratto. In altre parole, si tenterà di comprendere in che relazione, le suddette figure, si pongono con la relatività degli effetti contrattuali.

Fatta questa breve premessa, soffermiamoci, innanzitutto, sull'analisi del principio di relatività degli effetti contrattuali che rappresenta un nodo centrale della teoria dei contratti, ossia la questione della delimitazione dell'ambito dell'autonomia privata e contrattuale.² A tal proposito, il dato da cui partire è rappresentato dalla norma dell'articolo 1372 c.c. il quale, al primo comma, stabilisce che il contratto ha “*forza di legge fra le parti*” e, al secondo comma, aggiunge: “*Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*”.

La norma, quindi, stabilisce, innanzitutto, che l'atto negoziale, per sua struttura, produce effetti esclusivamente nei confronti delle parti nel senso che le vicende del contratto

1. Si veda a tal proposito C. M. BIANCA, *Diritto civile*, Parte III, *Il Contratto*, Milano, 2000.

2. In tal senso, M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, IV Congresso Internazionale ARISTEC, Roma 13-16 settembre 1999, a cura di L. Vacca, Torino, 2000, p. 150. Secondo l'impostazione tradizionale, il principio della relatività degli effetti contrattuali rappresenta la proiezione del principio dell'accordo di cui all'articolo 1321 c.c., il quale, a sua volta, è indissolubilmente legato al principio dell'autonomia privata. Così: V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Torino, 2000, p. 529 ss.

riguardano esclusivamente coloro che l'hanno posto in essere, non potendo il medesimo svolgere, nei confronti dei terzi – cioè di coloro che non hanno preso parte alla stipulazione dell'accordo – né effetti pregiudizievole né effetti vantaggiosi. La formulazione dell'articolo in commento rileva la fondamentale estraneità del terzo rispetto al contratto che è *res inter alios* così che, soltanto in via eccezionale e “*nei casi previsti dalla legge*”, esso può esplicare effetti nei confronti del terzo medesimo.

Tale presa di posizione dell'ordinamento mira, nella sostanza, a evitare che il terzo possa subire conseguenze negative dal contratto; come contrappeso a ciò ne discende che il terzo, in quanto tale, non può fondare neppure pretese, a proprio favore, sul contratto stesso. Questa rigorosa impostazione si spiega col fatto che il terzo non può, per sua natura, essere assimilato alla parte che è l'unica che, essendo interessata al contratto, gode degli effetti favorevoli e subisce gli effetti svantaggiosi dell'accordo che ha contribuito a stipulare.³

Pertanto, soffermandosi esclusivamente sul dato formale e letterale dell'articolo in commento, alla luce del principio di relatività rigorosamente espresso dal medesimo articolo, si esclude che il contratto, al di là dei casi espressamente previsti dalla legge, possa produrre effetti, sia positivi sia negativi, nei confronti di quei soggetti che, come terzi, risultano estranei all'accordo intercorso fra le parti contrattuali.

Tuttavia, osservando la realtà e indagando sulla sostanza dei rapporti contrattuali risulta che, nonostante il rigorismo formalistico del principio di relatività, il contratto, inteso come rapporto giuridico che non opera di per sé in un contesto chiuso, ma nell'ambito, vasto e complesso, dell'intero sistema, può produrre effetti nei confronti dei terzi, anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge.

Occorre brevemente soffermarsi sulle origini storico-comparatistiche del principio in commento perché per comprenderne l'effettiva portata è necessario partire dal presupposto che esso trae origine da una serie di principi (e convinzioni) tali, per cui, l'idea della possibilità per il contratto di produrre effetti nei confronti dei terzi è il risultato di un lungo cammino che ha radici storiche risalenti nel tempo. In altre parole, l'attuale valenza del principio in commento è il frutto di un lungo percorso che «trasforma una cittadella, arroccata sul colmo di una montagna, in una sorta di giungla estesa di fattispecie e di questioni, che quella cittadella non solo hanno assediato e conquistato, ma ormai completamente travolto senza peraltro cancellarla del tutto»⁴.

Il principio di relatività degli effetti contrattuali trova il suo punto di partenza storico nel brocardo romanistico “*alteri stipulari meno potest*” (D. 45, 1, 38, 17). Nel diritto romano

3. Si veda, in questo senso, F. MESSINEO, *Contratto. Voci estratte dall'enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, p. 241 ss.

4. Cfr. G. ALPA, A. FUSARO, *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, in *Problemi di diritto comparato* collana diretta da G. ALPA, M. LUPOI, U. MORELLO, Milano, 2000, p. 6, nel quale si aggiunge che la cittadella di cui si parla è rappresentata, negli ordinamenti di *civil law*, dalle “*regole del Code Napoléon*” ed, negli ordinamenti di *common law*, dal “*principio / dogma di privity of contract*”.

tradizionale la relatività degli effetti contrattuali era strettamente legata sia alla natura rigorosamente personale del vincolo obbligatorio, sia al rigido formalismo impiegato per la costruzione del medesimo vincolo obbligatorio.

Nella sostanza, la regola suddetta derivava dal fatto che, lo scambio delle parole di rito nell'ambito della *stipulatio* faceva sì che quest'ultima potesse avere effetto soltanto nei confronti di coloro che quelle parole avevano pronunciato⁵.

La prima elaborazione del principio di relatività del contratto nell'epoca moderna è da attribuire a Jean Domat il quale fonda il divieto per il contratto di produrre effetti nei confronti dei terzi sulla libertà individuale.

Oltre a Domat, si era occupato della materia, seppur in maniera più sbrigativa, Robert Joseph Pothier⁶. L'Autore, nel suo *Traité des obligations*, dedica un ampio paragrafo, nell'ambito della trattazione dell'oggetto del contratto, alla stipulazione e alla promessa per sé, includendovi tutte le ipotesi di contratti conclusi da un soggetto per conto di un altro sia in nome proprio, sia in nome altrui (contratti dei curatori e dei tutori; degli amministratori; contratti conclusi dal socio per la società; contratti conclusi dal marito in comunione di beni con la moglie). Alla questione relativa agli effetti che il contratto produce nei confronti dei terzi è dedicato il paragrafo successivo nel quale l'Autore, con modi alquanto sbrigativi, liquida la questione della ragione del divieto di produzione, da parte del contratto, di effetti nei confronti dei terzi facendo riferimento al consenso⁷.

Con modalità più articolate e meno sbrigative, Domat, come anticipato, rinviene la *ratio* del principio di relatività contrattuale nella libertà contrattuale, per cui, solo il consenso può consentire che dalla volontà del soggetto possano scaturire effetti nella sfera giuridica altrui⁸.

Nella sostanza, in modi diversi, gli autori sopra citati riprendono le fonti romane tradizionale e le riducono, per così dire “*alla ragione*”⁹ dell'universo giusnaturalista. Alla fine

5. Si veda a tal proposito, R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, Wetton e Johannesburg, 1990, p. 34 ss.; G. ALPA, A. FUSARO, *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., p. 90 ss. Per una trattazione più completa si rinvia a C.A. CANNATA, *Profili romanistici, in Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 35 ss., nel quale vengono esaminate, con chiarezza ed efficacia, anche alcune ipotesi in cui i giuristi romani hanno riconosciuto che la conclusione di un contratto fra due soggetti potesse, in qualche modo, produrre effetti nella sfera giuridica di un terzo.

6. Si veda, a tal proposito, R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, nuova ed., I, Parigi 1768, p. 70.

7. Cfr. R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., p. 75, nel quale l'Autore sostiene che «il terzo non può essere vincolato da una volontà che non ha concorso a formare».

8. Cfr. J. DOMAT, *Loix civiles*, III ed., Parigi 1796. Nell'opera citata, l'Autore apre il discorso in ordine agli effetti dei contratti nei confronti dei terzi con la seguente affermazione: “*Comme les conventions se forment par le consentement, personne ne peut en faire pour un autre, s'il n'a pouvoir de lui; et on peut encore moins faire préjudice par des conventions à des tiers personne*”. Per comprendere meglio il pensiero del giurista francese si può citare la traduzione dell'opera curata a Napoli nella quale la frase, sopra citata, viene così riportata: «Siccome le convenzioni ricevono la loro forza dal consenso, niuno può farle per altri, quando non ne abbia la facoltà. E molto meno si può con una convenzione pregiudicare ad un terzo».

9. Cfr. G. ALPA, A. FUSARO, *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit. p. 2.

del Settecento, infatti, la dottrina tradizionale era convinta che le fonti romane tradizionali, sulla base del presupposto secondo cui il contratto poteva produrre effetti solamente nei confronti delle parti contraenti, o vietassero qualunque stipulazione a favore di terzi, oppure fossero indifferenti ad eventuali effetti nocivi del contratto nei confronti dei terzi.

Nel corso dell'Ottocento, con l'avvento dell'era delle codificazioni, i legislatori europei fanno propria l'elaborazione giusnaturalistica della dottrina ed elaborano un principio generale che, in maniera in parte diversa, si rinviene in tutti gli ordinamenti giuridici di stampo tradizionale.

A tal proposito, si può ricordare il rigorismo con cui si esprime l'articolo 1165 del *Code Civil* del 1804 (*“Comme les conventions se forment par le consentement, personne ne peut en faire pour un autre, s'il n'a pouvoir de lui; et on peut encore moins faire préjudice par des conventions à des tiers personnes”*), secondo il quale gli effetti del contratto sono limitati ai soli soggetti che l'hanno concluso e, soltanto in via eccezionale, lo stesso può essere stipulato, secondo la volontà delle parti, a beneficio dei terzi *ex* articolo 1121 *Code civil* in materia di contratto a favore di terzi (cd. *stipulation pour autrui*). La dottrina francese tradizionale, in particolare, ritiene che il principio di relatività del contratto sia, insieme ai concetti di libertà contrattuale e di forza obbligatoria, il giusto corollario del principio, fondamentale in materia contrattuale, dell'autonomia privata (*autonomie de la volonté*)¹⁰. Nonostante ciò, però, non sono mancate letture diverse che hanno messo in crisi la rigida interpretazione tradizionale e messo in evidenza l'attuale inadeguatezza della rigorosa affermazione contenuta nell'articolo 1165, rispetto all'evoluzione del diritto dei contratti che ha, inevitabilmente, dovuto fare i conti con la suddivisione delle attività produttive e distributive, il che ha comportato una moltiplicazione dei soggetti coinvolti nell'operazione economica e, di conseguenza, nel contratto. A ciò, si deve aggiungere che il contratto, non è più visto come uno strumento per la realizzazione di interessi individuali, ma come fenomeno socialmente rilevante, tant'è che la dottrina francese ammette, ormai, che *“les contrats et les situations juridique contractuelles peuvent, en tant que fait sociaux, être opposés aux tiers par les parties, et même par le tiers aux parties”*¹¹.

10. In tal senso MARTY, RAYNAUD, *Traité de droit civil. Les obligations*, Parigi 1988, nel quale si sostiene che siccome il contratto *“tire sa force de la volonté des contractans, il est naturel qu'il ne produise cet effet obligatoire qu'à l'égard des parties qui on voulu ces effets juridiques, et que ces effets n'atteignent pas le tiers qui, par hypothèse, ne les ont pas voulu. La relativité de l'effet obligatoire du contrat est en harmonie avec la doctrine individualiste de l'autonomie de la volonté”*. Nello stesso senso, M.L. IZORCHE, *Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit. p. 71 ss.

11. Cfr. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, (con la collaborazione di M. Billau), Parigi, 1992, p. 373. Sarà, probabilmente, per queste ragioni che l'Assemblea Plenaria della Corte di Cassazione francese ha, con una sentenza del 2006 (Cfr. Cass. civ., 6 ottobre 2006, in *Bull. civ.*, 2007, sentenza reperibile anche sul sito www.legifrance.gouv.fr), rimesso in discussione il principio di relatività degli effetti del contratto. Nello specifico la Corte ha affermato, in maniera abbastanza lapidaria, che il terzo «può invocare sulla base della responsabilità extracontrattuale, un inadempimento contrattuale dal momento che tale inadempimento gli ha causato un danno».

Dalla codificazione napoleonica questa formula è stata ripresa dai codici europei ottocenteschi (in particolare è stata ripresa nell'ambito del codice civile italiano del 1865 e nel codice civile iberico). Il principio di relatività è, comunque, presente, anche se espresso in formule diverse, in quasi tutti gli ordinamenti giuridici.

Il diritto tedesco, diversamente da quello italiano e francese, pone al centro del discorso, non il contratto, ma la dichiarazione di volontà. Per questa ragione, l'analisi della dichiarazione di volontà non necessita di una presa di posizione in ordine al problema degli effetti di tale dichiarazione nei confronti dei terzi. Pertanto, se, come abbiamo visto, nell'ordinamento italiano e in quello francese si rinviene un'esplicita norma che sancisce la relatività degli effetti del contratto (articolo 1372/2 codice civile italiano; articolo 1165 codice napoleonico), nell'ambito dell'ordinamento tedesco il principio di relatività viene desunto da una serie di norme che ne enunciano determinati aspetti e ne presumono l'accoglimento¹².

Anche nell'ordinamento tedesco, partendo dal presupposto che il principio di relatività costituisce applicazione del generale principio di libertà contrattuale, si sono definiti spazi entro cui è possibile ammettere delle deroghe al principio in commento, riconoscendo l'incidenza dell'attività negoziale nella sfera giuridica dei terzi. Il riferimento è, in primo luogo, alla disciplina del *Vertrag zugunsten Dritten*, contenuta nei paragrafi 328 ss. del BGB¹³ e alla figura del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* che, come vedremo meglio in seguito, riconosce al terzo, estraneo al rapporto contrattuale, il diritto di pretendere l'adempimento delle obbligazioni secondarie che attengono all'esatta esecuzione del contratto medesimo.

Nell'esperienza inglese lo studio del percorso che ha portato all'affermazione della relatività degli effetti contrattuali risulta molto interessante. Innanzitutto, la formula della relatività viene, nel diritto inglese, in un primo momento accolta nei manuali dedicati allo studio della posizione delle parti nel processo¹⁴. Solo successivamente il tema viene affrontato dalla manualistica dedicata ai *contracts*.

In particolare, nell'ordinamento inglese si rinviene la regola della cd. *privity of contract* che unita alla teoria della *consideration* propone una visione fortemente restrittiva della relatività contrattuale che per quanto concerne gli effetti favorevoli ai terzi è stata superata soltanto con il *Contracts Bill* del 1996 (che ha ricevuto il *Royal Assent* nel 1999) che per la prima volta riconosce la figura del contratto a favore di terzi nell'ambito dell'ordinamento inglese.

12. Si vedano, H. STOLL, *Il contratto e i terzi*, in S. Patti (a cura di), *Annuario di diritto tedesco 1999*, Milano 2000, p. 17 ss.; M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparatistica*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storica comparatistica*, a cura di L. Vacca, cit., p. 150 ss.

13. Per una trattazione completa dell'argomento si rinvia a K. LARENZ, *Lehrbuch des schuldrechts*, Bd., I, 14, Monaco, 1987; G. ALPA, A. FUSARO, *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., p. 115 ss.

14. Per gli opportuni riferimenti si rinvia a M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1996, p. 77 ss.

Nell'ordinamento italiano, come abbiamo già avuto modo di dire, il principio di relatività degli effetti contrattuali è sancito al secondo comma dell'articolo 1372 del codice civile. È necessario, però, domandarsi come si è giunti all'elaborazione della norma suddetta.

In questa sede, è possibile che la rigorosa formula, contenuta nell'articolo 1165 del *Code civil* è stata ripresa dal codice civile italiano del 1865, il quale conclude la disciplina degli effetti del contratto con l'enunciazione del principio di relatività, prendendo proprio le mosse dalla medesima impostazione del codice napoleonico¹⁵.

È, comunque, interessante considerare, anche con un certo stupore, che, nonostante il rigorismo delle formule codicistiche e lo scarso interesse espresso in materia dalla migliore dottrina italiana, si registra un massiccio intervento giurisprudenziale.

La giurisprudenza italiana dell'epoca, infatti, a fronte delle rigorose affermazioni del legislatore ottocentesco, ci offre una ricca casistica che prende posizione su alcuni problemi, che ancora oggi, risultano rilevanti in materia di effetti del contratto nei confronti del terzo¹⁶.

Nell'evolversi del contesto, sopra descritto, si giunge, nel 1942, all'entrata in vigore del nuovo codice civile che, all'articolo 1372/2, ribadisce il principio di relatività degli effetti contrattuali, introducendo anche la disciplina del contratto a favore di terzi (artt. 1411 ss. c.c.) come eccezione, prevista dalla legge, al suddetto principio¹⁷.

15. Nello specifico, l'articolo 1130 del codice civile del 1865 stabiliva che «i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti; essi non pregiudicano né giovano ai terzi, fuorché nei casi stabiliti dalla legge». L'impostazione seguita dal codice civile del 1865 non è andata esente da critiche. Uno dei maggiori detrattori è stato L. BORSARI, *Commentario al codice civile italiano*, L. III, pt. II, Torino, 1877, il quale sottolinea che, in realtà, la disposizione contenuta nell'articolo 1130 c.c. avrebbe dovuto essere inserita all'inizio della disciplina degli effetti del contratto nei confronti dei terzi o, quantomeno, avrebbe dovuto essere inserita subito dopo l'enunciazione della vincolatività dei contratti nei confronti delle parti.

16. In questo senso, G. ALPA, A. FUSARO, *Relazione introduttiva*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 2 ss. In particolare, si afferma, per esempio, l'opponibilità del patto di riscatto contro l'avente causa del compratore: Cfr., Trib. Termini, 29 maggio 1900, in *Foro sic.*, 1900, p. 522. La giurisprudenza più copiosa, però, riguardava la figura del contratto a favore di terzi. Tale figura veniva considerata come eccezione rispetto alle regole tradizionali di origine romanistica e, per giustificare questa deroga, la giurisprudenza ricorreva ad artifici e integrazioni normative. In tal senso, Appello Parma, 17 febbraio 1883, in *Mon. trib.*, 1883, p. 336; Cass. Roma, 1 febbraio 1892, in *Riv. dir. eccl.*, 1892, II, p. 606, nella quale si legittimavano le pretese di una parrocchia beneficiaria di un contratto a favore di terzo; Appello Napoli, 6 agosto 1898, in *Trib. giud.*, 1898, p. 314.

17. L'impostazione codicistica suddetta è giustificata con argomentazioni diverse nelle varie Relazioni del codice civile. Infatti, nella Relazione al Progetto di codice civile del 1936, si afferma che la vecchia regola del diritto romano, in virtù della quale non è possibile stipulare a vantaggio del terzo, «non è più vera nel diritto moderno»; nella Relazione del Guardasigilli del 1941 ci si preoccupa di precisare, discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale degli anni precedenti che abbiamo sopra citato, che «l'interesse dello stipulante non deve essere necessariamente patrimoniale» e si aggiunge che se il terzo rifiuta la stipulazione in suo favore, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante; nella Relazione del Re del 1941 si giunge, addirittura, ad affermare che l'interesse dello stipulante è pleonastico, in quanto per ogni obbligazione, ex articolo 1174 c.c., è necessario un interesse.

Questo è, in linea di massima, il quadro della situazione all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile del 1942. Ciò che possiamo sottolineare, al termine dell'analisi storico-comparatistica compiuta in questo capitolo, è che, in primo luogo, la materia degli effetti del contratto nei confronti dei terzi trae le sue origini in principi e convinzioni estremamente radicati, con la conseguenza che l'ammissibilità della produzione, da parte del contratto, di effetti nei confronti dei terzi è il frutto di una lunga elaborazione durata per più di due secoli¹⁸.

Alla suddetta constatazione si può aggiungere che, al di là delle diverse esperienze, l'idea secondo cui il contratto ha effetto solo fra le parti ha rappresentato una colonna portante del diritto dei contratti europeo. Infatti, se nell'Europa continentale il principio trova la sua affermazione nella codificazione ottocentesca, nel diritto inglese, con la dottrina della *privity of contract*, si richiama la stessa idea.

Pertanto, le convergenze che si possono scorgere nelle diverse esperienze europee mettono in luce l'esistenza di una sorta di matrice comune europea fondata sull'esaltazione del ruolo del consenso come base fondante del rapporto contrattuale.¹⁹

È, altrettanto, chiaro che in ogni esperienza considerata²⁰, o per via dottrinale, o per via giurisprudenziale, o per via legislativa si è cercato di superare il dogma della relatività contrattuale e di contemperarlo con altri principi ed altre esigenze, comunque, meritevoli di tutela.

2. Tentativi di superamento della relatività contrattuale.

Nonostante la suddetta, soltanto apparente, chiarezza e linearità, la questione degli effetti del contratto nei confronti dei terzi ha suscitato negli anni una serie di dubbi ed interrogativi che hanno portato la dottrina a riflettere sulla problematica in esame.

Tali dubbi nascono dal fatto che il principio di relatività degli effetti del contratto, nonostante il suo rigorismo letterale, non è stato in grado di svolgere un ruolo, per così dire, ordinante tant'è che, al di fuori della sua stretta applicazione, si rinvencono all'interno dei vari ordinamenti e, soprattutto, per quel che ci interessa maggiormente, all'interno dell'ordinamento italiano, una serie di eccezioni²¹.

18. Si possono ricordare, a tal proposito, le già citate parole di G. ALPA, A. FUSARO, *Relazione introduttiva*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 5, che, in modo quasi ironico, giustamente affermano che il percorso che ha portato ai risultati attuali ha trasformato «una cittadella, arroccata sul colmo di una montagna, in una sorta di giungla estesa di fattispecie e di questioni, che quella cittadella non solo ha assediato e conquistato, ma ormai completamente travolto».

19. Si veda, a tal proposito, M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit. p. 150 ss.

20. In tal senso, G. ALPA, A. FUSARO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., p. 15, nel quale si sottolinea come, in «ognuna delle esperienze considerate, il superamento è stato praticato dalla fonte giuridica più forte: in Italia e Francia dalla giurisprudenza, in Germania dalla dottrina, in Inghilterra è stato necessario progettare l'intervento legislativo».

21. In tal senso, M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparatistica*, in L. VACCA (a

L'analisi dell'evoluzione della problematica inerente agli effetti che il contratto può produrre nei confronti dei terzi permette di comprendere come, nella materia esaminata, il panorama sia profondamente diverso rispetto a come appariva nel corso del diciannovesimo secolo quando si ravvisava nella formula “*il contratto ha effetto solo fra le parti*” un principio ovvio e, come tale, sottratto a qualsiasi analisi critica.

Oggi, non è più così. I tentativi di superamento del dogma della relatività sono stati, nel corso degli anni, prospettati sia a livello dottrinale che giurisprudenziale.

In Italia, come del resto anche in altri ordinamenti continentali, il mezzo, utilizzato per abbattere la rigidità del dogma della relatività, è rappresentato, in primo luogo, dalla creazione giurisprudenziale. In Francia, la giurisprudenza in materia è risultata particolarmente creativa: sono stati introdotti, infatti, una serie di mezzi processuali che consentono al terzo di far valere le proprie pretese nei confronti di una delle parti del contratto²². In Germania, come abbiamo visto, sono stati introdotti gli obblighi di protezione a favore del terzo.

Per quanto concerne l'esperienza italiana, la giurisprudenza in materia di relatività contrattuale non ha avuto, negli anni, un atteggiamento lineare. Infatti, al di là delle ipotesi classiche del contratto a favore di terzi, della promessa di fatto del terzo, del contratto di assicurazione, la maggior parte degli interventi giurisprudenziali degli ultimi trenta anni devono essere classificati al di fuori delle ipotesi tradizionali, in quanto si riferiscono, in generale all'applicazione del principio di cui all'articolo 1372/2 del codice civile²³.

cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 150 ss.

22. A tal proposito, si veda G. ALPA, A. FUSARO, (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., nel quale, per quanto concerne il sistema francese, si fanno gli esempi del sub-appaltatore, del familiare del contraente debole al quale vengono, per via giurisprudenziale, estese le garanzie per la vendita di prodotti difettosi (cd. *achat familiale*).

23. Si può portare, in questo senso, l'esempio di una sentenza della Corte di Cassazione n. 15035 del 2001, *Foro it.*, 2001, nella quale si riscontra una lineare applicazione del principio di relatività degli effetti contrattuali nella materia, non semplice, della vendita di cosa altrui. In particolare, le parti avevano stipulato un contratto preliminare di vendita di cosa altrui e i giudici di Roma sostengono che il promissario acquirente non ha alcuna possibilità di agire per l'inadempimento nei confronti dell'originario proprietario del bene che viene considerato terzo rispetto al contratto preliminare suddetto che, nei confronti di quest'ultimo, è *res inter alios acta*. Il promissario acquirente potrà, quindi, agire esclusivamente nei confronti del promissario alienante, il quale, a sua volta, potrà, per così dire, rivalersi nei confronti del proprietario del bene. Bisogna considerare, anche, che negli altri ordinamenti l'atteggiamento della giurisprudenza, nella materia che stiamo trattando, segue ed ha seguito delle logiche diverse. Per esempio se prendiamo l'esperienza francese – che come abbiamo nel capitolo precedente appare, nelle sue impostazioni di principio, molto simile alla nostra – nella quale le problematiche degli effetti del contratto verso i terzi hanno dato luogo a pronunce che si fondano, si sulla disposizione di cui all'articolo 1165 del *Code civ.*, ma soprattutto su le ipotesi specifiche della promessa del fatto del terzo (*promesse de porte-fort* di cui all'articolo 1120 del codice napoleonico) e della stipulazione a favore di terzo (articolo 1121 *Code civ.*). A ciò occorre aggiungere che, anche, la soluzione delle controversie non sempre risulta coincidente con quanto stabilito, nelle medesime materie, dalla giurisprudenza italiana. Per esempio, in materia di promessa del fatto del terzo, l'orientamento francese è nel senso della libertà del terzo, però, se il terzo si comporta scorrettamente è tenuto al risarcimento del danno (si veda, per esempio, App. Riom, 30 novembre 1982, in *Juris Data*, nella quale si afferma che il coniuge, di cui è stato

Entrando nel merito della questione, innanzitutto, è stato affermato, a livello giurisprudenziale, che il contratto non può nuocere ai terzi, neppure a coloro con i quali intercorrano rapporti qualificati; così, ad esempio, l'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia, posto a carico di ciascun coniuge *ex* articolo 143 del c.c., non pone i coniugi nella posizione di condebitori solidali rispetto alle obbligazioni che ciascuno di essi ha assunto in proprio nome e ciò perché «data l'autonomia contrattuale dei coniugi – ancora più esaltata dalla novella del 1975, che pone i coniugi in posizione di eguaglianza – è da escludere una deroga al principio dell'articolo 1372, comma 2, c.c.»²⁴.

Per quanto concerne gli effetti sfavorevoli che il contratto può produrre a carico del terzo, il caso emblematico è quello della, cosiddetta, doppia vendita immobiliare, nell'ambito della quale, il secondo acquirente che abbia trascritto per primo, prevalendo, *ex* articolo 2644 c.c., sul primo acquirente, è tenuto a rispondere, nei confronti di quest'ultimo, a titolo di responsabilità extracontrattuale²⁵.

Non si devono neppure dimenticare le ipotesi rientranti nella figura, di origine tedesca, del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi. In questa materia, come vedremo nel paragrafo successivo, la giurisprudenza italiana ha ricompreso, innanzitutto, il contratto che intercorre fra la partoriente e l'ente ospedaliero arrivando ad estendere gli effetti protettivi del contratto anche nei confronti del padre e dei fratelli del figlio nato malformato.

Nell'ambito della tutela aquiliana del contratto è stata, poi, stabilita la responsabilità di chi coopera nella violazione dell'altrui obbligo legale di non concorrenza²⁶; ed ancora la responsabilità della banca, verso i creditori dell'impresa fallita a causa dell'interruzione, da parte dell'istituto di credito, delle linee di credito²⁷; ed, ancora, recentemente è stata affermata la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione che, nel corso delle trattative con la controparte, abbia ingenerato nei terzi un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto²⁸.

promesso il consenso dall'altro coniuge al proprio contraente, che cambia idea in modo non giustificato è tenuto al risarcimento del danno. Diverso, come abbiamo visto – si veda nota 176 – è l'orientamento della giurisprudenza italiana, secondo cui il terzo non è vincolato in base alla promessa).

24. Cfr. Cass., 28 aprile 1992, n. 5063, in *Foro it.*, 1992, I, p. 3000 ss.

25. Si veda, a tal proposito, la famosa sentenza della Corte di Cassazione, n. 76, del 8 gennaio 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 393; Cass., 13 gennaio 1995, n. 383, in *Riv. not.*, 1995, II, p. 1564; Trib. Ivrea, 16 maggio 2003, in *Arch. civ.*, 2003, nella quale si sostiene che il primo acquirente possa avvalersi dell'azione revocatoria a tutela del credito al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento dell'alienante che ha disposto del bene una seconda volta; Cass., n. 20721, del 3 ottobre 2004, in *Giur. it.*, 2004, nella quale, per la prima volta, la Corte si pronuncia sul caso della doppia donazione immobiliare ponendosi sulla scia delle decisioni precedenti in materia di doppia vendita immobiliare.

26. Corte d'Appello Milano, 4 dicembre 1981, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1981, p. 650.

27. Si pensi, al noto caso del fallimento del gruppo Caltagirone ed alla relativa sentenza del Trib. di Roma del 28 febbraio 1983, in *Foro it.*, 1984, I, p. 1986, nella quale si è ritenuta contraria a buona fede la revoca *ad nutum* di tutte le linee di credito concesse alla società con, conseguente ordine di ritiro immediato.

28. Si veda, a tal proposito, Cass., n. 477, del 10 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2003; ad ancora un altro interes-

A livello dottrinale, senza pretese di esaustività, possono essere menzionate le posizioni dottrinali espresse in merito da alcuni dei più importanti giuristi italiani.

Subito dopo l'entrata in vigore del codice civile, uno degli autori più autorevoli dell'epoca²⁹, rifacendosi alla teoria jheringhiana procede alla distinzione fra effetti diretti ed effetti riflessi del contratto. La distinzione fra effetti diretti ed effetti riflessi del contratto si deve, come già detto (si veda nota 149) a Jhering, il quale nel sostenere la sua teoria, rinviene il nocciolo del suo ragionamento, nella consapevolezza che sia impossibile, per il fatto stesso del vivere in una società, rendere la sfera giuridica di ciascuno impermeabile rispetto alle interferenze altrui³⁰. Si introduce, in tal modo, il criterio fondamentale dell'interesse protetto dal diritto, sul quale si fonda l'individuazione di quattro diverse categorie di soggetti – parti del negozio (estraneae al rapporto giuridico; partecipi dell'interesse ma estranei al negozio; terzi interessati; terzi indifferenti – la cui posizione giuridica può essere, per così dire, influenzata dal contratto.

Qualche anno dopo l'intervento di Betti, un altro autorevole giurista si occupa della questione degli effetti del contratto nei confronti dei terzi: si tratta di Messineo. L'autore, riprendendo, anch'esso, la distinzione fra effetti diretti e riflessi di matrice germanica, si propone di distinguere fra gli effetti riflessi del contratto, che possono essere positivi o negativi, e gli effetti giuridici di cui all'articolo 1372 del codice civile. Esso, però, pone l'accento sul fatto che, nell'ambito del nostro ordinamento, vi è un concorso di principi da applicare alle singole fattispecie, per cui, il principio di relatività, come avevamo già anticipato, deve, necessariamente, convivere con altri principi, nell'ambito di una giusta contemperazione fra interessi contrapposti³¹. Sulla base di tale premessa, l'autore in commento distingue, ulteriormente, fra contratti a carico e contratti in danno del terzo.

sante caso deciso con sentenza della Corte di Cassazione, n. 25016, del 10 ottobre 2008, in *Foro it.*, 2008, nella quale si afferma la responsabilità del promissario venditore di un bene immobile che, prima della stipula del definitivo, si è spogliato della proprietà del bene alienandolo ad altro soggetto che ha, prontamente, trascritto l'atto di acquisto. Nella sentenza si afferma, in particolare, che, in tal caso, il «promissario acquirente ha diritto non solo alla restituzione delle somme versate a titolo di acconto, ma anche al risarcimento del lucro cessante consistente nella differenza fra il prezzo di acquisto pattuito al momento della stipula del preliminare ed il maggior valore commerciale acquisito dall'immobile al momento dell'inadempimento».

29. Si veda, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1955, rist. II ed., Napoli, 1994, p. 258 ss.

30. In tal senso, R. VON JHERING, *Die Reflexwirkungen rechtlicher Thatsachen auf Dritte Personen*, in *Jahrbucher für die Dogmatik des deut. Rom und deutsch. Privatrechts*, 1871, p. 245 ss.; ed ID., *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, in *Jahrbucher für die Dogmatik des deut. Rom und deutsch. Privatrechts*, 1863, p. 81 ss., nel quale l'Autore, esponendo la teoria delle immissioni, anticipa quanto verrà sostenuto nel contributo successivo in tema di interferenza dell'attività di ognuno sulla sfera altrui. Secondo l'Autore esiste, infatti, un legame teorico fra le riflessioni in tema di effetti riflessi e quelle in tema di immissioni; tale legame è rappresentato dalla consapevolezza del fatto che, al di là del tentativo di separare sul piano del diritto quanto compete a ciascuno, l'azione dei singoli interferisce inevitabilmente con la libertà degli altri. Per l'Italia, si veda, a tal proposito A. GIOVENE, *Dell'efficacia del negozio giuridico rispetto ai terzi*, II ed., Napoli, 1911.

31. In tal senso, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 114 ss.

In tempi più recenti altri studiosi hanno, quantomeno in parte, rivisitato la distinzione, di matrice jheringhiana, fra effetti diretti ed effetti riflessi la quale, sotto certi aspetti, finisce per trascurare alcune ipotesi di efficacia del contratto nella sfera giuridica del terzo³². A tal proposito, vanno ricordate le posizioni di coloro che distinguono fra rilevanza esterna ed opponibilità del contratto³³.

Negli ultimi tempi alcuni giuristi, discostandosi definitivamente dalla distinzione ottocentesca, proposta da Jhering, fra effetti diretti ed effetti riflessi del contratto, propendono per l'utilizzazione di una diversa terminologia che si sostanzia nella distinzione del contratto come atto o come fatto giuridico. Secondo l'impostazione che stiamo analizzando, il contratto, considerato come atto, produce effetti nei confronti dei terzi solamente se le parti, intenzionalmente, intendono attribuire loro un certo beneficio. Viceversa, il contratto, considerato come fatto, produce diversi tipi di effetti esterni, indipendentemente dalla volontarietà degli stessi³⁴.

Infine, deve essere menzionata quella posizione più articolata che, nell'ambito della considerazione del contratto come fatto giuridico, si pone un'ulteriore classificazione degli effetti del contratto. Tale classificazione distingue, in modo forse più chiaro rispetto alle precedenti impostazioni, fra effetti apparenti, effetti diretti, effetti rilevanti ed opponibilità del contratto³⁵.

Nella sostanza, da un certo momento in poi, i giuristi – nei diversi ordinamenti ed a seconda delle diverse esperienze³⁶ – hanno scopercchiato il vaso di Pandora convincendosi

32. A tal proposito, si veda A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 109 ss., il quale ritiene la tradizionale distinzione fra effetti diretti ed effetti riflessi insoddisfacente perché «rischia di trascurare proprio i principali fenomeni [...] che vedono i terzi titolari di una propria situazione che li legittima ad agire in base al contratto».

33. Si veda, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Parte III, *Il contratto*, Milano, 1984. Secondo l'Autore, l'opponibilità del contratto nei confronti dei terzi che vantano posizioni in conflitto con quelle di una delle parti significa «prevalenza del titolo contrattuale di acquisto sul titolo vantato dal terzo». Viceversa, la rilevanza esterna si manifesta, in primo luogo, nell'efficacia *erga omnes* del contratto e, in secondo luogo, nel senso che certe posizioni giuridiche che scaturiscono dal contratto possono essere assunte come presupposto di pretese, obblighi o poteri al di fuori del rapporto che intercorre fra le parti.

34. Il concetto neutro di «effetti esterni del contratto» viene utilizzato da G. GALGANO, *Gli effetti del contratto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., proprio al fine di evitare di incorrere in inutili ambiguità; in modo diverso, A. CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, Torino, 1994, p. 131, nel quale l'Autore parla di «effetti indiretti», i quali vengono considerati come quelli che «non discendono dalla valutazione del regolamento contrattuale ma dalla contemplazione dell'esistenza materiale del contratto. L'incidenza di questi effetti sulla sfera giuridica di terzi non è il portato dell'esercizio dell'autonomia privata e, perciò, non può costituire violazione nei limiti propri della stessa».

35. Propone questa classificazione M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in P. Rescigno, E. Gabrielli, (a cura di), *Trattato dei contratti*, cit., p. 1183 ss.

36. Ciò è avvenuto in Germania con il famoso contributo di R. VON JHERING, *Die Reflexwirkungen rechtlicher Thatsachen auf Dritte Personen*, in *Jahrbuch für die Dogmatik des heut. Rom und deutsch. Privatrechts*, 1871, p. 245 ss., dedicato agli effetti giuridici riflessi; in Francia, l'esigenza di ripensare il significato della formula contenuta nell'articolo 1165 del codice napoleonico, diventa pressante con la sentenza della Corte di Cassazione del 1864

del fatto che, al di là di qualsiasi declamazione legislativa, non è possibile rendere impermeabile la situazione di ognuno rispetto alle azioni altrui.

Il momento suddetto può essere riferito alla piena accoglienza, nell'ambito del diritto privato, dei principi di libertà contrattuale e di autonomia privata, i quali, nonostante la chiarezza del dogma della relatività, impongono all'interprete il compito di chiarire, entro quali ambiti, tali principio possono essere esercitati, legittimamente, da ciascun individuo nella consapevolezza che ciò possa esporre i terzi a conseguenze favorevoli o sfavorevoli. In altre parole, dal momento suddetto diventa, per così dire, un dato di fatto l'idea, per cui, il contratto produce, naturalmente, effetti nei confronti dei terzi. Si tratta di questioni che prima non erano neppure prese in considerazione essendo sufficiente, come visto, la semplice proclamazione del principio tradizionale di relatività.

In linea generale, si può osservare che, solitamente, si è ritenuto che le ragioni che hanno portato all'estensione degli effetti del contratto al terzo, sono ragioni di giustizia commutativa. Se si pensa alla tutela del terzo, inteso come soggetto debole che necessita di protezione, la spiegazione di cui sopra potrebbe anche essere accettabile³⁷. Bisogna, però, considerare che non vi sono solo interessi, per così dire, deboli che necessitano di protezione e tutela. Infatti, la produzione di effetti verso il terzo può soddisfare anche interessi di carattere generale legati al corretto svolgimento dei rapporti economici³⁸.

In altre parole, ciò che merita di essere sottolineato è che l'estensione di effetti nei confronti dei terzi e, in maniera speculare, il superamento della rigidità del dogma della relatività contrattuale, nasce dalla necessità di risolvere un conflitto tra interessi contrapposti; nasce, nella sostanza, dall'esigenza di contemperare il principio di libertà contrattuale – di cui la relatività è la diretta conseguenza – con altri principi ugualmente importanti, tra i quali vi è, sicuramente, il principio di tutela della parte debole, ma vi sono, a seconda dei casi, anche il principio di libertà di iniziativa privata, il principio di correttezza nello svolgimento dei comportamenti contrattuali³⁹.

che, come abbiamo visto, distingue tra il contratto – che ha effetto fra le parti – e la proprietà – che produce effetti rispetto ai terzi; in *common law* con le opere di J. W. SALMOND, *First principles of Jurisprudence*, Londra 1893, p. 161 ss., e di O. W. HOLMES, *Privilege malice and intent*, 8, *Harvard L. Rev.*, 1, 1894, p. 3 ss., si riconosce apertamente che il contratto talvolta è fonte di danni per i terzi.

37. Si pensi, ad esempio, alla proposta effettuata nei primi anni del secolo scorso da alcuni esponenti del socialismo giuridico, che intendevano considerare l'accordo collettivo di lavoro come contratto a favore di terzo, al fine di tutelare il dipendente da eventuali inadempimenti provenienti dal datore di lavoro; si potrebbe pensare, anche, allo sviluppo del principio *emptio non tollit locatum* che avvantaggia il conduttore che, altrimenti, in caso di cessione dell'immobile locato dovrebbe o rinegoziare il contratto con il nuovo proprietario, oppure subire la perdita del godimento del bene medesimo; si pensi, ancora, allo sviluppo di tutta la giurisprudenza in materia di contratti con effetti protettivi nei confronti del terzo.

38. Si pensi, ad esempio, alla questione inerente alla cd. doppia vendita immobiliare o alla responsabilità per lesione del credito in caso di induzione all'inadempimento.

39. Si veda, G. ALPA, A. FUSARO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., il quale, nel sottolineare la necessità di un contemperamento fra interessi contrapposti, pone in luce le diversità di atteggiamenti fra

3. Contratto con effetti protettivi e contratto in danno del terzo: analisi di due figure in contrasto con la relatività contrattuale.

È in questo contesto di superamento del dogma della relatività degli effetti contrattuali che si propone l'analisi di due figure – quella del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi e quella del contratto a danno di terzo – entrambe non previste nell'ambito del nostro ordinamento e che, in modi diversi, si pongono in contrasto con il principio sancito all'articolo 1372, comma 2, del codice civile.

Nello specifico, si tenterà di comprendere in che relazione, le suddette figure, si pongono con la regola della relatività degli effetti del contratto.

Per quanto concerne il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, l'obiettivo sarà quello di comprendere come tale figura abbia trovato spazio nell'ambito del nostro ordinamento.

Innanzitutto, occorre sottolineare come l'analisi di tale tipologia contrattuale metta in luce l'importanza della comparazione in una prospettiva diacronica⁴⁰. In sostanza, non si può pensare di studiare la materia senza effettuare una comparazione con il sistema tedesco nel quale è, per così dire, nato il contratto con effetti protettivi.

i diversi ordinamenti. In particolare, pone l'esempio delle cd. clausole di esonero da responsabilità che alcuni commentatori considerano come contratti a favore di terzi. Dall'esempio si comprende come, dal diverso temperamento degli interessi in gioco si arrivi a risultati diversi. Ad esempio, in Olanda, con il nuovo codice civile del 1992, è stata introdotta un'apposita disposizione che consente al dipendente di avvalersi della clausola di esonero da responsabilità contenuta nel contratto concluso dal datore di lavoro con un terzo. Qualche anno prima, la Corte Suprema Olandese (HR, 20 giugno 1986, NJ, 1986), dopo aver premesso la sussistenza del principio di relatività degli effetti contrattuali, ha individuato i presupposti attraverso i quali la clausola di esonero possa produrre effetti nei confronti dei terzi. Nello specifico, nella sentenza si è sostenuto che *“la parte che si vuole avvalere della clausola per esonerarsi da responsabilità dimostri che egli avrebbe potuto avvalersi della clausola nei confronti della propria controparte, con la quale il terzo danneggiato aveva un rapporto particolare”*. Al contrario, nel nostro ordinamento, le clausole di esonero da responsabilità sono considerate nulle dall'articolo 1229 del c.c. il quale così recita: *“È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”*. A tal proposito, si veda la sentenza della Corte di Cassazione, del 17 febbraio 2012, n. 2363, in *Foro it.*, 2012, nella quale si stabilisce che *«la clausola di un contratto di appalto con cui si specificò che tutti i danni che i terzi dovessero subire dall'esecuzione delle opere sono a totale ed esclusivo carico dell'appaltatore, rimanendone indenne il committente, non può essere dal committente medesimo invocata, quale ragione di esenzione della propria responsabilità, nei confronti del terzo che anche contro quest'ultimo abbia promosso azione di responsabilità extracontrattuale per ottenere il risarcimento del danno occorsogli per effetto di quei lavori, atteso che la clausola stessa, alla stregua del principio generali sull'efficacia del contratto fissati dall'articolo 1372 cod. civ., è suscettibile di operare esclusivamente nei rapporti tra i contraenti e non può vincolare il terzo a dirigere verso l'una anziché verso l'altra parte contraente la pretesa nascente dal fatto illecito occasionato dall'esecuzione del contratto»*.

40. In questo senso, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Presentazione* a L.J. Constantinesco (a cura di), *Il metodo comparativo*, ed. it., Torino, 2000, p. LIII, in cui si sottolinea come sia *«una verità ormai innegabile, anzi, che la comparazione sincronica debba essere svolta nella piena consapevolezza delle vicende diacroniche che hanno interessato una regola, un istituto, un modello e, più in generale, un'intera esperienza giuridica»*.

In secondo luogo, la vicenda evidenzia il ruolo fondamentale della cosiddetta “Formazione giurisprudenziale del diritto civile”, con il conseguente dialogo fra dottrina e giurisprudenza⁴¹.

In merito al contratto con effetti protettivi si può, fin d’ora, anticipare che essa trova la sua origine, come figura giuridica autonoma rispetto alla fattispecie tradizionale del contratto a favore di terzo, nell’ambito dell’ordinamento giuridico tedesco. Si tratta di una figura giuridica di matrice giurisprudenziale che ha la sua ragione giustificatrice in alcune deficienze del sistema tedesco della responsabilità extracontrattuale, di fronte alle quali, i giudici tedeschi sono stati indotti a trovare, per così dire, soluzioni alternative al fine di tutelare interessi che, altrimenti, sarebbero risultati privi di riconoscimento giuridico.

La storia del contratto con effetti protettivi prende l’avvio in Germania già con la giurisprudenza del *Reichsgericht* dei primi anni del secolo scorso. Esso ha accolto una serie di pretese risarcitorie che, sulla base della disciplina della responsabilità extracontrattuale, sarebbero state respinte ed ha fatto ciò ritenendo che vi fosse stata una stipulazione implicita a favore del terzo⁴². In seguito, il *Bundesgerichtshof* non solo ha confermato le soluzioni precedentemente adottate, ma ha anche esteso i casi di protezione contrattuale del terzo, allontanandosi definitivamente dal contratto a favore di terzo⁴³.

41. Cfr. G. ALPA (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino, 2000. Si veda anche P.G. MONATERI, *Pensare il diritto civile*, Torino, 1997, p. 83 ss., nel quale testualmente si legge: «La dottrina può influenzare il giudice in vario modo: nel corso della formazione del giudice, nel momento in cui il giudice, redigendo la sentenza, si inserisce in un dibattito dottrinale, e, inoltre, nel momento in cui la sentenza viene pubblicata e commentata. In tale momento, infatti, essa viene interpretata dalla dottrina: riceve un senso e viene inserita in un certo modo nel quadro di sfondo, nella ricostruzione dell’ordine giuridico del momento e delle sue possibili linee di tendenza». Si aggiunge, anche, che, in questa prospettiva, il compito della dottrina non è più quello del «raffinamento delle categorie ordinanti, e della loro sostituzione con categorie, e susseguenti classificazioni sempre più logiche». Ovvero, il compito della dottrina non consiste più «nella mera sistemazione e risistemazione costantemente più rigorosa dello stesso materiale normativo, come se si cercasse sempre di riordinare la stessa biblioteca (ora dividendo i volumi per colore, ora dividendoli per grandezza, ora, infine riordinandoli in base al luogo di edizione...)». Secondo l’Autore il ruolo attuale della dottrina è duplice: da un lato, essa è chiamata a «simulare soluzioni che, non ancora adottate dalla legislazione o dalla giurisprudenza, per analizzare come esse funzionerebbero, come si inserirebbero nel corpus delle soluzioni già ammesse, e come potrebbero venire giustificate»; dall’altro lato, «dare un senso alla giurisprudenza, soprattutto in funzione dei pratici, raccogliendola, commentandola e criticandola anche per fornire agli stessi pratici possibili argomentazioni contrarie». Nello stesso senso, nella materia specifica del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, parla di «un perenne incontro dialogico tra i formanti dottrinale e giurisprudenziale», G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, in *Collana: Università degli studi del Molise*, Napoli, 2004, p. 5.

42. L’esempio più calzante è, in questo caso, rappresentato dalla famosa sentenza del *Reichsgericht* RG, 10 febbraio 1930, in *RGZ*, 1930, p. 218 ss. (cd. *Gasbifall*), nella quale la Suprema Corte ritenne, attraverso l’applicazione delle norme di cui ai §§ 618 e 328 del BGB, che il contratto d’opera, stipulato dalla committente e da una ditta e volto all’installazione di una caldaia, debba essere configurato come contratto in favore della domestica che prestava servizio alla committente e che era stata ferita da una fuga di gas dovuta all’erronea installazione della caldaia medesima.

43. Si ricorda, a tal proposito, BGH, 15 maggio 1959, in *BGHZ*, 1959, p. 330 ss. (cd. *Capuzolfall*).

Il suddetto cambiamento di tendenza è stato, in parte, influenzato anche dalla dottrina che ha individuato le basi dogmatiche del contratto con effetti protettivi in un'immanente esigenza di giustizia contrattuale legata al concetto di buona fede (*Vertragstreue*), delimitando, in tal modo, la cerchia delle persone protette ed elaborando il cosiddetto criterio del *Wohl und Webe*, secondo il quale la parte, in virtù di un rapporto di parentela o di servizio, è responsabile del bene e del male del terzo⁴⁴.

Negli successivi si è assistito ad una sorta di esasperazione giurisprudenziale della figura in commento che è stata utilizzata dai giudici tedeschi come valido strumento per il risarcimento del danno meramente patrimoniale⁴⁵; per la tutela dell'affidamento nell'ambito della responsabilità del professionista⁴⁶.

Il mutamento genetico del contratto con effetti protettivi ha portato ad uno scontro fra dottrina⁴⁷ e giurisprudenza che ha, in un certo qual modo, sollecitato l'intervento del legislatore tedesco che con la legge di modernizzazione della disciplina delle obbligazioni del codice civile tedesco (legge 26 novembre 2001) ha, innanzitutto, inserito un nuovo comma due al § 241 del BGB, nel quale si stabilisce che dal rapporto obbligatorio possano sorgere, secondo il suo contenuto, degli obblighi di protezione a salvaguardia dei beni e dei diritti di ciascuna delle parti. Con questa norma, in sostanza, si ammette l'esistenza di obblighi di protezione che possono essere anche indipendenti dagli obblighi di prestazione. Sulla scia del nuovo § 241, la riforma del 2001, in seconda battuta, come già accennato, predispose la modifica del § 311, commi due e tre, BGB introducendo una regolamentazione specifica della responsabilità precontrattuale individuando, in tal modo, un'ipotesi specifica di obblighi di protezione fondati, appunto, sulla *culpa in contrahendo*⁴⁸. In altre parole, con la riforma viene proposta l'idea del rapporto obbligatorio come rapporto complesso che è formato dall'obbligo principale e da una serie di obblighi accessori (di protezione) che, secondo le regole della buona fede e della correttezza, possono estendersi anche nei confronti di soggetti terzi. La riforma del 2001 sembra, nella sostanza, aver affermato, quantomeno implicitamente, la legittimità del contratto

44. Si rinvia a K. LARENZ, *Anmerkung* a BGH, 25 aprile 1956, in *NJW*, 1956, p. 1193 ss.; ID., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, III ed., Monaco, 1982, p. 209 ss.

45. Determinante per il riconoscimento della risarcibilità dei danni meramente patrimoniali è BGH, 28 febbraio 1977, in *BGHZ*, 1977, p. 209 ss. (cd. *Testamentfall*).

46. Cfr. BGH, 23 gennaio 1985, in *NJW*, 1986, p. 484 ss. (cd. *Konsulfall*).

47. Il principale fautore dell'orientamento dottrinale contrario all'uso distorto ed eccessivo del contratto con effetti protettivi è stato C.-W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Rin. crit. dir. prin.*, 1983, p. 567 ss., che ha elaborato la teoria della *culpa in contrahendo* come strumento per giustificare, nell'ambito della responsabilità professionale, il risarcimento del soggetto estraneo al contratto.

48. In riferimento al contenuto del nuovo § 311 BGB, sono significative le parole di G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea tra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Rin. dir. civ.*, 2002, I, p. 491 ss., secondo cui la nuova formulazione della norma sopracitata «nasce dall'idea dell'obbligazione quale organismo complesso e consacra i rapporti obbligatori senza obbligo di prestazione primaria».

con effetti protettivi nei casi, per così dire, classici ove ciò che viene in rilievo è lo stretto rapporto tra creditore e terzo⁴⁹.

In Italia la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi ha trovato, negli ultimi anni, a fronte del mancato intervento del legislatore, un'evoluzione giurisprudenziale abbastanza ampia.

Fino agli anni '90 del secolo scorso, la giurisprudenza italiana non ha, praticamente, mai utilizzato la figura del contratto con effetti protettivi verso i terzi (unica decisione che potrebbe essere, in qualche modo, ricondotta nell'ambito della figura in esame è una decisione della Corte d'appello di Roma del 30 marzo 1971⁵⁰).

Il primo esempio effettivo di applicazione, nel sistema italiano, del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi si ha con la sentenza della Corte di Cassazione, n. 11503, del 1993⁵¹, nella quale, in materia di danni al nascituro, si fa ricorso alla figura in commento per risarcire le lesioni gravi subite dal nascituro medesimo durante il parto. In particolare, la Cassazione inserisce il terzo (nascituro) nella sfera protettiva del contratto stipulato fra la gestante e l'ente ospedaliero. Successivamente, con la sentenza n. 10741 del 2009⁵², i giudici di Roma specificano in modo più chiaro i contorni del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi. In quest'ultimo caso, la Cassazione, proponendo una lettura costituzionalmente orientata della normativa codicistica in materia di efficacia e interpretazione del contratto, stabilisce che il contratto fra gestante e struttura ospedaliera produce effetti sia fra le parti che nei confronti dei cosiddetti terzi qualificati (nascituro e altro genitore).

Ulteriori spunti per l'evoluzione giurisprudenziale della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi si rinviengono nell'ambito delle ipotesi di nascita indesiderata. In particolare, in caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e di conseguente nascita indesiderata, è stato ritenuto, in primo luogo, che, nell'ipotesi che si sta considerando, meriti tutela, oltre ovviamente a quella della madre, anche la posizione soggettiva del padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione, non rilevando, in contrario, che sia consentita solo alla madre la scelta dell'interruzione della gravidanza, giacché la sottrazione alla

49. In tal senso, G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 137 ss.; sull'importanza di uno stretto rapporto fra creditore e terzo protetto si veda, anche, A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 109 ss.

50. Cfr. Appello Roma, 30 marzo 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 552. Per spunti interessanti in merito a tale sentenza, si rinvia a C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jur.*, 1976, p. 140 ss.

51. Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1994, I, p. 690 ss., con nota di V. Zeno-Zencovich, *Il danno al nascituro*, in *Resp. civ.*, 1994, p. 403 ss., nota di E. Ioratti, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*; in *Corriere Giur.*, 1994, pp. 479 ss., nota di A. Batà, *La tutela del concepito ed il diritto a nascere sano*; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 550 con nota di D. Carusi, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*; in *Dir. Economia Assicuraz.*, 1994, p. 313 ss.

52. Il riferimento è a Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, I, p. 141 ss.

madre di tale scelta, a causa dell'inesatta prestazione del medico, comporta che gli effetti negativi del suo comportamento si riverberano anche sul padre⁵³.

In tempi più recenti, la Corte di Cassazione nella sentenza n. 16754/2012 ha esteso, per la prima volta, gli effetti protettivi del contratto, oltre che in capo ai genitori, anche in favore del bambino che sia nato affetto da malformazioni fetali non diagnosticate nel corso della gravidanza, nonché in favore dei suoi fratelli e sorelle⁵⁴. Recentemente, sulla questione, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza, n. 25767, del 22 dicembre 2015, hanno stigmatizzato il ricorso alla figura in esame come strumento di progressivo allargamento della tutela risarcitoria al figlio, ma anche al padre e ai fratelli⁵⁵.

V'è da domandarsi se il contratto con effetti protettivi abbia nel nostro ordinamento spazi applicativi ulteriori rispetto a quelli fino ad oggi ricevuti⁵⁶.

Il quesito che ci si pone è se, una volta adottato il sistema, esso sia suscettibile di trovare applicazione anche in ambiti diversi. In particolare, quando non si ponga il problema della violazione di un diritto costituzionalmente tutelato, o addirittura di un diritto inviolabile della persona, ma venga invece in considerazione un interesse meramente economico del terzo.

Nell'ordinamento tedesco ciò è già avvenuto, come già detto, nelle ipotesi, ad esempio, del professionista che aveva ritardato la redazione del testamento con cui il *de cuius* intendeva istituire erede universale la figlia, la quale poi agiva per il risarcimento nei con-

53. Cfr. Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Resp. civ.*, 2003, p. 117 ss., con nota di M. Gorgoni, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*; in *Guida al diritto*, 2002, p. 32 ss., con nota di M. Rodolfi, *La perdita della possibilità di abortire si riflette sulla vita di entrambi i genitori*; in *Foro it.*, 2002, I, c. 3115; Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Resp. civ. e pren.*, p. 117 e seguenti; in *Danno e resp.*, 2003, p. 403 ss., con nota di A. Bitetto, *Bambino inatteso... paga il medico consapevole della possibilità del suo arrivo!*; in *Giust. civ.*, 2003, I, pp. 2597 ss., con note di E. Giacobbe, *La filiazione da inadempimento* e di S. Baldassari, *Sterilità mancata. La nascita indesiderata e la responsabilità del medico*. Dopo questi primi due interventi del 2002, la giurisprudenza ha continuato ad utilizzare la figura in esame per estendere, nelle ipotesi di nascita indesiderata, la tutela contrattuale anche a favore del padre del nascituro. In tal senso, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 559 ss.; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Foro it.*, 2006, 7-8, p. 2097 ss.; Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Dritto & Giustizia*, 2010, p. 147 ss.

54. Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Resp. civ. e pren.*, 2013, 1, p. 335 ss., con nota di P. Frati, M. Gulino, S. Zaami, E. Turilazzi, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne*; in *Rin. it. Medicina legale*, 2013, 2, p. 1022 ss., con nota di M. Gerbi, E. Mazzilli, *Dalla vis expansiva dell'azione di wrongful birth al superamento delle ultime barriere per il risarcimento l figlio non voluto: lo stato funzionale di infermità come lasciapassare per l'esplicito accoglimento dell'azione di wrongful life*.

55. Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Foro it.*, 2016, I, c. 494, con nota di C. Bona, *Sul diritto a non nascere e sulla sua lezione*; in *Dir. civ. cont.*, marzo 2016, con nota di F. Piraino, «Nomina sunt consequentia rerum» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite 22 dicembre 2015 n. 25767.

56. Interessanti risultano le decisioni recenti in materia di responsabilità medica. Su tutte, Cass., 13 novembre 2015, n. 23198, in *Diritto & Giustizia*, 2016, con nota di S. Calvetti, *La responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale*.

fronti del professionista a seguito della morte del padre prima che il testamento fosse approntato (cd. *Testamentfall*).

Rispetto a tale ipotesi, non sembra che nel nostro sistema giuridico sia possibile riproporre la soluzione della giurisprudenza tedesca, in quanto per il professionista (avvocato o notaio), chiamato a prestare la propria consulenza in materia testamentaria, non è ipotizzabile un obbligo di protezione né nei confronti del testatore, né tantomeno nei confronti del terzo possibile beneficiario. A ciò si aggiunga che nell'ordinamento italiano è difficile pensare che l'eventuale beneficiario di un testamento possa far valere delle pretese nei confronti del professionista che non ha proceduto alla materiale redazione dell'atto o che, per negligenza, non ha rispettato la forma richiesta, *ad substantiam*, per l'atto medesimo. Questo, soprattutto perché, a livello sostanziale, l'autonomia testamentaria non consente, nella sua massima espressione, di riconoscere alcuna pretesa in capo ad alcuno fin quando la stessa non si sia espressamente manifestata⁵⁷.

In termini generali, quindi, nell'ambito del nostro ordinamento, allo stato attuale, risulta difficile offrire tutela contrattuale alle ipotesi (similari al *Testamentfall* tedesco) di danno meramente economico subito dal terzo a causa dell'attività del professionista soprattutto perché non è presente, nel nostro sistema giuridico, alcuna disposizione che, come nel BGB, espressamente preveda gli obblighi di protezione ed, esplicitamente, li estenda anche a chi non sia parte del contratto⁵⁸.

Per quanto concerne la figura del contratto a danno di terzo, occorre stabilire se, nella sostanza, a fronte dell'esistenza del dogma della relatività degli effetti contrattuali, un contratto possa produrre effetti pregiudizievoli nei confronti dei terzi. In altre parole, ci si domanda se le parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale possano

57. Si veda, a tal proposito, C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto*, cit., p. 200 ss.; nel quale si stabilisce che qualora «si accogliesse un'azione di danni del previsto erede o beneficiario di disposizione testamentaria per la mancanza del testamento o a causa della nullità di una disposizione, l'attore finirebbe con il conseguire, per il tramite della responsabilità civile, il vantaggio equivalente a quello della disposizione testamentaria nonostante la mancanza della disposizione stessa». E ciò sarebbe «in diretto contrasto con la funzione costitutiva dell'acquisto mortis causa attribuita dalla legge alla volontà testamentaria manifestata nelle forme previste ad substantiam». In senso contrario, G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pp. 161 ss., che era favorevole ad una responsabilità aquiliana del notaio.

58. Un'interessante apertura, in questo senso, sembra rinvenibile nella sentenza della Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Danno e resp.*, 2008, p. 160 ss., nella quale è stato affermata la responsabilità contrattuale della banca negoziatrice per aver consentito, in violazione delle specifiche regole poste dall'art. 43 della legge assegni (r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736), l'incasso di un assegno bancario, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo. Ciò, in quanto, la banca ha, nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse sono dettate le regole di cui si presume la violazione, un obbligo professionale di protezione consistente nel far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso. Si veda, anche, Trib. Avezzano, 2 gennaio 2017, in *www.dejure.it*, nella quale si stabilisce la responsabilità contrattuale del professionista, nei confronti del compratore, per aver rilasciato al venditore un certificato energetico erroneo. Si annoverano, in tal modo, all'interno della figura del contratto con effetti protettivi anche le ipotesi di cd. responsabilità da status.

porre in essere un contratto che risulti dannoso delle posizioni giuridiche di soggetti estranei al rapporto.

La figura del contratto a danno di terzi viene, per la prima volta, considerata nei primi anni del novecento da Sraffa, il quale ipotizzava l'esistenza, appunto, di un contratto a danni di terzi come fonte di responsabilità extracontrattuale *ex* articolo 1151 del c.c. del 1865. Nel caso di specie, si trattava di un accordo tra alcune Compagnie di assicurazione ad non assumere ispettori da altre Compagnie senza il consenso della Compagnia di appartenenza⁵⁹.

La tesi di Sraffa rimase isolata nella dottrina dell'epoca ed anche in quella successiva. Fino alla metà degli anni settanta, infatti, il giurista italiano ha ritenuto prevalente il dogma della relatività contrattuale e dell'autonomia delle parti, in quanto l'imposizione di un obbligo di non interferenza nel contratto altrui avrebbe come conseguenza che ogni contratto sarebbe un contratto a danno di terzi perché limitativo della libertà di questi ultimi.

Successivamente, la dottrina italiana sulla scorta della teoria di matrice anglosassone del *tort of inducing breach of contract*, ha iniziato a parlare di interferenza dolosa del terzo nelle posizioni contrattuali altrui⁶⁰. Il principio di non interferenza nelle altrui posizioni contrattuali è il punto di argiva di un'elaborazione dottrinale, iniziata negli anni cinquanta del secolo scorso, che ha portato all'ammissibilità della tutela aquiliana del contratto⁶¹. In virtù di ciò, il terzo si comporta *non iure se*, in violazione delle regole di correttezza, conclude un contratto che sa essere incompatibile con un assetto negoziale preesistente.

Pertanto, ad oggi, è principio recepito da tempo, sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, quello secondo cui i terzi non possono interferire, dolosamente, nelle posizioni contrattuali altrui attraverso la stipulazione di un contratto incompatibile con l'assetto negoziale preesistente. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza sopra citate, pur considerando il terzo responsabile dei danni sofferti dal contraente, ritengono impregiudicata la posizione acquisita dal terzo in mala fede.

Da ciò emerge la contraddizione concettuale e giuridica della suddetta ricostruzione che assume, quindi, una duplice rilevanza: essa, da un lato, si pone come lecita manifestazione di autonomia contrattuale e, dall'altro, può essere oggetto di un giudizio di responsabilità a carico di uno dei contraenti per i danni causati da un soggetto che, rispetto all'atto negoziale preesistente ed incompatibile, assume la posizione di terzo.

Partendo, quindi, dall'esistenza, nell'ambito della ricostruzione tradizionale, di un'aporìa concettuale e giuridica si deve, a questo punto, riflettere sulla possibile configura-

59. In tal senso, A. SRAFFA, *Contratti a danno di terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 453 ss.

60. In tal senso, E. MOSCATI, *Il contratto e la responsabilità dei terzi*, in L. VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 2552 ss.

61. A tal proposito, D. BARBERO, *Responsabilità aquiliana per lesioni del rapporto personale*, in *Foro pad.*, 1951, III, c. 160; ID., *Ancora sulla responsabilità extracontrattuale per lesione di rapporto personale*, in *Foro pad.*, 1952, III, c. 67; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, p. 254 ss.

zione della figura del contratto a danno di terzi come possibile mezzo per poter risolvere la contraddizione insita nell'atteggiamento (dottrinale e giurisprudenziale) maggioritario.

Riflettere sulla possibile configurazione della figura del contratto a danno del terzo, significa, nella sostanza, stabilire se, a fronte dell'esistenza del dogma della relatività degli effetti contrattuali, un contratto possa produrre effetti pregiudizievole nei confronti dei terzi. In altre parole, ci si domanda se le parti di un contratto, nell'ambito dell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possano porre in essere un contratto che risulti dannoso delle posizioni giuridiche di soggetti estranei al rapporto medesimo.

Nella sostanza, il problema del contratto a danno del terzo è un problema di rapporto fra principio di relatività del contratto, principio di libertà contrattuale e rilevanza esterna del contratto medesimo. Si tratta di comprendere, in altre parole, se, attraverso una rivisitazione del dogma della relatività contrattuale e di quello di autonomia privata, si possa giungere ad ammettere la configurabilità della figura in esame⁶².

Sul punto, merita, fin da ora, ricordare le parole di colui che per primo si è posto il problema dell'esistenza di un contratto a danno del terzo. Tale autore evidenzia la dimensione sociale e politica (e non solo giuridica) del problema che stiamo affrontando⁶³. Ed è proprio mostrando la dimensione sociale del contratto che è, probabilmente, possibile risolvere la contraddizione concettuale che sta dietro all'idea del contratto a danno del terzo.

Tradizionalmente, all'interno della categoria dell'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali altrui vengono ricomprese anche le ipotesi di induzione all'inadempimento mediante contratto, nelle quali il comportamento interferente del terzo si sostanzia nella stipulazione, con una delle parti, di un contratto incompatibile con i precedenti impegni negoziali. Esempi classici di questa figura di illecito sono la doppia vendita immobiliare e gli illeciti concorrenziali.

Non potendo, in questa sede, procedere con un'analisi specifica di queste due ipotesi, dobbiamo sottolineare come i casi di stipulazione di un contratto incompatibile con i precedenti impegni negoziali potrebbero essere ricostruiti secondo una diversa prospettiva. Quel contratto incompatibile potrebbe essere configurato come un contratto a danno del terzo, in cui terzo è la controparte del precedente contratto.

A questo punto, occorre riflettere sulla figura del contratto a danno del terzo e sulle conseguenze che essa potrebbe avere in ordine all'interpretazione dei principi di autonomia contrattuale e di relatività degli effetti del contratto.

62. A tal proposito, B. TROISI, *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, cit., p. 270, ricorda che «il codice del '42, pur essendo ispirato al mito dell'efficienza produttiva, garantisce sempre un minimo di moralità nei traffici commerciali e non arriva mai a premiare la mala fede e il comportamento fraudolento, ma al contrario è costantemente governato dal principio di tutela dell'affidamento».

63. In tal senso, A. SRAFFA, *Ancora sul contratto a danno dei terzi*, cit., p. 68, secondo cui «per la risoluzione di certe questioni giuridiche, la pura logica e quella giuridica ancora valgono pochino; certe idee direttrici, d'ordine giuridico-sociale o giuridico-morale, portano fatalmente dove la logica non arriva, o al di là dove la logica giunge».

Quando, in altra parte di questo scritto, è stata analizzata l'attuale valenza del principio di relatività contrattuale di cui all'articolo 1372/2 c.c., si è detto che tale principio necessita di una rivisitazione rispetto al rigido formalismo che emerge dal dato normativo. Il contratto, nella sua dimensione sociale, produce, nonostante le affermazioni di principio del legislatore del '42, effetti anche nei confronti dei terzi.

Per queste ragioni, al soggetto (terzo rispetto all'accordo intercorrente fra le parti), portatore di interessi lesi da un atto posto in essere da altri, dovrebbe essere riconosciuto il potere di eliminare gli effetti negativi che l'atto medesimo produce nella propria sfera giuridica. In particolare, siffatto potere gli dovrebbe essere riconosciuto tutte le volte che il contratto *inter alios* sia espressione di un abuso del diritto da parte di coloro che lo hanno posto in essere⁶⁴.

Considerare il contratto a danno del terzo come abuso del diritto significa, riflettere, anche, sulla possibile rilevanza dell'abuso della libertà contrattuale. Dove esiste una libertà, infatti, esiste la possibilità di configurare un comportamento abusivo, che si sostanzia nell'utilizzazione di tale libertà al solo scopo di nuocere ad altri o in maniera distortiva rispetto allo scopo per cui essa viene attribuita al soggetto⁶⁵.

A tal proposito, come è noto il codice civile, dopo aver sancito, all'articolo 1322, il principio di autonomia contrattuale, prevede, in una serie di articoli, delle formule che sono destinate ad arginare l'esercizio della libertà contrattuale a salvaguardia dell'ordine pubblico, del buon costume, della morale, delle norme imperative. Cosicché, l'eventuale utilizzo, da parte delle parti del contratto, dell'autonomia contrattuale in contrasto con i criteri suddetti, ben può configurare una forma di abuso del diritto.

In questa ottica, quindi, il contratto che sia stato stipulato dalle parti con l'intento di danneggiare i terzi, pur essendo una libera manifestazione della loro autonomia contrattuale, può dar luogo ad un comportamento abusivo.

Nell'ottica della configurazione del contratto a danno del terzo come forma di abuso del diritto, svolgono un ruolo determinante sia la normativa costituzionale – la quale ci permette di verificare il contenuto dei diritti che spettano a ciascuna parte – sia l'attività di interpretazione⁶⁶.

64. Sul punto, F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 251 ss., il quale rinviene nella clausola di ingiustizia del danno quel criterio che è stato «elaborato per conformare l'azione soggettiva, entro quei limiti, superati i quali la condotta deve essere valutata in termini di abuso».

65. In tal senso, R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto Privato*, Vol. III, 1997, p. 217 e seguenti; sull'abuso del diritto in materia contrattuale, si vedano anche, G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993; AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

66. In riferimento al ruolo fondamentale svolto, nell'individuazione dell'esistenza di un'ipotesi di abuso del diritto, dalla normativa costituzionale e dall'interpretazione, G. FURGIUELE, *Abuso del diritto. Foglio di presentazione*, in *Diritto Privato*, Vol. III, 1997.

L'importanza della normativa costituzionale e dell'attività di interpretazione nell'individuazione delle diverse ipotesi di abuso, ci porta ad una, ulteriore, considerazione.

Ci si pone, cioè, il problema di stabilire quale rapporto esiste, attualmente, fra valori costituzionali e dogmi di diritto civile. Una visione moderna della realtà impone, necessariamente, una rilettura degli istituti civilistici alla luce delle scelte operate a livello costituzionale. Ed in un contesto di relativizzazione dei concetti civilistici rispetto al momento storico di riferimento, il contratto – che nasce come massima espressione dell'individualismo – diviene, con l'avvento della Costituzione, socialmente rilevante⁶⁷.

Questa nuova dimensione sociale del contratto, comporta una rilettura, costituzionalmente orientata, del principio di libertà contrattuale, al fine di garantire il pieno sviluppo della personalità e della dignità umana secondo i valori di cui agli articoli 2 e 3 della Costituzione.

In altri termini, all'apice del sistema si pone l'individuo come valore, con la conseguenza che le situazioni patrimoniali sono, inevitabilmente, condizionate dal rispetto dei diritti inalienabili dell'uomo e della solidarietà fra gli stessi individui. Solidarietà che, nell'economia del discorso che stiamo affrontando, vieta ai soggetti di esercitare la propria libertà contrattuale in danno di soggetti estranei al rapporto negoziale⁶⁸.

Se quella sopra esposta è la prospettiva che, probabilmente, dovrebbe essere adottata, la realtà ci offre una visione diversa. Il diritto dei contratti, infatti, non ha mai recepito l'impronta solidaristica della Costituzione, non si è mai compiuta quella "costituzionalizzazione del contratto" auspicata da alcuni civilisti⁶⁹.

Al di là di quelle che possono essere le ricostruzioni concettuali in ordine al rapporto fra contratto e valori costituzionali, non si può non sentire la necessità di una rilettura di alcuni dogmi fondamentali della disciplina dei contratti. Innanzitutto, una rilettura meno formalistica del principio di relatività degli effetti contrattuali ed una riconsiderazione del ruolo dell'autonomia contrattuale che rappresenta, a livello dog-

67. Sul punto, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 129 ss.

68. In tal senso, P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 223 ss.; nello stesso senso, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione Repubblicana*, relazione al Convegno AIC, Torino, 2011, il quale ritiene, in una prospettiva più ampia, che la «libertà economica è vista dunque come espressione sì delle libertà individuali, ma come libertà da esercitare secondo i canoni della concorrenza e dell'utilità sociale e quindi in una dimensione collettiva, tale da non incidere sulle forme di espressione della persona».

69. Sul punto, G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., pp. 127 ss.; interessante anche la posizione di F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente"*, oggi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, II, p. 413 ss. In senso contrario, rispetto alla visione solidaristica del contratto attraverso la costituzionalizzazione dei principi di buona fede e correttezza (si veda, a tal proposito, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss.), A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354 ss., secondo cui «i giudici che si affannano a correggere secondo buona fede i contratti non assicurano affatto giustizia», giungendo ad «abrogare il diritto dello scambio di tutti i paesi evoluti».

matico, l'antecedente diretto dell'idea secondo cui il contratto può produrre effetti soltanto nei confronti delle parti.

Pertanto, attualmente, l'atto di autonomia assume, una funzione più ampia rispetto al passato, tant'è che lo stesso trova la sua legittimazione, non solo nella volontà delle parti, ma nel più complesso dell'intero sistema, con la conseguenza che il controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti rende, da un lato, necessaria l'integrazione con le altre regole che concorrono alla determinazione dell'efficacia del negozio e, dall'altro lato, lecito il riverbero dei suoi effetti anche nei confronti dei soggetti terzi.

Tutto ciò, ci porta a concludere che, nel bilanciamento tra esigenze di sicurezza e certezza della circolazione e la tendenza alla moralizzazione dei traffici, il contratto perde il suo connotato di intangibilità e diviene un'operazione economica che, come tale, può essere intaccata anche da soggetti estranei⁷⁰.

4. Conclusioni.

Come è, ormai, noto l'articolo 1372 del c.c., dopo aver sancito che il contratto “*ha forza di legge tra le parti*”, afferma, al secondo comma, che lo stesso “*non produce effetti rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*”. In questa breve riflessione si è, più volte, ribadito che, nonostante il rigore della formula adottata dal legislatore del '42, il problema degli effetti del contratto nei confronti dei terzi è, in realtà, molto più complesso ed articolato di quanto possa sembrare dalla semplice lettura esegetica della norma del codice civile.

La questione, però, deve essere necessariamente vista in un'ottica più ampia partendo dal presupposto che il contratto, come ogni altro rapporto giuridico, opera, non di per sé in un contesto chiuso, ma all'interno dell'intero sistema. In questo senso, quindi, il problema, affrontato sia a livello dottrinale che giurisprudenziale, è stato quello di distinguere fra il contratto come realtà obbiettiva, come fatto sociale che rileva, in quanto modificativo dello *status quo*, verso la generalità dei consociati, ed il contratto come fonte produttiva di effetti nei confronti di determinati soggetti estranei al rapporto che lega i contraenti⁷¹.

Il principio di relatività, nonostante il suo rigorismo, non è un dogma attorno al quale si stabiliscono delle regole fra loro coerenti. Esso, al più è chiamato a svolgere una funzione di coordinamento della materia degli effetti del contratto rispetto a certi concetti di tradizione romanistica e giusnaturalistica. Ciò, spiega per quale ragione, accanto alla regola formale, secondo cui, il contratto “non produce effetti rispetto ai

70. In tal senso, si ricorda la, più volte ricordata, posizione di J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans le contrats*, cit., pp. 35 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, IV, p. 409 ss.; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 143 ss.

71. In questo senso, M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (a cura di), *Trattato dei contratti*, cit., p. 1183 ss.; N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 728 ss.; F. ALCARO, M.L. BANDINELLI, M. PALAZZO, *Effetti del contratto*, in P. Perlingieri (a cura di), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, cit., p. 59 ss.

terzi”, si sia sviluppata, come è stato già messo in luce, una sorta di «giungla estesa di fattispecie e di questioni»⁷² che si pongono come eccezioni, più o meno, ampie al principio di relatività contrattuale.

Tale constatazione iniziale ci porta a riflettere sull’effettivo significato del principio in commento, il quale, inteso nel senso rigoroso attribuitogli dalle codificazioni europee ottocentesche, soffre di un’evidente contraddizione. Da un lato, infatti, sono necessarie, pena la paralisi del traffico giuridico, eccezioni alla regola generale del divieto di produzione di effetti nei confronti dei terzi; dall’altro lato, non sono previsti all’interno del sistema criteri in grado di garantire una certa coerenza alle diverse ipotesi eccezionali.

La contraddizione suddetta probabilmente deriva dal fatto che la regola posta dall’articolo 1372 c.c. è, a livello esegetico e letterale, composta da parole ed espressioni polisemiche alle quali possono, appunto, essere attribuiti diversi significati: per esempio, il contratto può essere inteso sia come fatto che come atto giuridico; ed ancora lo stesso termine “terzi” può condurre a diversi significati (sono terzi coloro che rimangono estranei alla stipulazione, oppure coloro che sono estranei alla sfera di interessi tutelati dal contratto medesimo?)⁷³.

Tale ambiguità di significati genera, inevitabilmente, la frantumazione del principio. A tal proposito, occorre sottolineare che, come abbiamo visto, il principio in commento è il frutto dell’ideologia giusnaturalistica che, da un lato, promuoveva l’autonomia individuale e, dall’altro, era chiamata a rassicurare i consociati sul fatto che, nonostante il carattere fondamentale della libertà contrattuale, il contratto può produrre effetti soltanto nei confronti delle parti. Questa duplice necessità ha prodotto il principio di relatività così come ci appare, anche, nella lettera dell’articolo 1372 del codice civile. I giusnaturalisti, però, non si sono limitati ad affermare, per le ragioni suddette, che il contratto produce effetto solo fra le parti e non anche nei confronti dei terzi, ma hanno, per così dire, convinto i consociati che, tale regola, ha una giustificazione tecnica arrivando ad affermare, in virtù delle regole di stampo romanistico, che il principio di relatività, non è un’affermazione di un valore, ma è la semplice descrizione di una regola che, in realtà, già esiste⁷⁴.

72. Cfr. G. ALPA, A. FUSARO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., p. 5; nello stesso senso, A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 337 ss., il quale pone l’accento sulla «mancanza di carattere ordinante del principio di relatività».

73. Si rinvia a A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., il quale sottolinea che tale diversità di significati debba essere, in parte, attribuita «al carattere ideologico e non tecnico del principio racchiuso nell’art. 1165 code civile», ed, in a parte, ritenuta «il prodotto di una lacuna culturale che coinvolge buona parte del percorso storico della nostra scienza».

74. In questo senso, M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 152 ss., nel quale

In verità, come si è cercato di dimostrare, non è proprio così. Infatti, è oramai un dato di fatto che il contratto possa produrre effetti, favorevoli o sfavorevoli, nei confronti dei terzi. Affermare, nella sostanza, che il contratto, in quanto rapporto fra due parti, non può interessare i terzi è sbagliato e riduttivo, in quanto, come abbiamo visto, lo stesso può essere fonte di esternalità positive o negative.

A quanto finora detto, si deve aggiungere che il sistema, nella sua generalità, pecca di coerenza, perché se, da un lato si sancisce con assoluta rigidità il principio di relatività degli effetti contrattuali, dall'altro lato, nell'ambito della disciplina delle nullità contrattuali si sancisce, all'articolo 1421 c.c., che la legittimazione spetta a *“chiunque vi abbia interesse”*, evocando, in tal modo, il problema degli effetti esterni del contratto che il dogma della relatività continua ad ignorare.

Pertanto, se oggi le cose sono cambiate rispetto al passato ci troviamo dinanzi ad una norma che, lungi dall'essere assolutamente palese, pone una serie di problemi ed interrogativi che possono essere risolti, soltanto, attraverso il ricorso all'interpretazione.

Nonostante ciò, però, è altrettanto vero che, in linea di massima il principio di relatività viene ancora percepito dal sistema come una regola generale dotata di una serie di eccezioni. In questo contesto, quindi, si possono trarre alcune conclusioni: ad oggi, il principio di relatività, muovendo da prospettive diverse rispetto a quelle passate, perde la sua rigorosa effettività ed, a seguito di ciò, l'assunto, secondo cui il contratto *“produce effetto solo fra le parti”* è vero finché il contratto medesimo non produce poste che vengono sopportate dai terzi. In questi casi, l'interprete tende a risolvere la questione addossando i costi, eventualmente sopportati dai terzi, a carico dei contraenti. Ciò avviene utilizzando o gli strumenti tipici del diritto delle obbligazioni, oppure le regole proprie della responsabilità civile (basti pensare, per esempio, allo sviluppo della teoria della tutela aquiliana del contratto).

È, altrettanto, evidente che, al fine di inquadrare la posizione del terzo rispetto al contratto, non sono sufficienti i concetti classici di opponibilità, affidamento, effetti diretti o riflessi, ma diviene necessario utilizzare, nell'opera di interpretazione delle fattispecie contrattuali che generano esternalità, anche concetti legati all'analisi economica e regole morali (principio di solidarietà, divieto di discriminazione) che, tra l'altro, hanno valenza costituzionale.

In conclusione, occorre sottolineare come si debba far emergere un aspetto fondamentale dell'attuale configurazione dei sistemi giuridici. Nella sostanza, l'idea che il contratto possa produrre effetti nei confronti dei terzi, è la conferma del fatto che l'interprete non si deve soffermare sul significato letterale delle regole del codice;

si sostiene che nel corso del diciannovesimo secolo si ravvisava nella formula «il contratto ha effetto solo tra le parti» un «principio ovvio, quindi, sottratto all'analisi critica».

l'interpretazione rappresenta una parte fondamentale del diritto inteso come fenomeno complesso di cui la legge è soltanto una componente che viene, appunto, interpretata e rivisitata alla luce dell'esigenza che, di volta in volta, s'intende soddisfare⁷⁵.

75. Per comprendere meglio il ruolo dell'interpretazione nella costruzione del fenomeno giuridico si possono confrontare tre diverse posizioni sostenute da tre Autori che appartengono a realtà giuridiche differenti. Innanzitutto, H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, II ed., Milano, 1954, il quale, come sostenitore dell'idea del diritto come complesso di norme, ritiene che l'interpretazione si sostanzia esclusivamente nella lettura del testo di legge: in altre parole, l'interpretazione, secondo l'Autore, si riduce ad un atto teoretico-conoscitivo. Una visione diversa viene proposta da SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946, secondo cui il diritto non consiste nel puro e semplice complesso di norme, ma esso «prima di essere norma e prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura e posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante»; per cui, secondo l'Autore in commento, nello svolgimento dell'attività interpretativa, non ci si deve limitare alla lettura della norma di legge, ma occorre considerare tutta una serie di aspetti, principi, concetti ulteriori che, come tali, influiscono sul fenomeno interpretativo. Altra posizione da considerare è quella di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1978, trad. it., *I diritti presi sul serio*, in *Collana di testi e studi. Classici del pensiero politico e economico europeo nel Novecento*, Milano, 1982, il quale, come fautore della teoria interpretativa, sostiene che il diritto è qualsiasi cosa scaturisca da un'interpretazione costruttiva della storia di un sistema giuridico; l'Autore, nell'esaltazione del ruolo dell'interpretazione come fonte diretta da cui scaturisce l'idea stessa di diritto, considera «*carte vincenti*» i principi che, a differenza delle regole che possono essere giuste o ingiuste, possono essere solo giusti, in quanto nascono da esigenze di giustizia. Per un'analisi accurata del rapporto fra diritto ed interpretazione, si rinvia a G. FURGIUELE, *Notazioni sull'insopprimibile nesso fra diritto e interpretazione*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, Vol. 39, pp. 781 ss.

L'EVOLUZIONE DEI RIMEDI NEL DIALOGO FRA LEGGE E GIUDICE

GIUSEPPE VETTORI

Prof. ordinario Università di Firenze

SOMMARIO: 1. La Legge e i Giudici fra diritti e rimedi. - 2. Ripensare i rimedi "sul serio". - 3. La meritevolezza fra storia e dogma. - 4. Le norme di validità e l'ordine pubblico.

1. La Legge e i Giudici fra diritti e rimedi.

Fra otto e novecento l'ordine giuridico ha iniziato a manifestarsi nella forma dei diritti fondati sulle Costituzioni, prima e al di là della legge.

Con luci e ombre, come si dice. Bobbio ha raccolto, negli anni novanta, una serie di saggi precisando meriti e limiti dell'età dei diritti, Dworkin ha sottolineato che la loro tutela può aggirare il ruolo delle maggioranze politiche, superate spesso da "briscole" (i diritti appunto) con un peso maggiore della sovranità popolare.

Da qui una tensione fra due immagini della democrazia, a seconda che essa si identifichi con la volontà popolare o con un sistema plurale di strumenti e di garanzie idoneo a garantire vecchi e nuovi diritti.

Sono note le diversi visioni. Si rifiuta un costituzionalismo che sottragga alla sovranità popolare il compito di fissare, con legge, le situazioni soggettive fondamentali. Per una pluralità di motivi. Non solo per la critica a diverse visioni del diritto (la giurisprudenza degli interessi, il realismo, l'ermeneutica), ma per un pregiudizio ideologico. Il timore che il declino del positivismo finisca per sostituire al processo democratico fondato sulla legge, un assetto aristocratico affidato ai giudici e ad un ordine di sapienti, soli, custodi del diritto.

Anche chi ha contribuito, in passato, alla garanzia dei diritti, parla di essi, in un libretto recente, come forme spesso imposte, a volte violente, tutt'altro che innocenti, sino a riscoprire il dovere di avere doveri.

Non mi riconosco in questi timori o ritorni al passato per molte ragioni. Ne indico alcune.

I diritti sono stati grandi motori di espansione della democrazia contro gli eccessi del Potere (politico, religioso, economico) e sono da sempre strumenti di potenziamento di prerogative essenziali della persona garantite, oggi, da un sistema multilivello.

Certo, occorre coniugare l'ampliamento fisiologico dei poteri del giudice con la necessità del testo normativo e non mancano posizioni, lucide ed equilibrate, sullo spazio che l'ordinamento attribuisce all'interprete e sulla legittimazione del giudice basata sulla professionalità e la rigorosa integrazione con l'essenza della vita democratica del nostro paese.

D'altra parte la scienza giuridica più autorevole avverte, da tempo, che la forma generale e astratta è sempre meno capace di fissare un giusto equilibrio fra istanze sociali e forme di rilevanza giuridica. E sta tutto qui il successo e l'onnipresenza attuale di un richiamo all'effettività. Che ha un significato non declamatorio ma precettivo. Il principio serve a individuare e garantire alle situazioni sostanziali meritevoli una tutela reale, concreta e adeguata. Ciò in base a precisi testi normativi (artt. 2 e 24 Cost., 13 CEDU, 19 TUE, 47 Carta di Nizza-Strasburgo) che esigono conformità effettiva, appunto, ad un ordine costituzionale e sopranazionale.

Basta qualche esempio.

La tutela delle persone con disabilità non può essere riconosciuta solo “nei limiti della disponibilità finanziaria perché è la garanzia di tali diritti ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionare la loro doverosa erogazione. Con ciò si fissa con chiarezza chi e che cosa garantisce, in tal caso, l'effettività. L'Amministrazione competente deve iscrivere in bilancio con priorità su altre le risorse necessarie per attuare i diritti dei disabili. La legge che vieta o limita tale dovere è incostituzionale.

Tutto ciò serve a ribadire che la cognizione del Giudice delle leggi, in materia finanziaria, non è limitata da una zona franca, ma esige un criterio ermeneutico basato sulla interrelazione e integrazione tra precetti e valori, idonei ad escludere una lesione della effettività dei diritti garantiti. Ma il discorso può proseguire in un ambito più generale.

2. Ripensare i rimedi “sul serio”.

Da circa dieci anni la giurisprudenza di legittimità in Italia riconosce l'autonomia dell'azione risarcitoria anche in presenza di un contratto concluso e valido. Per un motivo chiaro. I comportamenti sleali delle parti esigono, in base ad una lettura attenta delle legge (art. 1440 e 1337 c.c.), un rimedio autonomo rispetto alla validità o invalidità del contratto concluso. Occorreva solo un ripensamento del rapporto fra regole di validità e responsabilità e si è concluso che le une non assorbono le altre, ma entrambe sono esperibili nei limiti della compatibilità.

Tale risultato ha retto alle critiche ampliando i rimedi a tutela della parte che subisce, nella fase formativa del contratto, contegni in mala fede dell'altra.

Il giudice deve accertare, su impulso di parte, l'esistenza di un comportamento scorretto in base a precise norme (1337 1440 c.c.) ed esaminare tutte le circostanze specifiche. Se la conclusione del contratto è avvenuta con la piena consapevolezza di entrambi i contraenti dell'esistenza di comportamenti scorretti non si potrà poi sollevare la violazione della buona fede, senza *venire contra factum proprium*. Queste ed altre accortezze possono consentire giudizi equilibrati e ragionevoli filtrando, tramite la clausola generale, principi e orientamenti recepiti dal sistema normativo. Un ragionamento semplice e rigoroso che non intacca alcun fondamento di certezza e legalità.

In modo analogo la giurisprudenza sta ripensando, ora, l'ambito dei rimedi invalidanti. Con adesioni e dissensi. Tutto inizia ancora da un caso concreto.

La Corte valuta il contenuto, controverso, della clausola (*claims made*) che “condiziona la copertura assicurativa a due fatti: il sinistro e la denuncia che debbono verificarsi, entrambi, nel periodo di vigenza della polizza”. Si esclude l'illiceità ma ci si chiede, giustamente, sino a che punto le parti possano snaturare il contratto di assicurazione, condizionando la copertura ad una barriera temporale che, in certi casi, appare intollerabile. Da qui la sollecitazione di un'indagine sulla meritevolezza della clausola, sull'applicazione dell'art. 33 del codice del consumo e sulla posizione del professionista obbligato ad un'assicurazione a favore di terzi.

La critica di alcuni commentatori è tanto forte quanto ingiustificata. Il rinvio alla meritevolezza e alla causa come strumenti di controllo dell'autonomia privata, è considerato pericoloso sino ad evocare una tempesta perfetta che vanificherebbe un criterio astratto e generale sulla validità di questa e altre clausole, sola garanzia di certezza e prevedibilità.

In realtà la sentenza ha solo ripensato forme giuridiche, a lungo ineffettive, con attenzione alla buona teoria e ai precedenti. Una successiva decisione è esemplare nel precisare il ruolo attuale dell'art. 1322 c.c. negli atti di autonomia atipici e il ragionamento è apprezzabile per diversi motivi.

Si sottrae il giudizio alle premesse corporative del codice del 1942 e si collega ai principi di ordine pubblico, riletti alla luce delle norme costituzionali. In particolare gli articoli 2, 4 secondo comma e 41 secondo comma che sottopongono a controllo il risultato di ogni atto di autonomia privata in base ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione.

Si esaminano, poi, alcuni significativi precedenti giudiziari per ricondurre a sistema i tratti di questo controllo giudiziale usato nei confronti di “patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, hanno per “scopo o per effetto di a) attribuire ad una delle parti *un vantaggio ingiusto e sproporzionato senza contropartita per l'altra*; b) porre taluno in una posizione *di indeterminata soggezione* rispetto all'altro; c) costringere una di essi a tenere condotte contrastanti coi superiori *doveri di solidarietà*”.

Questa argomentazione resiste ad una verifica dogmatica attenta. Solo qualche cenno.

3. La meritevolezza fra storia e dogma.

I vecchi dogmi, si sa, non furono capaci di risolvere il problema della giustizia e della razionalità del contratto perché unificarono nel concetto di causa ciò che non poteva essere compreso in una sola categoria.

Per tutto il novecento si è andati alla ricerca in Europa di rimedi più efficienti, seguendo ideologie ed esigenze diverse. Una lucida analisi storica ha posto in luce come la giustizia contrattuale “sia stata un nodo irrisolto del diritto privato italiano fra otto e

novecento”, ed ha spiegato bene il perché. Nel volume si riproducono le decisioni di casi sulle clausole vessatorie, sui patti gravosi, gli interessi usurari e le sopravvenienze, tutte unite dall'intento di dare risposte alle istanze di equilibrio e di protezione in conflitto con i principi cardine dell'individualismo e della dottrina classica del contratto.

Il problema era già allora chiaro. L'utilizzo insufficiente di tutele e istituti (vizi della volontà, rescissione) in funzione di limite alla forza obbligatoria del contratto e dell'intangibilità dell'accordo. Una prima risposta si tentò nel 1938 nella riforma del codice ove si riproduceva nell'art. 22 le scelte del Progetto italo-francese che aveva ipotizzato un rimedio di grande modernità, ripreso oggi sostanzialmente nei testi dei Principi europei. Dalla iniquità delle prestazioni era presunto un consenso non libero e si attribuiva al giudice il potere, su istanza di parte, di annullare o correggere il contenuto del contratto.

“La reazione di Betti fu netta (contro giuristi come D'Amelio e Scialoja). La scelta era un corollario del famigerato dogma della volontà, tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed eredità del liberalismo. Di più. Espressione delle democrazie borghesi asservite al capitalismo non corporativo ispirato da suggestioni della mitologia socialista”. Il modello da seguire era, invece, tedesco e si optò come rimedio all'usura e allo squilibrio per l'illiceità della causa chiamata ad assolvere, appunto, funzioni molto diverse: fondare la giuridicità dell'atto e la giustizia del suo contenuto.

A ciò contribuì non poco l'ideologia del tempo. Come si è osservato, in modo acuto “tendenze giacobine, hegeliane, fasciste e marxiste suggerirono di contrapporre l'interesse sociale e collettivo all'interesse individuale: l'invalidità fu graduata sui difetti della fattispecie, sicché la violazione dell'interesse collettivo fu considerato un disordine inaudito, mentre la violazione dell'interesse individuale un vizio più lieve”.

Nella seconda metà del novecento in Francia e in Germania, la revisione dei dogmi tornò all'attenzione della dottrina più autorevole e si è preso progressivamente atto che la nullità è un rimedio (spesso di protezione) che oltrepassa la fattispecie e si frantuma in una pluralità di statuti che tagliano trasversalmente i modelli nazionali e i testi dei Principi. Sicché essa si “storicizza, si relativizza, si frantuma”.

Che cosa accade nei tentativi di uniformazione in Europa è noto.

L'abbandono della causa e il riconoscimento del nudo patto è accompagnato da un ruolo forte della buona fede cui è affidato anche il compito di controllo della disparità di potere e dell'equilibrio contrattuale. Scompare il concetto di causa ma non l'esigenza del controllo che ispirava in modo ambiguo quello strumento e l'ideologia sottostante è evidente.

L'ordine giuridico del mercato ispira il nuovo diritto dei contratti, tramite un sistema spontaneo “fatto di scelte contrattuali consapevoli e orientate, sentenze correttive fondate sulla buona fede, sfiducia in controlli demolitivi dell'assetto di interessi voluto dalle parti”. Basta pensare che la Proposta di regolamento sul diritto comune della vendita in Europa non regolava l'azione di nullità.

L'impressione diffusa è che tale visione debba essere ripensata per almeno due ordini di ragioni. Le Istituzioni si sono mostrate impotenti nei confronti di un capitalismo finanziario globale che ha concentrato in poche reti invisibili, le decisioni e il potere che incide sulle elementari regole di controllo dell'autonomia privata. L'ordinamento europeo è oramai un assetto dotato di principi costituzionali che sollecitano strumenti preventivi di controllo sugli atti di autonomia privata. La Corte di Giustizia indica una strada ancora cauta e prudente sul tema, delicatissimo, del mancato rispetto da parte degli intermediari finanziari dell'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione proposta. Si rinvia all'ordinamento interno la "disciplina delle conseguenze delle violazioni di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività previsti dall'art.47 della carta di Nizza".

Le linee di sviluppo sono sostanzialmente due¹.

Sul piano interno l'uso giurisprudenziale della causa in concreto porta taluno, autorevolmente, ad ammettere "un controllo dell'equità del contratto da parte del giudice, come variante nazionale domestica di una regola generale di controllo equitativo della giustizia degli scambi che si sta affermando in campo internazionale"². Con tale strumento le norme di organizzazione (di validità) hanno trovato, si osserva, la clausola generale che (sostituisce l'art.1374 e) incide sull'atto³.

Sul piano comunitario il diritto ad un rimedio effettivo serve da cornice per ripensare una tutela eliminativa degli effetti che consenta, con l'aiuto delle Corti, di foggare interventi integrativi, correttivi, e/o sostitutivi coerenti, con la storicità dell'assetto di interessi, secondo un'attenzione estranea alle invalidità codicistiche e nazionali, ma tipiche, invece, delle strategie rimediali⁴.

L'esistenza di un vantaggio ingiusto e sproporzionato è vietato dai Principi di diritto europeo dei contratti (4:109), nel caso in cui l'altra parte si trovi in una situazione di dipendenza o una relazione di fiducia o una situazione di bisogno economico o necessità

1. Espresi e commentati in modo lucidissimo dal bellissimo saggio di G. GRISI, *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 137 ss.

2. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011; con posizione diverse 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, p. 957 ss.; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1105; G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Con. impr.*, 2012, p. 1190 ss. e 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, 797 ss.

3. Così M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, op. cit.

4. V. da ultimo le profonde e limpide analisi di S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; ID., *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'Amico-S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 67 ss. ed ivi la rigorosissima analisi di G. D'AMICO, *L'integrazione (coegente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, p. 213 ss.

urgenti e se sia affetta da prodigalità, ignoranza, esperienza o accortezza necessaria a contrattare. IL DCFR (7:207 *unfair exploitation*) usa riferimenti analoghi mentre i principi *Unidroit* censurano (3.10) il vantaggio eccessivo e ingiusto in presenza di uno stato di dipendenza, di difficoltà economiche o immediate, oppure di imperizia, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, con riguardo alla natura o scopo del contratto. Il diritto anglosassone usa tecniche analoghe come *l'Undue Influence* e la *Unconscionability*⁵.

Non solo. Il controllo della libertà contrattuale in base al limite dell'ordine pubblico è presente nelle codificazioni europee e nella loro riforma.

La recente modifica del *code civil* introduce alcune significative novità in tema di equilibrio negoziale. Dall'ampio riferimento alla buona fede (1104), all'obbligo analitico di informazione prenegoziale (112.1 -2), alla presenza di abuso dello stato di dipendenza di una parte (1143), alla nullità di clausole di un contratto oneroso in presenza di un corrispettivo *illusoire ou dérisoire* (1169) o di clausole che privino di sostanza l'obbligazione essenziale del debitore (1170), alla eliminazione delle clausole di un contratto per adesione (*concluso fra qualsiasi parte anche non qualificata come consumatore*) in presenza di un significativo squilibrio fra i diritti e obblighi delle parti (1171), sino al venir meno di un elemento essenziale del contratto (1186)⁶

È evidente come la ricerca di un rimedio effettivo in tema di squilibrio negoziale sia al centro della attenzione del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza italiana ed europea.

Un coordinamento e un dialogo è necessario senza rifiuti o aprioristiche chiusure. Qualche proposta.

4. Le norme di validità e l'ordine pubblico.

Lo Stato, si è detto in modo efficacissimo, raccoglie in sé politica e diritto, individuati da confini certi come “antiche mura”. L'economia no. Tramite la tecnica si espande in ogni spazio, reale o virtuale e il problema è “quale diritto regga e governi tale fenomeno”.

La risposta di Irti è netta, ma inquietante. L'economia si distende senza confini “impianto produzione e scambio qui o lì, calcola costi e benefici dei singoli diritti e preferisce l'uno all'altro”. Così, all'ordine giuridico del mercato subentra il mercato degli ordini giuridici... non più il diritto determina il luogo dell'economia, bensì l'economia sceglie il

5. V. M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, p. 23 ss.

6. V. in particolare M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 Contract et engagement unilatéral*, 4ed., Paris, 2016, p. 41 ss., e G. ALPA, *Il progetto francese di riforma del diritto contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p.96 ss.; A BÉNABENT, L. AYNÈS, *Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général*, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 434 ss.; P. GROSSER, *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de preuve des obligations*, in *AJ Contrat-AJ Contrats d'affaires- Concurrence- Distribution*, 2016, p. 270-271; D. MAZEAUD, *Prime note sulla Riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, p. 432 ss.

luogo del diritto”⁷. Sul modo di controllare tale fenomeno non si ha dubbi. È illusoria la protezione offerta dai diritti umani che “si disperdono nella genericità enfatica di carte, dichiarazioni e protocolli di intesa”. Solo la decisione politica può dare risposte adeguate e tramite accordi “inter-statali stringere l’economia nei luoghi prescelti dal diritto”.

La risposta dei grandi operatori economici sembra un’altra. Si diffonde la pretesa di costruire un regolamento giuridico autosufficiente, capace di superare “la diversità di regole per analoghe vicende”, con clausole di qualificazione, di definizione, di intero accordo, di non rinunzia, di validità⁸. Ma la fiducia nell’autosufficienza del mercato e dell’atto di autonomia e delle regole imposte dal solo mercato (non regolato in modo uniforme) è durata a lungo per poi franare improvvisamente, dal 2008 in poi.

Torna così la riflessione sull’ordine pubblico, interno e internazionale, unico strumento che può consentire di percepire un limite e un controllo.

Basta pensare all’art. 6 del *code Napoleon* a chiusura del Titolo preliminare, e alla recente riforma di quel monumento giuridico, ma anche a ciò che sta accadendo in Italia e in Europa oggi.

Alcune sentenze della Corte di Cassazione affrontano il tema⁹. Iniziamo dalla prima.

Il problema della delibazione di una sentenza straniera in tema di danni punitivi induce a chiarire l’ambito applicativo del principio di ordine pubblico ai sensi degli articoli 16, 64 e 65 della legge n. 218 del 1995.

Si muove dal passato e dalla nozione di “limite riferibile all’ordinamento giuridico nazionale, costituito dal complesso di principi che, tradotti in norme inderogabili o da queste desumibili, informano l’ordinamento giuridico e concorrono a caratterizzare la struttura etico-sociale della società nazionale in un determinato momento storico”¹⁰. Si distingue un ordine pubblico interno e uno internazionale¹¹ e si individua quest’ultimo come “complesso di principi fondati “su un’esigenza di tutela dei diritti dell’uomo. comuni ai diversi ordinamenti e desumibili anzitutto dai sistemi di tutela esistenti a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria”¹².

7. N. IRITI, *Geo-diritto*, op. cit. pp. 4,5,9,1113; ma anche P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, c.151 ss., M.R. FERRARESE, voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc.dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 553 ss., M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione- diritto e diritti nella società trans-nazionale*, Bologna, 2000, ove la globalizzazione come tratto del tempo e come netta cesura fra un prima e un dopo. La dimensione giuridica del fenomeno era fissata nel declino del monopolio legislativo degli Stati e nell’imporsi di un ordine che «nasceva dai fatti» e ad essi «si mescolava» rifiutando il canone della conformità per quello della effettività. Così P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 2001, p. 551.

8. M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2015, 43 ss., 145 ss.

9. Cass. ord. n. del 16 maggio 2016 e Cass. sez.I, 30 settembre 2016 n.19599, in *Corriere Giur.*, 2017, 2, 181 con nota di Ferrando.

10. V. il richiamo a Cass. n. 3881 del 1969 e n. 818 del 1962.

11. Così Cass. n. 228 del 1982

12. V. Cass. n.1302 e 19405 del 2013, n.27 del 2006, n.22332 del 2004, n.17349 del 2002, n.2788 del 1995.

Con ciò si attenua la barriera interna all'ingresso¹³ di istituti giuridici e valori estranei ai singoli Stati ma conformi ai Trattati e alle Carte "europee" in linea con la normativa¹³ e la giurisprudenza¹⁴ comunitaria, aprendo la via ad un controllo di legittimità degli atti giudiziari stranieri, non alla luce di una "disposizione straniera" o a soluzioni interne agli ordinamenti nazionali, ma in ragione del "nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento" che non coincidono con le norme imperative o inderogabili¹⁵.

Chiarito questo aspetto resta da individuare il criterio di emersione di tali principi e la risposta si articola in una serie di sentenze recenti.

Si precisa anzitutto che non può essere indicativo l'esercizio di un potere discrezionale del legislatore in una certa direzione, in presenza di una riserva di legge o di norme costituzionali programmatiche.

Ciò perché "possono avere libero ingresso prodotti giudiziari stranieri applicativi di regole diverse, ma comunque non contrastanti con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate dalla Costituzione"¹⁶ (vedi l'esempio passato del divorzio). Non solo.

Si prende atto che la nozione di ordine pubblico non è "una clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici", ma un limite alla potenziale aggressione dei valori interni "da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale". Sicché si dovrà ammettere "il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una ipotetica norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari"¹⁷.

Ciò in base ad "una delicata operazione ermeneutica che non si fermi alla lettera della disposizione normativa, seppure di rango costituzionale" perché esistono in Costituzione "norme dalle quali non si evincono principi inviolabili e che quindi, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico". Occorre un giudizio (o un test) "simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale"¹⁸.

La sentenza a sezioni unite completa il quadro¹⁹.

Si osserva che è in atto un processo di europeizzazione del diritto privato e processuale attraverso l'ordine pubblico che da strumento di tutela dei valori nazionali

13. Ove si parla di manifesta contrarietà all'ordine pubblico nell'art. 34 Reg. 22 dicembre 2001 n.44 sulla competenza e riconoscimento delle decisioni civili e commerciali, l'art.26 Reg. CE 11 luglio 2007 n.864 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, l'art. 22 e 23 Reg. CE 27 novembre 2003 n. 2201 in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale, l'art. 24 Reg. CE 18 dicembre n.4/2009, in materia di obbligazioni alimentari.

14. Corte Giust. 4 ottobre 2012, C-249/11 sulla libera circolazione delle persone.

15. Cass. n. 9483 del 2013, Cass. n. 4040 del 2006 e da ultimo n. 19599 del 2016.

16. Cass. ord. 16 maggio 2016.

17. Cass. ord. 16 maggio 2016.

18. Cass. 30 settembre 2016, n.19599 cit. e il rinvio a Corte federale tedesca del 10-19 dicembre 2014, x c. Land di Berlino, in www.personaedanno.it, 2015.

19. Cass. sez.un. 5 luglio 2017 n. 16601.

diviene “veicolo di formazione di principi comuni agli Stati membri” in relazione ai diritti fondamentali.

Ciò avviene in vari settori.

Nel diritto di famiglia sul riconoscimento di uno stato di figlio ottenuto all'estero che deve essere deliberato, si osserva, in base non tanto alla presenza o assenza di norme imperative interne, ma alla compatibilità degli effetti con il nucleo essenziale dei valori dell'ordinamento, espresso anche dai Trattati e dalle Carte dei diritti fondamentali²⁰.

Nel diritto delle successioni per effetto di un provvedimento normativo relativo alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni²¹.

Sino alla responsabilità civile e la funzione del danno ove le Sezioni Unite precisano che l'ordine pubblico non è più il complesso dei principi fondamentali della comunità nazionale in un determinato momento storico, ma “il distillato del sistema di tutele sovranazionali ricavabili dall'ordinamento comunitario e dalla CEDU”²² e lo strumento per promuovere e armonizzare i valori essenziali per la vita e la crescita dell'Unione.

Tale apertura è di grande interesse per una pluralità di motivi.

Consente la circolazione di modelli di tutela e invita a fissare rimedi conformi ad un criterio di effettività, rimesso ad un ordine delineato dall'art.117 della nostra Costituzione. Non solo. I timori di un'invasione di campo sono infondati se solo si riflette sul principio di divisione dei poteri.

Non si può negare la competenza della Scienza giuridica e della Nomofilachia di fissare il contenuto di una norma come l'ordine pubblico perché spetta ad esse indicare, in ogni momento storico, all'interprete il significato di uno strumento essenziale per il controllo di validità del contratto.

Certo cambia oggi, radicalmente, la natura del ragionamento giuridico per effetto del nuovo sistema e le fonti che “richiede ai giudici di decidere questioni di diritto contrattuale, non solo sulla base dei codici nazionali ma di controllare se l'esito, apparentemente indicato da quelle norme, fornisca una interpretazione adeguata ai diritti delle parti fissato dal sistema giuridico sovranazionale, comprensivo della Carta di Nizza e la CEDU”²³.

Questa delicata attività richiede cautela, rigore e un dibattito attento. Sono sicuro che tutto ciò non mancherà.

20. Cass. 30 settembre 2016, n.19599 in *Corriere Giur.*, 2017, 2, 181 con nota di Ferrando ed ivi il richiamo di una sentenza della Corte Federale tedesca del 10-19 dicembre 2014 in www.personaedanno.it 2015 sempre sullo status di filiazione legittimamente acquisito all'estero. V. anche Cass. sez. lav. N. 14940 del 2016.

21. Regolamento UE n. 650/2012 del Parlamento e del Consiglio del 4 luglio 2012.

22. V. già Cass. n. 1302 del 2013.

23. Così, in una traduzione imputabile solo a me, U. COLLINS, *The revolutionary trajectory of UE Contract Law towards post-national Law*, in un contributo (inedito) nell'ambito del progetto ERPL in corso di elaborazione a cura di H. Micklitz presso L'Istituto Universitario Europeo con sede a Firenze.

OBBLIGHI DI INFORMAZIONE E TRASPARENZA IN AMBITO CONTRATTUALE

SIMONA VICIANI
Ricercatrice Università di Firenze

SOMMARIO: 1. L'informazione contrattuale e la regola della trasparenza come portato della buona fede e correttezza nelle fasi del contratto. – 2. Gli obblighi di informazione nelle discipline di protezione. – 3. Le logiche rimediali nella violazione degli obblighi di informazione tra tecniche risarcitorie e di invalidazione.

1. L'informazione e la trasparenza come portato della regola di buona fede e correttezza nelle fasi del contratto

La regola della trasparenza dei comportamenti che incidono sulle posizioni deboli può dirsi certamente operante nel nostro sistema; essa trova il suo fondamento nei doveri di informazione.

L'informazione consiste nel trasferimento di dati e i dati medesimi devono essere trasferiti attraverso determinate modalità garantite: il concetto di trasparenza si innesta proprio nel momento realizzativo della trasmissione dei dati stessi.

La rilevanza del diritto all'informazione o, meglio, del diritto ad informarsi, e, più in generale, degli obblighi di informazione¹ - che hanno il fine di garantire una conoscenza quanto più possibile dettagliata e completa - si può cogliere soltanto rivolgendo l'attenzione alle regole di buona fede e correttezza².

1. Si veda su questo argomento, in generale, la voce G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. del dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, p. 595 ss.

2. Nel significato soggettivo la buona fede fa riferimento allo stato psicologico della parte che ignora di ledere un altrui diritto mentre, nel significato oggettivo, la buona fede impone alle parti di modellare il loro comportamento alle regole di lealtà, onestà e correttezza in tutti i momenti fisiologici dell'atto negoziale. La regola di buona fede e correttezza (termini che, in questa accezione, si pongono come sinonimi) è stata da grande parte della dottrina considerata come una clausola generale. È di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, il sintagma "eccedenza di contenuto assiologico rispetto al dettato normativo del sistema". Posto il frequente ricorso alla buona fede oggettiva per opera della legislazione italiana, considera esistente nel nostro ordinamento giuridico un principio generale di buona fede, SALV. ROMANO, *Buona fede*, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 677. Secondo A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 566 la buona fede essendo clausola generale e non principio è "priva di una rilevanza assiologica autonoma e compiuta". Le clausole generali hanno rappresentato oggetto di studio di autorevoli giuristi, senza pretesa di esaustività, A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss. C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 e ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss.; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, p. 1 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1 ss.; G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In Iure Prae-*

Tra gli obblighi di informazione e la regola di buona fede esiste, infatti, una correlazione che permette di valutarne la portata applicativa rispetto agli specifici ambiti in cui essi sono chiamati a operare³.

Certo è che gli innumerevoli rapporti che si possono creare tra privati non ci permettono di isolare delle regole comuni o generali in tema di rilevanza dell'informazione e lo stesso fattore informativo ha un diverso modo di comportarsi nelle distinte fattispecie.

In effetti, l'assunzione di un significato omogeneo del concetto di informazione non aiuta sicuramente nell'individuazione dei numerosi problemi che si sono presentati in questa materia; così, per cercare di trovare una qualche soluzione, occorre procedere ad una riflessione che verta, non tanto su una visione in termini di "generalità" della questione, ma piuttosto su un'operazione di "disaggregazione" (effettuata sulla base dell'appartenenza ad un determinato settore), che passa attraverso le maglie dei singoli istituti giuridici⁴.

Per questa ragione, data l'ampiezza del fenomeno, ci sembra opportuno limitare l'analisi dal modo di atteggiarsi dell'obblighi di informazione solamente ad alcuni aspetti all'interno del contesto contrattuale.

Si evidenziano, così, due elementi peculiari della trasparenza che sussistono nel contratto: quello relativo alla sua esistenza (dichiarazione negoziale) ma, soprattutto, quello che riguarda la sua effettiva comprensibilità⁵.

In via generale, quando la conoscenza si mostri diretta alla corretta formazione dell'atto volitivo idoneo a concludere il futuro contratto, si ritiene che sia necessario, ai fini della validità dell'accordo, comunicare gli elementi essenziali che risutino determinati per la formazione della volontà negoziale assieme alla realizzazione dei reciproci obiettivi, che i contraenti, con la diligente propria capacità, non riescono ad acquisire: ad esempio, la veste professionale e competenza specifica dei contraenti nella materia oggetto del contratto, oppure l'importanza e la natura del contratto, poiché l'appartenenza dello stesso ad un determinato tipo negoziale farà emergere la necessità di doverne comunicare alla controparte gli aspetti peculiari.

sentia, 1989, p. 426 ss.

3. La dottrina ha da tempo ritenuto di tipizzare il contenuto della buona fede in tre categorie, la buona fede come esplicazione dell'obbligo di informazione su circostanze che la controparte non è tenuta a conoscere; la buona fede nell'esecuzione del contratto; e, infine, la buona fede come abuso del diritto. Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, Cedam, 2004, p. 640.

4. Sul punto si richiamano gli studi di Davide Messinetti. In particolare, D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss.; ID., *Ritornare a Parmenide? È consigliabile piuttosto ripartire dalle "Institutiones"*, *ibidem*, 2000, p. 395 ss.; ID., *Per un'ecologia della modernità, il destino dei concetti giuridici. L'apertura di R. Nicolò alle situazioni complesse*, *ibidem*, 2010, p. 25 ss.

5. E. BERTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 130. L'A. parla di "forma adeguata" nel senso di "una forma idonea non solo di per sé e in generale, ma anche in ordine a quel determinato contenuto di cui si tratta".

Il motivo dell'attenzione che l'ordinamento appresta a tali obblighi informativi sta nel fatto che, non solo è necessario che il consenso non sia viziato (errore, violenza e dolo) ma, al contempo, che esso sia anche effettivo e consapevole; in altre parole, ottenuto attraverso informazioni esatte, adeguate e concrete⁶.

Anche se non è pensabile che possa essere raggiunta nell'accordo contrattuale un identità sugli intenti e sulle utilità che le parti intendevano perseguire mediante l'assetto contrattuale, tuttavia, risulta opportuno che l'ordinamento miri a conseguire tale obiettivo attraverso la tutela delle posizioni dei soggetti più deboli nel rapporto contrattuale⁷.

Inoltre, appare evidente come il contenuto e l'estensione degli obblighi di informazione assumeranno particolare rilevanza e varieranno in base alle più svariate caratteristiche dell'accordo.

Pensiamo, a tale proposito, al rilievo che può assumere la conoscenza circa le potenzialità di utilizzazione di un bene in quei contratti che hanno ad oggetto l'attribuzione della disponibilità del bene stesso⁸, oppure all'importanza che l'informazione riveste con riguardo allo svolgimento in forma organizzata o collettiva di un'attività di produzione di beni soprattutto quando detta attività presenti un forte contenuto di pericolosità per chi la compia o per i terzi⁹.

Si pensi ancora a quei contratti caratterizzati dalla messa a disposizione di un servizio o di un'opera, che costituiscano fonti dirette di utilità, e alla conseguente necessità di assicurare, proprio per il tramite di una corretta informazione, che il soggetto che fruisce di quel servizio possa effettivamente vedere realizzato l'interesse che, attraverso la conclusione del contratto, intendeva soddisfare.

Il tratto comune che si rileva in tutte le suddette situazioni è che la regola della buona fede grava certamente su tutte le parti del rapporto, obbligando una delle parti a comunicare le informazioni a propria disposizione; allo stesso tempo, però, viene richiesta anche alla controparte un'ordinaria diligenza nell'acquisire quelle informazioni

6. Su questo aspetto anche S. VICIANI, *L'autodeterminazione informata del soggetto e gli interessi rilevanti (a proposito dell'informazione sul trattamento sanitario)*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 1996, p. 299 ss.

7. S. RODOTÀ, *La vita e le regole, tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006 (ed. ampliata 2009), p. 237. Il principio del consenso diviene, così, lo strumento essenziale per garantire il rispetto della persona quando si tratta di questioni inerenti l'identità personale per cui il potere del singolo serve ad arginare l'"assoggettamento" della vita umana ad opera della tecnologia, della scienza e del mercato.

8. Ad esempio, il dovere di informazione che nasce in relazione alle fattispecie disciplinate dagli artt. 1490 e 1497 c.c. che regolano la garanzia per vizi e la mancanza di qualità del bene nella compravendita.

9. Ci riferiamo agli obblighi informativi previsti in ambito della disciplina sulla responsabilità da prodotti difettosi dal d.p.r. 24 maggio 1988 n. 224 trasfuso nell'art. 116 codice del consumo (d. lg. 206/2005). F. CAFAGGI, *La nozione di difetto e il ruolo dell'informazione. Per l'adozione di un modello dinamico-razionale di difetto in una prospettiva di riforma*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1995, p. 474. Gli obblighi di informazione che gravano sui distributori verso il produttore, sono ricompresi nel dovere di collaborazione dei distributori in tutte quelle azioni dirette ad evitare pericoli derivanti dai prodotti. Tali obblighi sottolineano la caratterizzazione di bidirezionalità nel processo di circolazione delle informazioni.

necessarie a valutare l'utilità del contratto. Si può dire, quindi, che l'onere di diligenza venga imposto come limite all'estensione dei doveri informativi di una parte nei confronti dell'altra.

Cosicché, sempre nel rispetto del principio di solidarietà tra privati anche in ambito contrattuale, la buona fede¹⁰ diverrebbe vincolo, secondo autorevole dottrina¹¹, per l'attuazione del principio costituzionale di solidarietà economico-sociale. In questa prospettiva, tale regola costituisce uno strumento del giudice per valutare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

In questo senso si attribuisce alla buona fede/correttezza natura di fonte di integrazione del contratto, in grado di colmare eventuali lacune del regolamento e di porre limiti all'autonomia privata in modo da vincolare le parti all'osservanza delle prescrizioni costituzionali, attraverso l'imposizione di obblighi integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione¹².

A questo approdo si è potuti giungere grazie ad una inversione di tendenza rispetto all'impostazione giurisprudenziale che ravvisava il comportamento contrario a buona fede soltanto nel caso in cui esso si dovesse concretizzare nella violazione di un diritto altrui già riconosciuto da altra norma, quali il richiamo a regole del vivere sociale a carattere pregiudiziale o a principi generali dell'ordinamento¹³.

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere che l'attenzione dell'interprete non possa essere posta semplicemente sull'atto giuridico ma dovrà rivolgersi anche su tutto ciò che ad esso precede o segue¹⁴.

10. L'interpretazione cosiddetta "evolutive" della nozione oggettiva di buona fede e correttezza trova spunto nel principio generale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. Vedi, Cass. 9 marzo 1991 n.2503, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2077. Il concetto della buona fede come obbligo di solidarietà si trova in E. BETTI, *Teoria generale dell'obbligazione*, I, Milano, Giuffrè, 1953. In particolare sui doveri di solidarietà sanciti dall'art. 2 Cost., S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2004.

11. P. PERLINGIERI, *L'informazione e il contratto*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 375.

12. Sull'argomento, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 3 ss.; per un attento studio della buona fede e integrazione del contratto si rimanda a G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, fasc. 2, p. 64 ss.; ID., *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *I Contratti*, 2001, fasc. 7, II, p. 723.

13. Ci riferiamo alle pronunce giurisprudenziali più risalenti, fino agli anni Ottanta del secolo scorso, che relegavano il ruolo della buona fede solamente in sede d'interpretazione ed esecuzione del contratto (ex. artt. 1366 e 1375 c.c.).

14. La buona fede come regola di condotta è espressa in una serie di norme del codice civile, quali, ad esempio, quelle previste agli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c., che impongono ai soggetti contraenti un obbligo di reciproca lealtà di condotta in tutte le fasi del rapporto contrattuale, a partire dal procedimento di formazione del contratto sino alla sua esecuzione. Secondo A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, in *Commentario Sciaoja-Branca sub. art. 1175*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1988, p. 299, il problema fondamentale in tema di buona fede – correttezza riguarda non tanto la definizione dei contenuti, quanto la determinazione delle concrete modalità d'impiego di tale regola.

Appare chiaro, infatti, che un'informazione non completa e veritiera inciderà negativamente sull'operazione contrattuale, inducendo la parte meno informata ad una errata valutazione sulla effettività solidità dell'operazione economica.

Si vede, allora, occorrere l'esistenza di un obbligo di informazione di carattere generale proprio nella fase precontrattuale, relativa alle trattative e alla formazione del contratto¹⁵. Ed, in particolare, nell'ipotesi disciplinata dall'art.1337 c.c., la quale – nel contenere un'obbligo generale di trattare secondo buona fede¹⁶ - riconosce alla clausola in oggetto il compito di risolvere il conflitto tra due opposti interessi, assumendo in questo caso la valenza di clausola di mediazione.

2. Gli obblighi di informazione nelle discipline di protezione.

Laddove ci si trovi in presenza di situazioni in cui vi sia una concreta ed obiettiva disuguaglianza dei contraenti in ordine alla possibilità di accesso all'informazione, l'obbligo di informazione rappresenta un contrappeso alla manifesta superiorità di uno dei soggetti di fronte alla stessa conoscenza¹⁷.

Dunque, in tali ipotesi, il divario conoscitivo e lo squilibrio della potenzialità di acquisizione delle informazioni sarebbe sempre in contrasto con i principi di equità, di parità e uguaglianza che garantiscono la pari opportunità dei contraenti nel soddisfare i propri interessi; interessi che sono rappresentati, da una parte, nella necessità per il consumatore di vedersi apprestare una tutela rafforzata e, dall'altra parte, nel libero funzionamento del mercato stesso. E del resto, un mercato efficiente e competitivo rappresenta sicuramente un interesse superindividuale, per cui non si può non concordare con chi¹⁸ ritiene che “*un mercato più informato è più efficiente*”.

Si sostiene¹⁹, a tale proposito, che il legislatore abbia formulato principi che consentono al giudice un sindacato più diretto sull'esercizio dell'autonomia contrattuale dei privati.

Come, ad esempio, accade in materia dei contratti dei consumatori, già disciplinata dal Capo XIV bis del codice civile e attualmente raccolta nel codice del consumo²⁰. Tali norme

15. Per una esauriente analisi su questo tema si rimanda alla recente monografia di G. BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, Esi, Napoli, 2015, p. 93 ss.

16. L'osservazione è di C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo, invalidità e responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 26.

17. Secondo V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 10, è sull'informazione che fanno perno le normative completamente regolate dal mercato.

18. Cfr. A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, cit., p. 556.

19. Vedi, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 516. L'A., a questo proposito, richiama il concetto di “contratto giusto” e di “solidarismo contrattuale”. Il principio di buona fede è stato da grande parte della dottrina considerato come una clausola generale, utilizzata dal legislatore per consentire all'interprete una maggiore libertà di movimento e per poter disciplinare un maggior numero di casi, A. ALBANESE, *Ingustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, Cedam, 2005, p. 35.

20. Nel 1996 la l. n. 52/1996 ha inserito il Capo XIV bis (“Dei contratti del consumatore”) nel Titolo II, capo originariamente costituito dagli artt. 1469 bis-1469 sexies ed oggi comprendente soltanto l'art. 1469 bis,

consentono al giudice di considerare l'abusività di una clausola contrattuale sulla base sia di criteri oggettivi che di criteri valutativi, così da stabilirne l'idoneità a produrre effetti.

Da questo punto di vista, l'obbligo del giudice di esaminare d'ufficio la natura abusiva della clausola contrattuale, nel momento in cui dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari, ha proprio la finalità di sostituire all'equilibrio formale tra diritti ed obblighi un equilibrio reale finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra le parti stesse²¹.

In altre parole, quando il giudice dichiara l'abusività di una clausola e, quindi, la sua inefficacia il suo potere si spinge fino sindacare la volontà delle parti tanto da sostituirsi ad essa; in tal senso, si attribuisce al giudice un potere equitativo che diviene funzionale a restituire equilibrio al rapporto contrattuale così da evitare l'abuso di una situazione di superiorità di una parte sull'altra.

Tali considerazioni hanno portato ad osservare che in tale direzione l'ordinamento attribuisce un potere al giudice molto ampio, nella misura in cui sarebbe legittimato ad andare oltre i principi stabiliti a livello di legislazione ordinaria²².

Dunque, il fatto che il legislatore attribuisca importanza ai criteri che determinano la formulazione delle clausole, riflette l'esigenza che il contraente - aderente comprenda appieno il contenuto delle clausole stesse.

Ecco così che la grande duttilità di impiego della regola della trasparenza²³ ha permesso di accentuare la disciplina di protezione della parte meno informata, ricavandone un generale dovere di informare²⁴.

così come sostituito ai sensi dell'art. 142 del d.lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo).

21. Il principio viene affermato da C. gius. Ce, 4 giugno 2009 causa C-243/08, in *I Contratti*, 2009, p. 115 ss.

22. L. ROVELLI, *Principi, clausole generali e concetti indeterminati nella applicazione giurisprudenziale*, in *www.giustizia-civile.com*, 23 giugno 2017 "Il giudice (e più in generale l'interprete) in tal caso non è passivo ripetitore di una volontà che si vuole compiutamente espressa dal legislatore. Il giudice partecipa alla determinazione del concetto e così alla definizione della regola. Si può forse azzardare che è l'ordinamento a fare una delega all'interprete; o ad autorizzarlo ad effettuare quel bilanciamento di interessi che, nella normazione per fattispecie definite, riserva a se stesso. Non può dirsi "improprio" l'uso del termine "autorizzare" se si rammenta che fu lo stesso Santi Romano ad adoperarlo. Si legge nella voce "Interpretazione evolutiva" (capitolo dei Frammenti di un dizionario giuridico) «che talvolta è la stessa norma, che originariamente è stata formulata, consapevolmente o meno, con una certa elasticità a conferire poteri che autorizzino una più o meno estesa applicazione».

23. Sul presupposto che detta "regola" rappresenti uno degli aspetti centrali delle normative settoriali, ci si chiede se essa assuma la veste di principio ovvero se si tratti di un autonomo istituto o di una clausola generale. Sul punto F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti del consumatore*, Torino, 1998, p. 3.

24. Un esempio concerne l'attività di intermediazione finanziaria, la quale sarebbe di per sé sufficiente ad insaturare, tra gli stessi intermediari e coloro ai quali i servizi finanziari sono diretti, un "contatto" che vale a fondare doveri positivi di buona fede e correttezza nella trasmissione delle informazioni. In coerenza con ciò, la normativa primaria nazionale pone esplicitamente quale obiettivo dell'agire trasparente, corretto e diligente degli operatori, e quale criterio guida delle loro condotte, il soddisfacimento, nel miglior modo possibile, degli interessi dei propri clienti (cfr. art. 21 del TUF). Peraltro, la disciplina comunitaria prevede specificatamente il dovere per gli intermediari di agire "in modo onesto, equo e professionale per servire al meglio gli interessi dei loro clienti" (art. 19.1 MiFID). In dottrina, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, Milano, Giuffrè, 2012; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, Zanichelli, 2013, pp. 214-215. In giurisprudenza, Cass. sez. un. civ., 19 dicembre 2007 n. 26724.

Da ciò si evince che la mancata osservanza degli obblighi di informazione può certamente essere riguardata come violazione delle regole di protezione della parte contrattuale più debole.

Alla fine ciò che sembra indubitabile è che l'obbligo di formulare in modo chiaro e comprensibile le clausole proposte al consumatore riveste una importanza decisiva²⁵ e la conseguente violazione di tali obblighi lascia lo spazio ad una serie di problematiche in relazione alle sanzioni e ai rimedi da apprestare.

La giurisprudenza²⁶ ha senza dubbio stabilito la consequenzialità diretta tra difetto di trasparenza e vessatorietà delle clausole, con l'osservazione che la clausola oscura possa determinare uno squilibrio certo tra le parti, perlomeno in relazione ai giudizi collettivi finalizzati alla pronuncia inibitoria²⁷.

Nondimeno, anche al di fuori del giudizio di vessatorietà, si pongono alcune pronunce²⁸ che danno diretta applicazione al principio di trasparenza, sancendo il diritto dei consumatori e degli utenti ad una adeguata informazione; alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi (art. 2 c.2, l.e, codice del consumo).

L'elaborazione in questo ambito di nuovi concetti e l'impiego non tradizionale di categorie note viene, dunque, utilizzata per giustificare l'intervento del giudice nel contratto.

Come, ad esempio, per il requisito formale che - non più valutato secondo l'accezione tradizionale, vale a dire, connesso alla regola della forma libera del contratto che si esplica nella dicotomia *ad substantiam* o *ad probationem* - arriva ad essere inteso come legato

25. Art. 5 c.3 codice del consumo, cit., *“Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore”*.

26. Si veda, in particolare, anche se non recente, Corte di Appello Roma, sent. 24 settembre 2002, dove testualmente *“nel sottosistema dei contratti con il consumatore, la trasparenza è uno strumento per il raggiungimento dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali e rappresenta la soglia minimale sotto la quale la clausola deve essere senz'altro espunta...”*.

27. Rimane il dubbio sui giudizi individuali, instauratisi ai sensi dell'art. 33 codice del consumo. Riguardo a quest'ultimi, osserviamo che le modalità di conclusione del contratto e le particolari caratteristiche del consumatore fanno sì che il giudice abbia a disposizione elementi concreti in base ai quali scegliere la sanzione più adeguata al caso anche se, attraverso una interpretazione letterale degli articoli in materia, si era arrivati ad escludere che una clausola oscura possa essere considerata come automaticamente vessatoria, senza il previo accertamento del significativo squilibrio che si è determinato a danno del consumatore. Parte della dottrina aveva valutato il difetto di trasparenza come impossibilità di conoscere le clausole contrattuali non superabile con l'ordinaria diligenza e, come tale, soggetta alla sanzione di inefficacia prevista dall'art.1341 comma 1 del codice civile. Ad esempio, V. RIZZO, *Commento sub art.1469 quater, in Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore, in Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesaro, Padova, Cedam, 1998.

28. Già il Trib. di Vigevano, con sentenza 6 giugno 2003, sanciva la nullità della clausola di un contratto direttamente per violazione del principio della trasparenza contrattuale, sancito dall'art. 1469 *quater* del codice civile, indipendentemente dalla vessatorietà della clausola; secondo tale giurisprudenza l'articolo in esame è norma imperativa, la cui violazione comporta la nullità di quelle clausole che per il modo in cui sono predisposte in relazione al loro contenuto contrastano con il principio della trasparenza.

all'informazione²⁹, nel senso di un elemento procedurale per la formazione dell'accordo contrattuale.

In tale prospettiva, il c.d. "neoformalismo"³⁰ dei contratti del consumatore, riveste una funzione di garanzia e permette che il consumatore abbia a propria disposizione il contenuto del contratto, potendo, così, verificare se l'informazione gli sia stata fornita e, soprattutto, se gli sia stata fornita in modo chiaro, adeguato ai parametri della trasparenza informativa.

Come pure, nel modo in cui abbiamo visto, l'uso della buona fede quale criterio per il giudice per valutare, in concreto il regolamento negoziale, attraverso la correzione o l'invalidazione di una clausola del contratto anche se voluta dalle parti.

In questo modo si apre la strada ad una funzione rimediabile³¹ della regola di buona fede e correttezza dove essa possa divenire uno strumento per assicurare assetti distributivi dei beni più "giusti" tra le parti, oltre ad una modalità adeguata per poter apprezzare gli stessi beni, attraverso l'obbligo di una "appropriata" informazione.

29. Nel suo significato letterale, in-formare, cioè dare una forma alla realtà. Diversamente dall'accezione più corrente dove si tiene conto del risultato dell'informazione, vale a dire, procurare la conoscenza a soggetti determinati in relazione a specifici fatti della realtà.

30. Il neoformalismo presuppone che la prescrizione della forma appaia strettamente collegata all'imposizione di un contenuto minimo del contratto, in quanto essa diviene strumento di trasparenza e di riequilibrio delle asimmetrie informative, per consentire al contraente non professionale di vincolarsi in modo consapevole. Parlare del neoformalismo risulta, in questo contesto, alquanto complesso, perciò si rimanda su questo tema alla vasta dottrina. Vedi, senza pretesa di esaustività, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 6 ss.; F. Di MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395 ss.; secondo A. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 28 ss., si tratta di uno «spostamento di accento e di misura» degli oneri di forma; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, Cedam, 2006, p. 1 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 119 ss.; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008, 113 ss.; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 73 ss. R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. impr. eur.*, 2012, p. 582 ss. Una chiara posizione sul problema è stata presa in più opere da S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, ETS ed., 2009; ID., *Commento all'art. 1350*, in *Dei contratti in generale* a cura di Navarretta e Orestano, artt. 1350-1386, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, Utet, 2011, p. 18 ss.; ID., *Il neoformalismo formale contrattuale dopo i d.lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vielle renouvelée*, in *Persona e mercato*, 4, 2011, p. 251 ss.; ID., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir. Ann.*, V, Milano, Giuffrè, 2012, p. 772 ss.

31. L'ordinamento giuridico prevede strumenti rimediali apprestati in funzione di un risultato pratico teso al raggiungimento di una determinata finalità (principio di effettività della tutela). Il principio di effettività della tutela opera, nel contesto dei rapporti obbligatori, nel senso di attribuire al soggetto la scelta del rimedio secondo quella che rappresenta la convenienza per la realizzazione piena ed esclusiva del suo interesse, secondo principi ricavabili non da logiche astratte ma dalla completezza dei rapporti. Cfr. S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1-2, 1999, p. 183. La regolamentazione dell'assetto contrattuale attraverso il criterio di buona fede e correttezza ha avuto riscontro a livello di legislazione comunitaria nei *Principles of Contract Law* in particolare nella previsione dell'art. 4:109. Cfr. G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, cit., p. 619.

3. Le logiche rimediali nella violazione degli obblighi informativi tra tecniche risarcitorie e di invalidazione.

Nell'ipotesi di violazione degli obblighi di informazione la non sempre agile individuazione riguardo al tipo di interesse leso ha finito per portare l'attenzione sul complicato problema delle tutele e, in particolare, sulla alternatività tra regole di condotta e regole di validità.

Non potendo in questa sede ripercorrere tutte le fasi di questa storica dialettica³², ci limiteremo a partire dall'assunto secondo cui la regola di lealtà e correttezza è un obbligo comportamentale a cui debbono conformarsi entrambe le parti (non solo il debitore e il creditore), che vale per tutte le obbligazioni (non solo quelle che hanno fonte nel contratto)³³.

Nel caso in cui vi sia stata una violazione di tale obbligo, parte della dottrina³⁴ ha assegnato anche alla tutela di invalidazione la finalità di tenere indenne la sfera soggettiva lesa dal conseguente pregiudizio, poichè, eliminando gli effetti dell'atto, se ne rimuove anche ogni potenzialità dannosa³⁵.

Ma così argomentando, si va a conferire alla tutela di invalidazione una finalità a tal punto generica da poter essere, negli stessi termini, riprodotta per ogni forma di tutela che viene apprestata dal nostro ordinamento giuridico.

Non solo, ma occorre aggiungere che il presupposto su cui la tecnica di invalidazione si fonda è rappresentato non già da un elemento di potenzialità dannosa, ma piuttosto dalla mancanza di libertà e di consapevolezza del volere.

32. Moltissimi sono gli Autori che in dottrina si erano apertamente schierati per la completa autonomia tra le regole di validità e quelle di correttezza. Per citare soltanto alcuni autorevoli F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1989, p. 171; L. CARRARO, *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 797; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961, p. 28; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, Cedam, 1969, p. 51 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 234 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 9. Altri Autori, altresì, attribuivano alle regole di validità, maggior rilievo in considerazione della particolare funzione ad esse assegnata, vale a dire, quella di garantire la stabilità dei rapporti giuridici e la certezza degli scambi, valori questi che in quel contesto culturale venivano considerati particolarmente meritevoli di tutela. Segnatamente, R. SACCO, *Il contratto*, Torino, Utet, 1975, p. 669 ss.; G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 305; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, Cedam, 1972, p. 114 ss. Per una completa ricostruzione anche dal punto di vista storico sul l'argomento vedi, A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in www.comparazionediritto.civile.it.

33. Cfr. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998. L'A. parla della clausola di buona fede e correttezza come avente la funzione di colmare le inevitabili lacune che la legge non può prevedere; cosicchè, essa non può sempre prevenire, con apposite norme, gli abusi che le parti possono commettere l'una a danno dell'altra. Nell'abuso inteso in senso oggettivo, come nel senso sopra espresso, vi è "l'uso non usuale" della regola giuridica. Sicuramente affinché si possa parlare di abuso occorre che il soggetto abbia una posizione di libertà di scelta comportamentale. Cfr. D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Agg. Milano, Giuffrè, 1998, p. 8.

34. Cfr. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., p. 114 ss.

35. In senso difforme, G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, ESI, 1996, p. 54.

Quanto detto è dimostrato dalla circostanza che solo in talune ipotesi il pregiudizio è elemento costitutivo della fattispecie di invalidità³⁶, per cui alle tutele di invalidazione non può attribuirsi nessuna finalità (seppur) preventiva del danno.

A dire il vero, la considerazione della sostanziale disomogeneità che sussiste tra queste due tutele diviene il punto focale che offre lo spunto per ritenere possibile la sussistenza dell'alternatività tra le stesse.

A sostegno di tale tesi si può sostenere che nell'ambito del nostro sistema giuridico sono rinvenibili diverse ipotesi in cui viene data la possibilità ai soggetti di scegliere il rimedio tra tecniche di invalidazione e tecniche risarcitorie³⁷.

Le sezioni unite della Cassazione nel 2007³⁸ hanno stabilito un punto sull'annosa dicotomia tra regole di validità e regole di condotta, sancendo che si debba distinguere le regole la cui violazione incide direttamente sugli effetti dell'atto di autonomia contrattuale, rendendolo invalido, da quelle per le quali, invece, il riequilibrio del rapporto si realizza attraverso rimedi risarcitori che non incidono sull'efficacia del contratto.

D'altra parte, secondo la Corte, ciò non significa che il legislatore non possa determinare specifiche fattispecie elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto³⁹; in questi casi, però, la violazione della regola di condotta non sempre costituirebbe la ragione sufficiente a invalidare il contratto, giacché essa assumerebbe rilevanza insieme ad altri elementi (come, ad esempio, la condizione dei contraenti, i reciproci rapporti, e così via) che risultino attinenti sia all'equilibrio sia ad una regolare formazione della volontà contrattuale⁴⁰.

36. Come nell'ipotesi prevista dall'art. 428 c.c. in tema di incapacità naturale. Differente, invece, la previsione dell'art. 1429 c.c. riguardo all'essenzialità dell'errore.

37. Ad esempio, la tutela risarcitoria di cui all'art. 1440 c.c. svolge in realtà una funzione che è in tutto assimilabile a quella relativa alla *reductio ad equitatem*, dal momento che è diretta a compensare il contraente raggirato dalle condizioni più gravose a cui ha contrattato. Si ha, in queste ipotesi, un meccanismo di tutela che appare perfettamente sovrapponibile a quello stabilito dall'art. 1450 c.c. in tema di rescissione del contratto, laddove ci troviamo in presenza, appunto, dell'alternatività tra tutele di invalidazione (scioglimento del contratto) e *reductio ad equitatem*.

38. Cass. sez. un. 19 dicembre 2007 nn. 6725 e 6724 (che richiama Cass. sez. I, 29 settembre 2005 n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 11005), pluriannotata, *ex multis*, A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 ss.; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 230 ss.; U. SALANTRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 445 ss.; V. SANGIOVANNI, *Commento a Cass. S.U. 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725*, in *Contratti*, 2008, p. 231 ss.

39. Dedicano una attenta e interessante analisi alle problematiche sollevate dalla sentenza in esame, G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 105; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.

40. Ciò che viene definito "accordo" si evidenzia in tre caratteri fondamentali: concordanza del voluto; consapevolezza di tale concordanza; la consapevolezza dell'effettività e della vincolatività del voluto. In questo

Ed è proprio quest'ultimo aspetto che riguarda da vicino gli obblighi di informazione, tradotti nell'osservanza delle regole di buona fede e correttezza.

Dalle osservazioni svolte nei precedenti paragrafi su questo tema si evince, a nostro avviso in modo chiaro, che la legge, laddove ritenga essenziale per la valida manifestazione della volontà la conoscenza di determinate circostanze o elementi, traduce l'obbligo di informare l'altra parte in requisito essenziale del contratto⁴¹, rilevante non sul terreno della responsabilità, ma su quello della invalidità.

Per questo motivo la buona fede non può costituire da sola criterio di validità del contratto perché, se così fosse, la prescrizione legale di requisiti aggiuntivi con riguardo alla fattispecie prevista risulterebbe inutile, se non addirittura limitativa, della tutela riconosciuta alla parte vittima del comportamento scorretto, in contrasto con le finalità protettive che chiaramente connotano la relativa disciplina⁴².

Tali norme assumono, invece, un significato logicamente coerente con il sistema quando configurano un ampliamento dei rimedi esperibili dal contraente, rispetto alla sola azione risarcitoria⁴³.

In tal senso la regola di correttezza si arricchisce di un nuovo significato e rileva non più soltanto come fonte di obblighi di protezione degli interessi dell'altra parte, che potrebbero essere pregiudicati nello svolgimento del rapporto, ma anche come strumento per correggere asimmetrie informative o di potere contrattuale⁴⁴.

In questa prospettiva assume molta importanza l'esercizio del diritto di recesso unilaterale⁴⁵.

senso P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. pra.civ.*, 1964, II, p. 136 ss.

41. Di particolare interesse su questo tema, a nostro avviso, sono le osservazioni di S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, cit., p. 165.

42. Cfr. sul punto A. ALBANESE, *Contratto mercato e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 205 per cui oggetto della valutazione non è più semplicemente il comportamento scorretto di una parte ma il contenuto dell'intero negozio.

43. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 9. Aderisce a tale orientamento anche G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene, 1990, p. 269 ss. Ciò in perfetta coerenza con il principio di effettività del diritto di difesa; principio per cui non si può negare al soggetto leso una facoltà di scelta fra tecniche alternative di tutela. A questo proposito, basti pensare a quanto stabilito dall'art.1453 c.c. che, in tema di risoluzione per inadempimento, attribuisce alla parte non inadempiente la possibilità di scegliere la via o dell'inadempimento e del conseguente risarcimento del danno da ritardo oppure la risoluzione del contratto con il conseguente scioglimento del contratto.

44. Così nella disciplina dei contratti con i consumatori dove il giudice ha il compito di valutare, secondo la buona fede, se la condotta del predisponente configuri o meno un abuso di potere contrattuale che legittima il sindacato sullo squilibrio che le singole clausole eventualmente determinano a carico del contraente debole. Tale dimensione del contratto attribuisce centralità all'aspetto della formazione della volontà negoziale a scapito del momento riguardante la sua conclusione. Vedi in merito, V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv.dir. civ.*, 2007, p. 849 ss.

45. Per intendersi, basti vedere lo spazio che il legislatore ha riservato all'esercizio del diritto del consuma-

Il recesso nella misura in cui costituisce la manifestazione del diritto di “ritrattazione” (*ius poenitendi*) acquisisce - nel contesto di cui ci stiamo occupando - la funzione dell’esercizio del potere di “autoregolamentazione” del soggetto che recede⁴⁶, dal momento che la volontà di costui non opera solamente sulla sua precedente volizione, giacché tutto il contenuto del contratto viene meno, ma incide anche sulla situazione attiva dell’altra parte; di modo che, la caducazione degli effetti del contratto è dovuta ad una decisione della parte pentitasi che coinvolge anche chi pentito non si è⁴⁷.

tore di recedere dal contratto nel codice del consumo.

46. Si tratta di due interessi contrapposti, quello dell’interessato, appunto, di recedere e quello dell’altra parte di proseguire il rapporto nei modi e secondo le finalità stabilite dal contratto stesso.

47. L. FERRI, *Revoca (dir. priv)*, in *Enc.dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1989, p. 190, mette in evidenza il diverso modo di operare della revoca rispetto al recesso. Vedi, inoltre, G.DE NOVA, voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, Utet, 1997.

“CONTATTO SOCIALE” E AFFIDAMENTO, ATTORI PROTAGONISTI DI UNA MODERNA COMMEDIA DEGLI EQUIVOCI*

ALESSIO ZACCARIA

Prof. ordinario Università di Verona

Componente del Consiglio Superiore della Magistratura

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il concetto di “contatto sociale”. - 3. Il contatto “negoziale”. - 4. I contatti sociali simili ai contatti negoziali. - 5. I contatti sociali diversi sia dai contatti negoziali sia dai contatti simili a questi ultimi. - 6. La teoria della *Vertrauenshaftung* - 7. Quali comportamenti concludenti tipizzati possono essere inquadrati anche “contatti sociali”?

1. Premessa.

Un mio scritto in materia di obbligazioni che, riecheggiando nel titolo una ben nota opera di Bertolt Brecht, ho dedicato all'*aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts*, alla resistibile ascesa del contatto sociale¹, è stato considerato meritevole di una replica “non tanto per qualche va-

*. Quando questo scritto era ormai stato licenziato per la stampa, è stata approvata la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. “legge Gelli - Bianco”), i cui contenuti, per quanto qui d’interesse, di seguito si riportano. In sintesi, va detto che, essendo stata introdotta una specifica norma di legge volta a classificare la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria come extracontrattuale, le questioni concernenti la possibilità di riconoscere la configurabilità di un “contatto sociale” fonte di obbligazioni debbono considerarsi con riguardo a questa fattispecie superate, e di conseguenza parimenti superati debbono considerarsi i riferimenti compiuti alla fattispecie medesima in questo scritto. Questioni e riferimenti conservano invece tutta la loro attualità per quanto riguarda le numerose altre fattispecie in cui la nostra giurisprudenza ha ritenuto di potere comunque ravvisare, appunto, un “contatto sociale” fonte di obbligazioni. Art. 7 (*Responsabilità civile della struttura e dell’esercente la professione sanitaria*). 1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell’adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose. 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell’ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina. 3. L’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell’esercente la professione sanitaria ai sensi dell’articolo 5 della presente legge e dell’articolo 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall’articolo 6 della presente legge. 4. Il danno conseguente all’attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell’esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo. 5. Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile. Art. 5 (*Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*). 1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell’esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e

lore che in realtà ... non ha, ma perché, ammantandosi del riferimento alla dottrina tedesca, ha potuto indurre qualche fiducioso lettore a ritenerlo dotat[o] di qualche plausibilità”, quando, invece, risulterebbe “minato ... dalla implausibilità di un discorso a tesi, che ritaglia arbitrariamente un profilo non significativo della materia con la velleità di far diventare modello per l'intero discorso le conclusioni che a tale profilo intendono riferirsi”².

Siamo nel campo delle “obbligazioni senza prestazione”, come spesso vengono chiamate, anche se dovrebbe dirsi, *rectius*, delle “obbligazioni senza dovere primario

di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali. 2. Nel regolamentare l'iscrizione in apposito elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche di cui al comma 1, il decreto del Ministro della salute stabilisce: a) i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale; b) la costituzione mediante atto pubblico e le garanzie da prevedere nello statuto in riferimento al libero accesso dei professionisti aventi titolo e alla loro partecipazione alle decisioni, all'autonomia e all'indipendenza, all'assenza di scopo di lucro, alla pubblicazione nel sito istituzionale dei bilanci preventivi, dei consuntivi e degli incarichi retribuiti, alla dichiarazione e regolazione dei conflitti di interesse e all'individuazione di sistemi di verifica e controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica; c) le procedure di iscrizione all'elenco nonché le verifiche sul mantenimento dei requisiti e le modalità di sospensione o cancellazione dallo stesso. 3. Le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con la procedura di cui all'articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito *internet* le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a *standard* definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni. 4. Le attività di cui al comma 3 sono svolte nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Art. 6 (*Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*). 1. Dopo l'articolo 590-*quinquies* del codice penale è inserito il seguente: «ART. 590-*sexies*. – (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*). – Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto». 2. All'articolo 3 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, il comma 1 è abrogato.

1. Pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.

2. Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, ristampa emendata, Milano, 2015, p. 133 ss. La contestazione ivi proposta, per quanto attiene l'impianto generale del mio scritto, è in realtà più ampia. Ma non mi è sembrato il caso di riprodurre i passi che, almeno secondo quanto a me è parso di potere cogliere, sono stati ispirati più che altro da un qualche risentimento del loro autore per il fatto di non essere stato citato, e che non mi sono perciò sembrati, per questo loro carattere, particolarmente funzionali rispetto alla trattazione del tema.

di prestazione”, in questi termini potendosi tradurre l’espressione “*Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflichten*”, comune presso la dottrina tedesca, e idonea, a differenza dell’altra appena ricordata, ad individuare con esattezza la fattispecie, posto che una “obbligazione senza prestazione” non dovrebbe considerarsi configurabile, per difetto di un suo elemento essenziale.

La questione è se obbligazioni senza dovere primario di prestazione possano sorgere in conseguenza di un “contatto sociale”.

La risposta affermativa andrebbe sicuramente accolta, secondo il mio critico Lettore, almeno lì dove il “contatto sociale” possa definirsi come “qualificato” in considerazione delle qualità proprie del soggetto con il quale appunto in contatto si sia avuta l’occasione di entrare.

Non sarei d’accordo. E al fine di spiegare le ragioni di questo mio diverso convincimento, riprenderò – cercando di ulteriormente chiarirle, posto che una così accalorata reazione hanno suscitato –, le considerazioni che avevo svolto in quel mio scritto cui all’inizio ho fatto cenno; e non solo in quel mio scritto³.

2. Il concetto di “contatto sociale”.

Vediamo, innanzi tutto, cosa deve intendersi per “contatto sociale”.

Si tratta di un concetto assolutamente generico: “contatto sociale” è qualsiasi forma d’interrelazione fra due o più soggetti che si collochi in un ambito definibile, appunto, come sociale.

Per limitarci a taluni esempi tratti dalla giurisprudenza della nostra Cassazione, è un contatto sociale quello che si instaura fra un medico dipendente da una struttura sanitaria e il paziente, così come sono contatti sociali quelli che si instaurano fra i genitori e l’insegnante cui sia stato affidato un minore, il notaio e la persona alla quale abbia accettato di rendere un consiglio, non però nel contesto di un rapporto professionale.

Così inteso il “contatto sociale”, di esempi è possibile reperirne una quantità tendenzialmente infinita.

3. Il contatto “negoziale”.

Un contatto sociale che interessa il diritto è certamente quello che si instaura in sede di trattative volte alla conclusione di un contratto: si tratta del “contatto negoziale”, che

3. In quanto trascurati dal mio critico Lettore, mi permetto di segnalare: *La responsabilità del mediatore per false ad omesse informazioni*, in *La Responsabilità Civile*, 2010, pp. 245-257 (poi compreso negli *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Napoli, 2013, III, pp. 2355-2382), *La mediazione è un “contatto sociale” mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan?*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2011, pp. 726-730, *La natura della responsabilità in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 344-358 (in precedenza già apparso in Germania, in lingua tedesca, con il titolo *Die Natur der Haftung für culpa in contrahendo aus der Sicht der Krabbe*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014, pp. 626-641).

si contraddistingue, principalmente, per due caratteri, rappresentati dal fatto di essere voluto e dal fatto di mirare ad un preciso scopo, e cioè la conclusione di un negozio, che sarà poi la fonte delle obbligazioni divise dalle parti.

In Germania, che questo tipo di contatto sociale possa costituire fonte di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, obblighi, cioè, che per loro natura dovrebbero porsi come accessori rispetto all'obbligo di eseguire una determinata prestazione, è assolutamente pacifico. Con la *Schuldrechtsmodernisierung*, è stata introdotta una norma specifica in proposito, il § 311 (2) 1 BGB, mentre in precedenza la risposta affermativa veniva tranquillamente poggiata sul § 242 BGB, che impegna a comportarsi secondo buona fede: perché buona fede appunto impone che nel caso del quale ci stiamo occupando sorgano (soltanto) obblighi della citata specie, e precisamente obblighi di protezione, d'informazione e via discorrendo.

Che lo stesso valga anche nell'ordinamento italiano è meno pacifico. Che nel contesto di una trattativa precontrattuale possano sorgere obbligazioni senza dovere primario di prestazione è infatti possibile affermare solo qualora fossimo disposti a ravvisare nella norma dell'art. 1337 c.c. la fonte appunto di obbligazioni di questo genere, piuttosto che la fonte di un generale dovere di comportarsi secondo buona fede, alla violazione del quale potrebbe allora essere collegata solo una responsabilità extracontrattuale⁴.

4. I contatti sociali simili ai contatti negoziali.

Vi sono poi contatti sociali che possiamo classificare come contatti (non negoziali, bensì solo) simili ai contatti negoziali: non contatti negoziali, perché, pur se anch'essi voluti, non sono diretti alla conclusione di un negozio; ma simili ai contatti negoziali, perché tendenti a porre in essere una situazione che assomiglia a quella che scaturisce dalla conclusione di un negozio, non solo per il motivo che il contatto è voluto, bensì anche perché le parti, nell'entrare in contatto, intendono stabilire un rapporto che allo stesso modo, da un lato, mira all'esecuzione e, dall'altro, al conseguimento di una determinata prestazione "principale", entrambe consapevoli, però, del fatto che – a differenza di quanto accade nel caso di contatto negoziale – quest'ultima non finirà mai per risultare dovuta (non risulterà mai oggetto di un rapporto obbligatorio), bensì

4. La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale è stata recentemente riconosciuta anche dalla Suprema Corte, con la sentenza 12 luglio 2016, n. 14188, la quale, peraltro, al fine di affermare detta natura, anziché muovere dal dato normativo dell'art. 1337 c.c., si è fondata sulla pretesa possibilità di riconoscere in generale cittadinanza, nel nostro ordinamento, alla figura del contatto sociale. Uno schema logico che, come ho avuto anche in passato modo di sottolineare, ricorda il movimento del gambero, e che era stato seguito dalla stessa Suprema Corte – altrimenti in modo di gran lunga prevalente incline a classificare la responsabilità precontrattuale come extracontrattuale – pure in un'altra occasione, e precisamente nel pronunciare la sentenza 20 dicembre 2011, n. 27648, per considerazioni riguardanti la quale mi permetto di rinviare al mio scritto *La natura della responsabilità in contrahendo...*, cit.

verrà attuata per spirito di cortesia, e dunque a titolo gratuito e senza alcun vantaggio per l'adempiente.

Per la verità, pure l'esecuzione di prestazioni *dovute* può risultare contrassegnata dai caratteri della gratuità e del difetto di vantaggio per l'adempiente: si pensi, per fare un esempio, alla prestazione cui è tenuto il mandatario a titolo gratuito. Anche in questi casi, si potrebbe parlare, perciò, di rapporti di cortesia, non, però, di *pura* cortesia.

Esistono vari indici che, lì dove manchi una dichiarazione di volontà negoziale, possono aiutare a stabilire se la prestazione sia dovuta oppure no: si potrà tenere in considerazione, in particolare, il fatto che il destinatario della prestazione, viste le circostanze del caso concreto, secondo buona fede e avendo riguardo ai costumi del traffico, potesse legittimamente confidare sulla presenza di una volontà della controparte di obbligarsi; così come si potrà riguardare alla specie della prestazione, al suo valore economico e giuridico, specialmente per il suo destinatario, alle ragioni per cui deve essere compiuta e al suo scopo, nonché agli interessi, in genere, dei soggetti interessati.

Sulla base di questi indici, quale rapporto di *pura* cortesia, avente ad oggetto una prestazione non dovuta, può essere fra gli altri classificato, ad esempio, il trasporto, appunto, di cortesia, mentre, per fare un esempio di segno opposto, è stata riconosciuta sussistere una base negoziale, in quanto tale fonte di obbligazioni, lì dove un medico accetti di fornire una prestazione ad un altro medico rinunciando, per ragioni di colleganza, a ricevere un onorario⁵.

Orbene, possono considerarsi rilevanti, i rapporti di cortesia *puri*, solo sul piano della responsabilità extracontrattuale? O possono considerarsi anch'essi fonte di obbligazioni senza dovere primario di prestazione?

La risposta in questo secondo senso potrebbe essere raggiunta abbastanza pianamente attraverso una estensione della disciplina riguardante la responsabilità da trattative, sempre che la si intenda anch'essa fondata sulla violazione di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, estensione che potrebbe essere giustificata sulla base della considerazione che – lo si diceva poco fa –, come nel caso, appunto, delle trattative, il contatto non solo è voluto, bensì (sia pure non con la finalità di costituire un rapporto obbligatorio) comunque mira all'esecuzione, da un lato, e al conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione, e, per questa via, alla costituzione di un rapporto, così come accade quando ci si impegna in una trattativa diretta alla conclusione di un contratto, anche se di un rapporto il cui rilievo rimane confinato puramente sul piano della cortesia.

5. In questo senso, v. BGH, *NJW* 1977, 2120.

5. I contatti sociali diversi sia dai contatti negoziali sia dai contatti simili a questi ultimi.

Possiamo poi delineare una terza categoria di contatti sociali: quelli diversi sia dai contatti negoziali sia dai contatti simili ai contatti negoziali (e cioè dai contatti che abbiamo appena veduto caratterizzarsi per il fatto di essere anch'essi instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una certa prestazione, anche se in un contesto di pura cortesia).

Si tratta: *a)* dei contatti che a prima vista parrebbero anch'essi da ricondurre alla categoria dei contatti simili ai contatti negoziali, ma che come tali non sono definibili per il motivo che, pur se instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione che non finisce mai per essere dovuta, non possono essere intesi come diretti alla costituzione di un rapporto, anche soltanto di cortesia, dato che la prestazione medesima non viene eseguita a titolo gratuito e senza vantaggio per l'adempiente; nonché *b)* dei contatti che nemmeno apparentemente possono essere ricondotti al mondo di quelli negoziali, per quanto ampiamente inteso, in quanto non sono instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione.

Per intenderci.

Il medico dipendente dalla struttura, il maestro cui sia stato affidato l'allievo non agiscono a titolo di cortesia: non agiscono a titolo gratuito e senza che all'adempimento sia per loro collegato alcun vantaggio, per il semplice motivo che, anche se non da coloro con i quali entrano in contatto, incassano un compenso, così che fa difetto, in questi casi, un rapporto anche soltanto cortesia.

Mentre quando un notaio fornisca spontaneamente un consiglio nel corso di un'occasione conviviale, lo si potrà anche considerare attore di un contatto voluto, ma il consiglio non potrà in alcun modo dirsi fornito a seguito di un contatto instaurato in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione.

Possono considerarsi anche questi contatti sociali, o almeno taluni di questi contatti sociali come fonti di obbligazioni senza dovere primario di prestazione?

La risposta positiva è stata proposta affermando la possibilità di una estensione della disciplina dettata per le trattative anche al di là delle fattispecie di contatto sociale simili a quelle di contatto negoziale, (almeno) con riguardo ai casi nei quali in chi fornisce la prestazione sia ravvisabile una sorta di "garante" della bontà della prestazione medesima⁶, fattispecie che potrebbero ritenersi integrate, in specie, tutte le volte in cui la prestazione resa rientri nell'esercizio di un'attività particolarmente qualificata, quali sono, ad esempio, quella dell'avvocato o del commercialista⁷.

6. KRAMER, *Einl. zu §§ 241-304*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3a ed., München 1994, 34, p. 23.

7. Si è parlato, in proposito, di "*Haftung kraft Berufstellung*": v. sempre KRAMER, op. cit., 39, p. 22 (nella scia

E però, posto che, come si diceva, siamo di fronte a contatti che non appaiono omologabili non solo ai contatti negoziali, ma neppure ai contatti simili a contatti negoziali, una tale estensione non può non lasciare dubbiosi.

Un'affermazione come quella secondo cui, “se la buona fede, a norma dell’art. 1337 c.c., dà vita a obblighi c.d. accessori sin dalla fase delle trattative in conseguenza dell’affidamento che in esse si genera, parimenti in situazioni di affidamento altre dalle trattative può ritenersi nascere analoga responsabilità quando detti obblighi vengano violati”⁸, appare invero difficilmente sostenibile. Così come difficilmente sostenibile appare quella secondo cui “l’identità di natura dei rapporti da contatto sociale qualificato e di quello precontrattuale [sarebbe] base più che sufficiente per consentire di affermare che la legge, alla stregua di quest’ultimo, consente il sorgere di altri rapporti obbligatori sulla base di elementi di fatto di pari natura”⁹. L’affidamento non può, infatti, essere inteso come una fonte generale di obbligazioni. Se lo fosse, dell’art. 1337 c.c. non avremmo bisogno alcuno. E neppure dell’art. 1338 c.c. Così come bisogno non avremmo dell’art. 1398 c.c.

In realtà, l’affidamento svolge in quelle norme non il ruolo di fondamento dell’obbligazione, bensì quello di limite alla responsabilità del soggetto che potrebbe in ipotesi essere chiamato a rispondere¹⁰.

Nulla vieta, ovviamente, di estendere ad altre fattispecie norme dettate per fattispecie assimilabili a quelle disciplinate, esattamente come abbiamo veduto potersi fare con l’art. 1337 c.c. per quanto riguarda i contatti sociali simili ai contatti negoziali. Ma, al di là di tale ambito, l’estensione di questa norma non può ritenersi consentita. Con riguardo ai contatti diversi dai contatti negoziali e dai contatti simili ai contatti negoziali, se si vuole sostenere l’esistenza di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, occorre trovare *altre* norme di riferimento, veramente estensibili alle fattispecie di volta in volta considerate, per la loro vicinanza a quella specificamente regolata.

In difetto di una norma che possa considerarsi estensibile, il semplice affidamento non basta.

Come si è recentemente scritto, “La scelta di un regime rafforzato di responsabilità si mostra incostante e volubile quanto lo è il rilevamento di quel fatto di sentimento individuale e collettivo (affidamento, aspettativa sociale) che giustificherebbe la disciplina dell’obbligazione contrattuale. Ricade in questa responsabilità il medico nei confronti del paziente; l’insegnante nei confronti dello studente; ... Più degli altri [questi] indirizzi... lasciano emergere le incertezze e le contraddizioni del criterio dell’affidamento e dell’a-

di LAMMEL).

8. Così CASTRONOVO, op. cit., p. 145 ss.

9. Così sempre CASTRONOVO, op. cit., p. 146.

10. Per quanto riguarda questo profilo, mi permetto di rinviare ad altro mio scritto: *Rappresentanza apparente e “contatto sociale”: considerazioni circa il ruolo dell’affidamento nel diritto civile italiano*, in *Studium Iuris*, 2016, pp. 1161-1166.

spettativa sociale. Criterio che appare in sé insufficiente a far valere, in senso conclusivo, le ragioni di un'obbligazione contrattuale¹¹.

In difetto di un “mediatore giuridico”, il semplice, generico “contatto sociale”, anche se eventualmente “qualificato” dall'affidamento che sia in grado di ingenerare, fino a quando non si trovi una base legale di riferimento, diretta (lì dove esista una norma immediatamente applicabile) o indiretta (lì dove si debba, e possa ragionare in termini di analogia, *legis* o *iuris*), può essere inteso solo come una fonte *extralegale* di obbligazioni, per la quale, però, nel nostro ordinamento non c'è spazio, dato che, ai sensi dell'art. 1173 c.c., oltre che al fatto illecito e al contratto, possono sì essere fonti di obbligazioni anche altri atti o fatti, ma solo se idonei a produrle *in conformità dell'ordinamento giuridico*.

In altri termini, non va in radice escluso che anche contatti sociali diversi dai contatti negoziali e dai contatti a questi simili possano costituire fonte di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, ma solo lì dove per le obbligazioni medesime possa essere trovata una base giuridica, che non può essere costituita da un semplice affidamento.

6. La teoria della *Vertrauenshaftung*.

Quanto sono venuto sin qui esponendo rappresenta in larga parte l'adattamento all'ordinamento nostro della teoria della *Vertrauenshaftung*, della responsabilità da affidamento, elaborata in Germania da Canaris¹² sulla base di una pluralità di norme del BGB, come quella del § 122, sul risarcimento del danno in favore di chi abbia confidato senza sua colpa nella validità di una dichiarazione nulla o annullata, e di diverse altre che non è qui il caso di enumerare. Teoria la cui idea di fondo è che al fine di fondare obbligazioni senza dovere primario di prestazione un semplice richiamo al «contatto sociale» non possa considerarsi sufficiente, e che pertanto, dovendo il diritto sempre “regnare sovrano”, obbligazioni senza dovere primario di prestazione debbano, e possano essere fondate soltanto sull'analogia della fattispecie di volta in volta considerata con fattispecie già regolate.

D'altra parte, se così non fosse, un contatto sociale possibile fondamento di una responsabilità che va oltre quella extracontrattuale, idoneo a fare sorgere una obbligazione senza dovere primario di prestazione, potrebbe finire per essere ravvisato in un numero talmente ampio di situazioni – persino in un incidente automobilistico – che si potrebbe progressivamente giungere all'evidentemente inaccettabile esito di cancellare la responsabilità extracontrattuale¹³.

11. F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, Torino 2015, pp. 123-124.

12. A partire dalla monografia *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971, *passim*.

13. Il rilievo, suggestivo, e secondo quanto a me pare condivisibile, è stato espresso da SCHUR, *Leistung und Sorgfalt*, Tübingen 2001, pp. 241-242, nella scia di LARENZ. Di diverso avviso CASTRONOVO, agli occhi del quale si tratterebbe, invece, della “Conclusione gloriosa di una lettura evidentemente monocola del contatto sociale” (op. cit., p. 143).

7. Quali comportamenti concludenti tipizzati possono essere inquadrati anche “contatti sociali”?

Per concludere, vorrei infine dare conto di un ulteriore, possibile modo d’inquadrare i contatti sociali differenti sia dai contatti negoziali sia da quelli a questi ultimi simili.

Le fonti delle obbligazioni, ai sensi dell’art. 1173 c.c., sono sì il fatto illecito e gli altri atti o fatti idonei a produrle secondo l’ordinamento giuridico, ma è anche il contratto: oltre al fatto illecito e alle fonti legali, l’attenzione può, e deve perciò essere rivolta anche alla fonte convenzionale.

Perché mai, se per definizione, trattando dei “contatti sociali”, ci stiamo interrogando in ordine alla configurabilità di obbligazioni non sorrette da un contratto?

Occorre invero considerare che un comportamento concludente, se ben può essere ravvisato ad esito di una valutazione condotta con riguardo ad una singola fattispecie, ben può essere ravvisato altresì ad esito di una valutazione condotta avendo presente quelle che sono le convinzioni socialmente diffuse nella generalità dei consociati¹⁴.

Ben potrebbe darsi, in altre parole, che un comportamento possa essere inteso come situazione espressiva di un intento di vincolarsi anche in quanto comportamento che tale significato assume (solo) alla luce di come certe relazioni quotidianamente si svolgono nel traffico giuridico, risultando in tal modo tipizzate.

Riferimenti a questa idea si trovano anche nel recente volume di Francesco Gambino che ho poco fa citato, lì dove si accenna a quelle teorie che, rinvenendo nel principio di effettività un saldo riferimento di fondo, riconnettono l’obbligazione al modo di conformarsi di una data relazione tra soggetti determinati, proponendosi di parlare allora di pretesa socialmente tipica, frequente e comune, quale condizione sufficiente della giuridicità¹⁵.

Orbene, quali comportamenti concludenti socialmente tipizzati si potrebbe immaginare allora di leggere anche “contatti sociali” diversi dai contatti negoziali e dai contatti simili a quelli negoziali.

E però, costruzioni di questo genere, occorre riconoscerlo, hanno il “sapore” di “*keinstliche Produkte juristischen Denkens ohne jede Realität, denen sich die Justiz... zuzuwenden gezwungen ist, wenn die deliktische Schutz des Vermögens schwach ausgeprägt ist*”¹⁶.

Senza considerare come sembri contrario ad ogni logica, in relazione a contesti nei quali tutti gli attori sono consapevoli del fatto che la prestazione divisata non costituirà

14. Cfr., sul punto, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8° ed., München 1997, § 30, p. 26 ss., p. 597ss.

15. Op. cit., p. 113 ss.

16. Vale a dire, di prodotti artificiali del pensiero giuridico senza una base di realtà, ai quali la giustizia è costretta a riferirsi lì dove la tutela extracontrattuale del patrimonio appare troppo debole: così GERNHUBER, cit. da KRAMER, *Einh. zu §§ 241-304*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5a ed., München, 2007, 36, p. 21.

mai oggetto di un rapporto obbligatorio, immaginare che vengano assunte per via negoziale obbligazioni accessorie rispetto all'adempimento di quella stessa prestazione¹⁷.

17. Cfr. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung*, in *Festschrift für Herbert Schimansky*, Köln, 1999, p. 47 ss.

SOMMARIO

TOMO I

Principi, regole e interpretazione

Bellizzi di San Lorenzo, A., <i>Il bene giuridico alimentare</i>	11
Busnelli, F.D., <i>Riscoprire Salvatore Romano</i>	21
Caponi, R., <i>Giudicato civile e identità nazionale</i>	31
Cartei, G.F., <i>“Il suolo tra tutela e consumo”. Il Testo Unico dell’Ambiente a dieci anni della sua approvazione</i>	37
Chiaromonte, W., Vallauri, M.L., <i>Lo stress lavoro-correlato fra definizione del rischio ed articolazione delle tutele. Uno sguardo ai settori del telemarketing e del trasporto passeggeri</i>	49
Conti, C., <i>Il principio del contraddittorio</i>	97
Di Marzio, F., <i>Appunti su legalità e giustizia</i>	115
Donati, F., <i>Fake news e libertà di informazione</i>	125
Favale, R., <i>Dalla dottrina alla giurisprudenza e ritorno</i>	133
Felicioni, P., <i>Considerazioni sul processo penale bifasico</i>	153
Gambaro, A., <i>Note in tema di uso forense dei precedenti giudiziari</i>	173
Gasparri, W., <i>La consensualità nel governo del territorio quale forma di redistribuzione: potere di conformazione della proprietà e perequazione</i>	183
Gentili, A., <i>Quale modello giuridico per i beni culturali?</i>	225
Giunta, F., <i>La prescrizione del reato ovvero la causa estintiva che visse due volte</i>	233
Gutiérrez Santiago, P., <i>La interpretación «auténtica» del contrato</i>	239
Lipari, N., <i>Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale</i>	261
Lopez y Lopez, A., <i>Recuperemos el juicio (Una reflexión sobre la actividad judicial hoy)</i>	279
Morbiddelli, G., <i>Il criterio dell’implicito nel diritto amministrativo e la sua dialettica con il principio di legalità</i>	297
Palazzo, F., <i>Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale</i>	311
Papa M., <i>La tipicità iconografica della fattispecie e l’interpretazione del giudice La tradizione illuministica e le sfide del presente</i>	329
Pastore, B., <i>Fonti del diritto e comunità interpretativa</i>	343
Perlingieri, P., <i>Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico</i>	355
Picchi, M., <i>La motivazione della legge. Un tema ozioso e inutile, anzi problematico e scomodo per molti, eppure fondamentale e sempre più attuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale</i>	373
Ruschi, F., <i>Il proconsole Cicerone, riflessioni su eunomia e ostilità</i>	393
Silvestri, C., <i>Profili evolutivi del diritto alla prova</i>	417
Somma, A., <i>Stato del benessere o emancipazione? Lavoro e diritto negli Stati Uniti della prima metà del Novecento</i>	439
Stolzi, I., <i>Interpretazione e prassi notarile: un profilo storico</i>	467
Tonini, P., <i>Indagini difensive e diritto alla privacy: una problematica risalente appena sfiorata dalla legge Gelli</i>	483
Zaccaria, G., <i>Interpretazione letterale, pluralità dei contesti giuridici e teorie del significato</i>	497

Famiglie e successioni

Bellelli, A., <i>Coppie omogenitoriali e tutela dei figli</i>	521
Bonilini, G., <i>Unione civile, convivenze di fatto e successione mortis causa</i>	529
Bucelli, A., <i>Sull’impresa familiare nella convivenza di fatto</i>	549
Clarizia, R., <i>Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento</i>	557
Corsi, C., <i>La tutela dell’unità familiare nel diritto degli stranieri. Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali</i>	573
De Verda, J.R., <i>La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)</i>	591

TOMO II

Diez Garcia, H., <i>La adquisición del legado en el código civil español (art. 881) e italiano (art. 649) ¿dos sistemas diferentes o semejantes?</i>	9
Franceschelli, V., <i>Famiglia, convivenza e famiglia di fatto</i>	25
Gigliotti, F., <i>Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)</i>	33
Giunti, P., <i>Il “best interest of the child”. Una conquista del presente in dialogo con il passato</i>	67
Gulina, G., <i>Testamento e officium pietatis in Cicerone</i>	77
Lopes Pegna, O., <i>Riqualficazione del matrimonio same-sex estero in unione civile «italiana»: una soluzione irragionevole</i>	95
Mattei, U., <i>Il poliamore e i beni comuni. Primissime riflessioni</i>	105
Ordas Alonso, M., <i>Los alimentos debidos a los hijos menores de edad en los supuestos de atribución de una guarda y custodia compartida en el ordenamiento jurídico español</i>	117
Paradiso, M., <i>Convivenza di fatto e solidarietà economica</i>	129
Patti, S., <i>Le convivenze “di fatto” tra normativa di tutela e regime opzionale</i>	139
Quadri, E., <i>“Convivenze” e “contratto di convivenza”</i>	151
Re L., <i>La violenza contro le donne come violazione dei diritti umani. Il ruolo dei movimenti delle donne e il gender mainstreaming</i>	171
Rizzuti, M., <i>Patti successori prematrimoniali</i>	187
Roselli, O., <i>“Libertà e famiglia”. Oltre i recinti disciplinari: sensibilità costituzionalistica di un civilista</i>	211
Scalisi, V., <i>Maternità surrogata come far cose con regole</i>	219
Sesta, M., <i>La famiglia tra funzione sociale e interessi individuali</i>	235
Tamburi, F., <i>Un filosofo di fronte all’interpretatio prudentium: visioni contrapposte sul valore nominale dell’hereditas</i>	245
Tarli Barbieri, G., <i>Votare a sedici anni? Le implicazioni costituzionali nel caso italiano</i>	265
Vallini, A., <i>Il diritto penale alla prova di “vecchi” e “nuovi” paradigmi familiari</i>	283
 Contratti e obbligazioni	
Alcaro, F., <i>Il problema della ‘causa’ tra dogmi e revisioni</i>	311
Alpa, G., <i>Il controllo giudiziale del contratto e l’interpretazione</i>	335
Angelici, C., <i>Variazioni su usucapione e impresa</i>	365
Bozzi, L., <i>Liberalità non donative e contratto a favore di terzo. Ammissibilità e forma di una expressio causae successiva</i>	385
Calvo, R., <i>Autonomia negoziale e locazione non abitativa: contributo allo studio delle clausole di adeguamento del canone e di rinuncia all’indennità di avviamento</i>	419
Caredda, V., <i>Sulle oscillazioni applicative del concorso del fatto colposo del creditore</i>	429
Chianale, A., <i>Il privilegio industriale per il credito agevolato (d.lgs. n. 1075 del 1947)</i>	443
Ciatti Càimi, A., <i>Premesse storiche a un’indagine sulla pubblicità immobiliare</i>	457
Conte, G., <i>Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto: rimeditando la lezione di Salvatore Romano</i>	471
Corrias, P., <i>La natura delle polizze linked tra previdenza, risparmio e investimento</i>	491
Cuffaro, V., <i>Rent to buy e locazione di scopo</i>	501
D’Amico, G., <i>“Giustizia contrattuale”: considerazioni preliminari dalla prospettiva del civilista</i>	515
Del Prato, E., <i>Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette</i>	533
Ferri, G., <i>Società di fatto e imprenditore occulto</i>	567
Franco, R., <i>Il conflitto – in sede di espropriazione forzata – tra creditore ipotecario e: a) il locatario; b) l’assegnatario della casa familiare. Incertezze ricostruttive, profili sistematici ed incidenze applicative. Una rivoluzione (?) nel sistema dell’esecuzione forzata</i>	581
Furguele, L., <i>Funzione di controllo e procedimento nei sistemi di amministrazione della società per azioni: prime considerazioni</i>	617

TOMO III

Fusaro, A., <i>I contratti immobiliari della crisi e l'apporto della prassi notarile alla formazione del diritto vivente</i>	9
Gabrielli, E., <i>Appunti sulle autotutele contrattuali</i>	17
Gallo, P., <i>Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto</i>	57
Guizzi, G., <i>Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta</i>	71
Landini, S., <i>Pubblicità immobiliare e procedimento</i>	83
Lombardi, E., <i>Valutazioni a margine della teoria della cosa: la considerazione comune e giuridica della res in una prospettiva di ontologia terminologica</i>	103
Lucarelli, P., <i>Crisi del contratto commerciale e produzione privata dei rimedi</i>	131
Luminoso, A., <i>Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva</i>	147
Monticelli, S., <i>I negozi solutori nel quadro complesso delle vicende estintive dell'obbligazione: problematiche notarili</i>	167
Nazzaro, A.C., <i>Il rent to buy di azienda: specificità dell'oggetto e funzioni (possibili) del contratto</i>	183
Nivarra, L., <i>Il contratto "disciplinato" e la concorrenza totale: legge, giudici e libertà dei privati al tempo della UE</i>	201
Pagliantini, S., <i>Ancora sull'art. 2929-bis c.c. (nel canone di Mauro Bove): è vero ma... (l'opinione del civilista e la "crisi" della fattispecie)</i>	209
Pagni, I., <i>Le nuove regole processuali della responsabilità civile sanitaria dopo la L. 8 marzo 2017, n. 28 (tra tentativo obbligatorio di conciliazione e ricorso ex art. 702-bis c.p.c.)</i>	221
Palazzo, M., <i>I criteri di configurazione della responsabilità civile del notaio nelle interpretazioni della recente giurisprudenza di legittimità</i>	251
Palermo, G., <i>Contributo allo studio della responsabilità per danno non patrimoniale</i>	267
Pennasilico, M., <i>Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica</i>	279
Perlingieri, G., <i>L'attualità del «Discorso preliminare» di Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie</i>	309
Ponzanelli, G., <i>Quale futuro per i danni punitivi?</i>	351
Procida Mirabelli Di Lauro, A., <i>L'obbligazione nel sistema dei rimedi</i>	359
Proto Pisani, A., <i>Oggetto del processo e oggetto del giudicato nelle azioni contrattuali</i>	393
Putortì, V., <i>Rifuto anticipato di adempiere e tutela del creditore</i>	401
Ravizza, M., <i>In tema di iniuria</i>	421
Romano, R., <i>La donazione di beni altrui nella attuale giurisprudenza di legittimità. Spunti per una controlettura procedimentale</i>	441
Salanito, U., <i>Ritorno a Gorla. Revoca della proposta e risarcimento del danno</i>	449
Salvi, G., <i>Usura sopravvenuta: orizzonti ermeneutici in attesa delle Sezioni unite</i>	477
Scognamiglio, C., <i>La nuova legge sulla responsabilità sanitaria: quale modello di responsabilità?</i>	497
Sirena, P., <i>Il ruolo dell'arbitro bancario finanziario nella regolazione del mercato creditizio</i>	511
Stella Richter, M., <i>L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali</i>	523
Tanimoto, K., <i>La grande riforma del codice civile e la direzione del diritto del contratto col consumatore in Giappone</i>	551
Tesi, G., <i>Attività contrattuale e interessi del terzo: brevi riflessioni sull'attuale valenza del principio di relatività degli effetti del contratto</i>	563
Vettori, G., <i>L'evoluzione dei Rimedi nel dialogo fra legge e giudice</i>	589
Viciani, S., <i>Obblighi di informazione e trasparenza in ambito contrattuale</i>	599
Zaccaria, A., <i>Contatto sociale e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci</i>	611

