PERSONA E MERCATO

Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Numero 2 – Novembre 2009

Saggi

Mercato, libertà, giustizia. A proposito di due libri recenti, di Giuseppe Vettori…….. p. 3

Variazioni su forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti, di Stefano Pagliantini…… p. 11

Buona fede, pendenza della condizione e rimedi contro l'inadempimento, di Vincenzo Putortì….. p. 32

Materiali e commenti

La natura parziaria delle obbligazioni condominiali: dubbi ed esigenze di riforma del condominio, di Antonio Gorgoni……. p. 45

Sull'equità ed i principi informatori della materia, di Mario Mauro..... p. 61

Attualità

The interpretation of good faith and according to human rights, fundamental freedoms and constitutional laws in the Common Frame of Reference (DCFR, art. 1:102), di Giuseppe Vettori…….... p. 73

Recensione de "Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata" di Massimo Granieri, a cura di Francesca Lucchesi…… p. 80

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Editore: Persona e Mercato
Direttore Scientifico Responsabile: Giuseppe Vettori
Redazione: Fabio Addis; Massimo Franzoni; Marisaria Maugeri; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.
Collaboratori: Antonio Gorgoni, Francesca Lucchesi, Mario Mauro, Serena Meucci.
Segreteria: P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.
E-mail: info@personaemercato.it
Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Antonio Gorgoni; Francesca Lucchesi; Mario Mauro; Stefano Pagliantini; Vincenzo Putortì; Giuseppe Vettori.

MERCATO, LIBERTÀ, GIUSTIZIA. A PROPOSITO DI DUE LIBRI RECENTI

Di Giuseppe Vettori

Il mercato delle libertà di Enrico Diciotti, Il Mulino 2006 e Il Terzo contratto a cura di Gregorio Gitti e Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008.

SOMMARIO: 1. Il mercato delle libertà - 2. La diagnosi dell'attualità - 3. Il terzo contratto. Le analisi e gli strumenti - 4. Il terzo contratto. I limiti e le critiche - 5. Due parole sul metodo dei civilisti oggi - 5.1 Sul piano dell'atto - 5.2. Sul piano del rapporto - 6. Il civilista fra identità e meticciato.

1. Il Mercato delle Libertà.

Gli incontri pisani[1], da sempre, ci invitano a riflettere sui grandi temi del presente ma questa occasione isola un oggetto scandito da tre parole forti, capaci di coinvolgere, più di ogni altra, le conoscenze e le attese.

Il libro di Enrico Diciotti[2] muove da un'idea precisa. Per «garantire eguali libertà di agire è necessario assicurare eguaglianza nel possesso e nel godimento di beni materiali» Ciò perché «nessuna azione può essere compiuta senza far uso di beni materiali (uno spazio in cui eseguire l'azione; eventuali altri beni) e non è possibile garantire a qualcuno la libertà di compiere una qualsiasi azione senza garantirgli la libertà di usare determinati beni, cioè i beni necessari per compiere quell'azione»[3].

Da ciò si trae che non è possibile garantire in una società di mercato eguali libertà negative perché nel mercato «la sola libertà garantita a tutti è quella di scambiare beni e servizi", tramite un potere giuridico di autonomia che è il potere necessario " per sti-

[1] Si tratta della Introduzione alla prsentazione dei due libri organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa e in particolare da Emanuela Navarretta e Umberto Breccia, il giorno 8 maggio 2009.

[2] E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Bologna, Il Mulino, 2006.

[3] E.DICIOTTI, *Il mercato delle Libertà*, op. cit., p. 7

pulare contratti con cui acquisire libertà di agire e privarsi di libertà di agire»[4].

Ne seguono due conseguenze. La prima: «Una società radicalmente liberista, in cui il mercato non sia soggetto ad alcun limite non sarebbe altro che un *mercato di tutte le possibili libertà di agire*»; la seconda: «è impossibile garantire a tutti determinate libertà negative se a tutti è garantito il potere di scambiare tali libertà e di privarsene» perchè «l'esperienza mostra come l'esercizio di questi poteri tenda a produrre disuguaglianze notevoli nella distribuzione delle libertà negative» che non possono essere garantite nello stesso modo in una società di mercato[5].

L'autore dialoga con tutta la grande tradizione liberale ed osserva che il più recente liberalismo non radicale,ispirato a ideali egualitari più o meno spinti[6] e il costituzionalismo del novecento[7] sono uniti da un convincimento comune. L'idea che possano essere riconosciute nelle odierne società occidentali un nucleo di libertà fondamentali di circolazione, di riunione,di associazione,di culto di manifestazione del pensiero[8]. Tutte queste teorie secondo l'autore «tendono a tenere distinte le questioni del conferimento di eguali libertà fondamentali da quelle dell'eguaglianza nel godimento dei beni o nelle opportunità», instaurando un rapporto fra libertà individuali e mezzi economici solo sul piano delle «condizioni dell'effettivo esercizio»[9] o su quello del valore delle libertà[10]. E sta in questa conclusione il limite di questo filone di pensiero posto in luce nel libro.

«Poiché nel mercato, scambiando beni e servizi, ci si priva di libertà e si scambiano libertà, un mercato senza limiti….. è un mercato in cui è possibile scambiare tutte le possibili libertà e in cui è quindi possibile restare privi di ogni libertà»[11].

Preso atto di ciò non appaiono condivisibili all'autore due tesi contrapposte: l'idea che alcune libertà fondamentali siano compatibili con ogni modello di società e l'idea che i limiti al mercato siano sempre e comunque limiti alla libertà di agire. La sua tesi è un'altra. «Ogni libertà negativa dipende dalla organizzazione economica della società e in ogni società di mercato non vi è alcuna libertà negativa che possa essere garantita senza una limitazione adeguata della sfera del mercato». Si analizzano così gli "errori" delle concezioni liberali e libertarie e si considera infondata la distinzione fra i diritti di libertà e i diritti sociali per almeno due motivi. Da un lato perché la struttura di essi, nella gran parte dei casi, non sarebbe diversa dato che entrambe le situazioni sono «diritti di far uso di beni, cioè libertà negative». Dall'altro perché la garanzia per entrambe è possibile «solo in presenza di beni e risorse comuni, cioè sottratti alla sfera del mercato"[12].

Il che porta ad analizzare «gli effetti che differenti forme di proprietà e di organizzazione economica avrebbero sulla distribuzione delle libertà negative» e si distinguono tre forme pure di proprietà di beni e di società: a) la proprietà e la società dei beni comuni (anarco comunista), b) la proprietà collettiva e la società corrispondente basata su di una "democrazia comunista", c) la proprietà privata e la società radicalmente liberista fondata su di un anarco capitalismo ove lo Stato ha la sola funzione di garantire la proprietà privata e la regolarità degli scambi di mercato.

Tutti i confronti portano ad una conclusione netta.

Per la garanzia e l'estensione delle libertà non vi è «alcuna soluzione semplice, rappresentata dalle forme "pure" di società, ma solo soluzioni complesse». Sicché la società migliore deve combinare i caratteri delle forme pure, basate su tratti di collettivismo e di mercato, ma in essa non potrebbero «mancare beni e *risorse di proprietà comune, cioè beni e risorse destinate alla garanzia delle libertà individuali e quindi sottratte sia alle deliberazioni dei poteri pubblici sia alla contrattazione privata*»[13]

2. La diagnosi dell'attualità.

Il libro ha molti meriti ma uno è particolarmente evidente per il giurista positivo. Oggi più che in passato per la velocità delle trasformazioni tecniche e scientifiche occorre una diagnosi del presente come premessa conoscitiva necessaria per un indagine sulla rilevanza giuridica che deve tener conto di novità significative. Siamo tutti consapevoli del mutamento profondo nel sistema delle fonti e non starò a ricordare questa complessità in modo affrettato. Voglio sottolineare qualcosa di più e di diverso.

I sociologi e i filosofi parlano di una modernità liquida[14] ove la coesistenza di troppi modelli confon-

[4] E.DICIOTTI, *Il Mercato delle Libertà*, op. cit., p. 7
[5] E.DICIOTTI, *op. cit.*, p. 60.
[6] R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il mulino 1982; N. BOBBIO, *L'età dei diritti,* Torino, Einaudi, 1995; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982.
[7] in particolare con A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Roma-Bari, 1997; N. MATTEUCCI, Costituzionalismo, in Id., Lo stato moderno, Bologna, 1997;, FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
[8] E. DICIOTTI, *op. cit.*, p. 63.
[9] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, p. 259
[10] J. RAWLS, p. 271-276
[11] E.DICIOTTI. *Il mercato delle Libertà*, op. cit., p. 71.
[12] E.DICIOTTI, *op. cit.*, p. 73 ss.
[13] E.DICIOTTI, *op. ult. cit.*
[14] Z. BAUMAN, Roma-Bari, 2002

de ogni riferimento certo e «tutto appare fluido, giustificato o giustificabile, in rapporto all'onda che passa»[15]. La differenza fra la crisi del 1929 e l'attuale è evidente. «Allora il mondo delle certezze ideologiche si presentava come possibilità alternativa, rampante, come un sole nascente». Oggi dopo la crisi delle ideologie non è più così: «siamo come dei marinai che devono ricostruire la loro nave in mare aperto» con i resti del proprio e dei precedenti naufragi[16]. Resta da precisare a quali tavole o scialuppe possiamo aggrapparci. Ancora i filosofi ci indicano alcune alternative possibili: l'assemblaggio di tavole diverse come forme disparate del passato verso una condizione di "meticciato" che valorizzi visioni molteplici, plurali, meticce, appunto, come alternativa alla "barbarie dissolvitrice" della purezza, dell'identità, della razza[17]. L'abbandono di una modernità che non si appoggi al bastone della conoscenza e della saggezza. «Una politica e un economia che si faccia carico di proteggere e di promuovere il senso di coappartenenza»[18]. Un invito esplicito alla riscoperta di valori condivisi.

D'altra parte i cultori delle scienze sociali hanno molto da riflettere su ciò che è accaduto dal 1990 ad oggi.

Si era in quegli anni affermata l'idea che l'economia non ha bisogno del diritto e della politica (viste da diverse ideologie come sovrastrutture), perchè esprime un proprio ordine guidato da tecnici capaci di trasformare le esigenze e i bisogni individuali e collettivi in modelli costanti. Che cosa è accaduto è spiegato già da una serie di analisi acute.

La finanza è da due decenni una fonte di reddito essenziale in America e nel Mondo solo che lo Stato ha rinunziato progressivamente ad una delle sue funzioni sovrane. Ha rinunziato al monopolio nel battere moneta perché «anche le banche private hanno potuto battere una moneta"addizionale che prendeva forma nei più incredibili strumenti finanziari. Una moneta fondata sul nulla e perciò stampata sul nulla» sicché è accaduto che la moneta cattiva ha sovrastato la moneta buona e l'implosione è stata distruttiva. Nessuno ha resistito pochi hanno saputo prevedere[19].

Gli esiti sono noti. Da un lato fallimenti delle banche, crisi dell'economia reale, licenziamenti e disoccupazione, povertà dei paesi più deboli. Dall'altro il ritorno della politica e del denaro pubblico con una serie di espedienti impensabili qualche anno fa. Nazionalizzazioni, acquisto di titoli tossici ad un prezzo più alto del loro valore per rivenderli a un prezzo più basso di quello iscritto nei bilanci delle banche, aiuti di ogni genere.

Tornano centrali dunque la politica e il diritto a cui si chiedono regole nuove e mutano le consapevolezze del passato recente perché l'alternativa non è più, a destra come a sinistra, fra lo Stato e il mercato, ma all'interno dello Stato fra mercato e sociale. Il mercato non è più inteso da nessuno come forza spontanea ma come motore di sviluppo da regolare entro le strutture dello Stato di diritto[20].

Ma c'è di più. Per una corretta regolazione dell'azione umana non si può ignorare ciò che avviene in altre scienze (come la fisica, l'ingegneria, la genetica). La profonda evoluzione di queste scienze si allarga alla cultura generale e alla trasformazione della società , dei valori umani e dello stesso tipo di vita delle persone. La rilevanza di questa evoluzione si deve trasformare «al più presto possibile ed il più intensamente possibile, in rilevanza giuridica e nei conseguenti atteggiamenti del diritto». «Si è in presenza, dunque, di una dimensione originale della giuridicità nel suo complesso adattamento ai valori umani, tanto da rendere necessaria una metodologia conoscitiva ben altrimenti estesa».[21]

Quali riflessi abbia tutto ciò sulla forma giuridica non è facile prevedere ma è certo che incide profondamente sul ruolo e l'identità del civilista.

3. Il terzo contratto. Le analisi e gli strumenti.

Non a caso il volume sul terzo contratto nasce sulla scia della constatazione di un'identità perduta, di uno smarrimento dovuto alla perdita di un «ordine sottratto alle contingenze» e «alla contaminazione

[15] B. FORTE, *La torre di babele del nostro tempo*, in *Sole 24 ore*, 18 aprile 2009

[16] B.FORTE, *op. cit.*

[17] R.DALBOUX, *Métissage ou Barbarie*, Paris,1994; A. MAALOUF, *Identità, Bompiani*, Milano, 2007, p.7.

[18] P. GOMARASCA, *Meticciato:convivenza o confusione?*, Venezia, *2009, p. 183.*

[19] v. questa analisi in G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milano 2008.

[20] Ma la maggiore attenzione al sociale, a destra come a sinistra, nelle logiche locali o globali, riporta al centro dell'analisi il problema dell' eguaglianza. Nei vertici internazionali recenti è apparsa concretamente l'esigenza di una politica redistributiva capace di coniugare il principio della giustizia sociale con interessi molto concreti. Un nesso reso evidente dalla crisi attuale. «Non ci sarà crescita senza redistribuzione del reddito e della ricchezza non fosse altro perché il nocciolo della attuale recessione mondiale.. e lo spettro dei 25 milioni di disoccupati nel primo mondo, risiede nel crollo della domanda globale. … E il rilancio della domanda passa inevitabilmente per il suo finanziamento di massa. La necessità della redistribuzione è dunque la condizione primaria per il rilancio della crescita….(e ciò porta con sé) una specifica domanda di beni e servizi pubblici: etere, acqua, energia e anche giustizia».(E. SCALFARI, in *La repubblica*, 5 aprile 09)

[21] v. per questa analisi A.FALZEA, Relazione…

che rende indistinti obiettivi e linguaggi»[22]. Si avverte il disagio di fronte «alla modificazione della materia indagata» e al «ripensamento di ordine metodologico» che ciò sembra determinare. L'obbiettivo della collana (Nuovi itinerari di del diritto privato) è preciso[23].

Si vuole operare una «valutazione di compatibilità del nuovo con l'esistente» attraverso un'istanza di razionalizzazione «capace di affrontare i nuovi problemi e di tracciare itinerari di ricerca su temi collocati in zone di ombra o di confine» sì da richiedere l'uso di strumenti anche non usuali per il civilista[24].

La scelta dei contratti fra impresa viene spontanea per una serie di motivi. Fra il contratto di diritto comune disciplinato nel codice civile e il contratto del consumatore, oggetto di una disciplina speciale, l'attività dei «protagonisti nel processo economico» si ispira a modalità peculiari di esercizio dell'autonomia contrattuale sottratta alle regole consumeristiche e ispirata all'effettività della contrattazione controllata da norme di settore e dalla disciplina generale del mercato. Lo slogan del terzo contratto è assunto come formula per «configurare una fattispecie», «individuare una disciplina» e indicare un metodo capace di allontanarsi da strumenti dogmatici inutilizzabili e da tentazioni neoesegetiche. Le prospettive e le analisi sono diverse ma si intravede una linea omogenea[25].

Si intendono sottoporre a verifica alcuni modelli di configurazione o rimediali e si pone in guardia da strumenti e metodi indesiderati. In primo luogo il paradigma della proporzionalità e della giustizia contrattuale che estenderebbero alla contrattazione fra imprese *ratio* ispirate alla tutela della persona e in secondo luogo l'impiego delle clausole generali che affiderebbero al giudice la scelta dei valori e la loro gerarchia e con ciò sarebbero espressione di una «crisi del sistema o dell'incoerenza del legislatore»[26].

Nell'indagare la fase di formazione si rifiuta la fuga nei principi generali e si «reputa ineludibile il recupero della fattispecie (da parte dell'interprete) come condizione indispensabile per restituire al discorso del giurista il requisito minimo della ragionevolezza e della possibilità di comunicazione intersoggettiva»[27].

Nella determinazione del contenuto si assegna valore, più che ad un generico richiamo alla buona fede «l'intervento esterno di fattispecie speciali (abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante) che rendono il contratto adeguato ad obbiettivi di sistema (concorrenza regalozione del mercato) e ispirato ai fini della tutela dell'equilibrio sostanziale del rapporto e pertanto di giustizia contrattuale»[28].

Per quanto concerne l'invalidità e il contratto si sottopongono ad analisi critica le combinazioni *Nullità parziale + rideterminazione* (che emerge dalla disciplina dei ritardi di pagamento) e *validità + risarcimento* che emerge da parte della dottrina e dalla recente giurisprudenza di legittimità. E il problema di fondo è se sia estensibile il primo modello a «fattispecie analoghe ma nelle quali il potere di riequilibrio non è stato previsto dalla legge ed in particolare alla situazione generale dell'abuso di dipendenza economica»[29].

La risposta appare ad alcuno sostanzialmente negativa[30].

Anche il ripensamento della esecuzione del contratto e delle tecniche di gestione del rischio è connesso al problema del terzo contratto inteso come

[22] G.GITTI E G.VILLA (a cura di), *Il Terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008 ,p.
[23] v.G.GITTI, *Introduzione*, in *Il Terzo contratto*, op. cit.
[24] v.G.GITTI E G.VILLA, *op. ult. cit.*
[25] G.GITTI E G.VILLA, *op. ult. cit.*, p.
[26] G.AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, op. cit., p.29.
[27] G.D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, op. cit., p.82.

[28] G.GITTI, *La determinazione del contenuto*, in *Il Terzo contratto*, op. cit. p. 110.
[29] G.VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il Terzo contratto*, op. cit. p. 134.
[30] G.VILLA ,*op. cit.*, p. 135 ss. Per imporre una rideterminazione al soggetto che ha commesso l'abuso si può di far leva sulle regole che disciplinano il concreto tipo contrattuale che lega l'imprenditore abusato con quello dominante ... sicchè «venuta meno la determinazione convenzionale del prezzo il contratto sarebbe privo di oggetto determinato e vi si potrebbe ovviare ricorrendo alle determinazioni giudiziali». (1474, 1561, 1657) «Oppure … eliminata la pattuizione potrebbe essere chiamata ad intervenire un'integrazione del contratto operante attraverso l'equità integrativa prevista dall'art. 1374 c.c.» Si osserva che in entrambi «le soluzioni che affidano al giudice un margine di discrezionalità significativo e che espongono la decisione a non trascurabili margini di errore» (p.135). D'altra parte si esamina se tale difficoltà e tale margine di errore siano presenti anche nelle soluzioni che passano attraverso il risarcimento o la ripetizione. Alcuno osserva di sì (MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina nei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 699) perché «si tratta di operare quantificazioni di beni e attività». Altri (G.VILLA, *op. cit.*, p.135-136) osserva che tale obbiezione «presuppone che l'impatto di una valutazione erronea sia sostanzialmente analogo sia quando, cessato il rapporto,si richieda a posteriori un riequilibrio della relazione, sia quando tale valutazione sia destinata a vincolare le parti per il futuro, reiterando così i suoi effetti negativi per l'avvenire» (G.VILLA, *op. cit.*, p.136). La conclusione è che un intervento di riequilibrio sul rapporto può più facilmente ammettersi «quando si tratti di un rapporto di lunga durata e quindi esposto a sopravvenienze poco prevedibili» (contratto incompleto). Dubbio è invece un tale rimedio «quando il contratto è completo, la prestazione è determinata ma la pattuizione non resiste a causa dell'abuso». (G.VILLA, *op. cit.*, p. 136)

«modello che tende a seguire una graduale ... trasposizione del concetto di sproporzione ... e della valutazione delle ambiguità della condotta dal piano di mero fatto al piano della rilevanza normativa». In particolare la dinamica delle sopravvenienze consente di fissare il punto di partenza per ripensare l'intero apparato dei rimedi contro l'asimmetria di potere non governabile (interamente) con le regole di validità poste dal legislatore «e assieme di verifica della razionalità delle regole contro l'abuso visto che è proprio nella fase di esecuzione che si avvertono le conseguenze di tale pratica»[31]. La volontà è quella di «riconciliare la fase di formazione con le vicende del rapporto e delle sopravvenienze, poco gestibile con l'alternativa validità, invalidità». Il metodo induce a «superare il modello del contratto in generale per valorizzare l'aspetto relazionale e il valore che il tempo ha nella rilevanza giuridica di determinate relazioni»[32].

Altri delinea con rigore i diritti dell'impresa debole tratti dai divieti posti dalla legge per definire la illiceità dei contegni e l'oggetto del contratto[33]

4. Il terzo contratto. I limiti e le critiche.

Non mancano osservazioni critiche.

Alcuno muove dalla convinzione che se «il contratto è l'unica categoria per pensare l'interazione umana (assunta come paritaria) allora la categoria contrattuale soggiace ad un invalicabile limite cognitivo»[34]. «E' un non senso tentare di qualificare il contratto senza tener conto delle conseguenze esterne. L'impatto del contratto sul mercato è la funzione del contratto, la sua validità e disciplina dipende dagli "effetti esterni", la sua dimensione cognitiva è intrinsecamente metacontrattuale». «Il significato economico diviene significato giuridico quando si abbandona il lessico dell'efficacia e si cerca quello della regolazione». Il limite interno è dunque limite interno della categoria ed è insuperabile. «E' possibile invece soltanto introdurre una categoria ulteriore per selezionare ciò che il contratto percepisce a prezzo di troppe distorsioni. Questa categoria è la contrattazione»[35]. «Non c'è alcuna ragione di forzare ancora una volta entro la fattispecie contrattuale i problemi della contrattazione, postulando nuovi vizi del contratto». «I rimedi sono funzione del giudizio sull'efficienza regolativi della legislazione sulla contrattazione:si scelgono soltanto se funzionano, non se suonano bene nelle categorie contrattuali ricevute dalla tradizione. Hanno legittimazione regolativi e non dogmatica. Il danno da contrattazione è risarcito dall'invalidità, dalle restituzioni,dalle tutele specifiche e per equivalente. Nessuna tecnica è esclusiva, nessuna è pregiudiziale; tutte vanno consi-

[31] F.MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il Terzo contratto*, op. cit., p. 181-216.

[32] F.MACARIO, *op. cit.*, p. 201 ss. Si tende così a isolare quella che viene definita (da ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 1044) una sorta di «macro ratio rispondente all'esigenza dell'ordinamento di adeguare/modificare il regolamento contrattuale al fine di consentire che si producano gli effetti dell'atto di autonomia» originariamente programmati. Si isolano così alcuni gruppi di norme (1474, 1657, 1560 – 1661, 1664) per ricavare l'esistenza di «un principio di adeguamento operante nella disciplina dei contratti», raffigurabile con le tendenze sulla proporzionalità, la ragionevolezza, la buona fede.(F.MACARIO, *op. cit.*, p. 201-202) Da qui la ricostruzione di " un obbligo di ricostruzione di fonte legale" non in contrasto con l'art. 1467 e sorretto dalla buona fede (1366, 1375) e dall'equità (1374). Essenziali sono al riguardo le osservazioni premonitrici di Sacco sulle sopravvenienze atipiche (*Il contratto*, Torino, 1975, p. 722) che aprono la via ad «una ricerca volta ad individuare il sistema dei rimedi correttivi e manutentivi del contratto non potendosi l'ordinamento affidare soltanto alla prescrizione della nullità delle pattuizioni con le quali si consuma *ex ante* l'abuso di un contraente nei confronti dell'altro.., ma di qui anche la difficoltà di individuare i criteri (generali) per l'esercizio..della discrezionalità del giudice» (F. MACARIO, p. 212) Decisive sono ancora le prospettive dei Principi (Unidroit, Lando, CFR) e le prospettive di comparazione con il recente codice olandese (art. 258 BW), la giurisprudenza francese sul recesso dovuto a sopravvenuti squilibri che «avrebbero imposto al recedente di offrire alla controparte la rinegoziazione del contratto» (F.MACARIO, p. 216) e l'analisi economica in particolare sui contratti relazionari.

[33] M. ORLANDI, *Dominanza relativa ed illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, op. cit., p. Anche chi si sofferma sul controllo giudiziario del terzo contratto rifiuta sia il valore logico immutabile alle categorie dogmatiche del codice civile (che comporta di abdicare al compito di verifica e costruzione del sistema) sia il paradigma assiologico che ricostruisce in base alla proporzionalità o la giustizia o la debolezza del contraente (che non chiarisce adeguatamente termini e criteri). Entrambe le prospettive scontano il costo grave di non «offrire criteri di lettura e verifica delle scelte del giudice» e di «determinare una incapacità comunicativa con il sistema di diritto europeo».(A.ZOPPINI, p. 234 ss.) Egualmente criticato è il fondamento della categoria del contratto con asimmetria del potere contrattuale perché il problema della parità e della repressione dell'abuso «non rispondono a finalità coerenti e suscettibili di essere tra loro elevate a categoria dogmatica unificante» (p. 236). La proposta è diversa. Sia la dominazione relativa che l'iniquità dei termini gravosi di pagamento traggono origine da un dato esterno al singolo contratto che «implica per il giudice la necessità di accertare … il complesso dei rapporti delle parti, l'attività, il mercato di riferimento che sfuggono del tutto ai termini della fattispecie produttiva di effetti» (p. 244). Da qui la convinzione che il controllo della discrezionalità del giudice e dell'uso delle clausole generali impone «un'analisi in ordine all'effettivo assetto del mercato in cui opera l'impresa e all'impossibilità di trovare alternative, che deve trovare riscontro nella motivazione» (p.247).

[34] P.FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto*, op.cit., p. 275.

[35] P.FEMIA, *op. cit.*, p. 280.

derate per la capacità in concreto di riparae il danno»[36].

Altri suggeriscono che «l'unità di analisi più significativa è costituita piuttosto che dalla singola relazione contrattuale dal sistema in cui queste operano si esso di mercato, di gruppo o di natura reticolare. Dunque il paradigma di analisi dovrebbe essere relazionale guardando al contratto nel contesto di mercato, di rete, di gruppo»[37].

Altri ancora[38] sottolineano pregi e difetti di questa analisi. Positivo è l'aver individuato con chiarezza i limiti di facili generalizzazioni (Giustizia, proporzionalità, debolezza, asimmetria) e di aver perseguito l'obbiettivo di un coordinamento sistematico con la disciplina del mercato e della concorrenza. Negativo è l'affidarsi ad una forma di eccessiva tipicità con il ricorso a categorie isolate trascurando di «declinare al plurale l'istituto del contratto e di considerare 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». L'esempio più significativo è quello del rimedio di tipo correttivo che spesso è più vantaggioso di quello invalidante per l'imprenditore. «L'approccio che emerge nell'ottica del terzo contratto sembra rifiutare» sia l'uso delle clausole generali sia il ricorso all'analogia dell'art. 7 della legge sui ritardi di pagamento sul presupposto della eccezionalità di tale norma. L'alternativa è il ricorso alla normativa dei tipi (1474,1561,1657) o direttamente all'integrazione ex art. 1374. Secondo l'a. è invece più convincente un percorso che coordini «la clausola generale di buona fede oggettiva con un principio correttivo ricavato implicitamente- tramite l'*analogia iuris*- da indici interpretativi sia interni al contratto B2b… sia dedotti da altri contratti asimmetrici». Certo la norma può essere richiamata, non nella prospettiva dell'analogia legis ma iuris «come supporto ad un principio implicito di intervento correttivo rispetto al contratto iniquo»[39]. Ciò esclude la sua eccezionalità ed è un «indizio ermeneutica.. per la costruzione di un rimedio correttivo che, in assenza di una specifica previsione di legge sulla rilevabilità d'ufficio, rileva solo come strumento di tutela di una parte»[40].

5. Due parole sul metodo dei civilisti oggi.

La critica accomuna, a ben vedere, metodi e riflessioni diverse: la proporzionalità, sostenuta da pochissimi, l'uso delle clausole generali e dei principi che è fondata su dati positivi, la giustizia contrattuale che va affrancata dalle banalizzazioni che ne sono state fatte.

Cominciamo da questa ultima parola che non sottende né un elemento alternativo alla causa,né una clausola generale basata su istanze morali.

La giustizia nel diritto dei privati ha evocato e sollecitato un problema di ripensamento e di adeguamento dell'ordinamento giuridico. Tale accezione indica solo l'esigenza che anche nel diritto dei privati si debba riflettere e fissare, con ragionevole precisione, le regole e i rimedi adeguati ai tempi e alle materie trattate, coniugando eguaglianza e singolarità con uno sforzo di aggiustamento e un rischio di inesattezza che è connaturale ad ogni idea sana di giustizia che esige solo di spingersi sempre alla ricerca di «ancora di più e di ..ancora oltre»[41] nell'attribuire a ciascuno quanto è dovuto tenendo conto del valore assoluto e irripetibile di ogni individualità[42].

Ciò deve avvenire con l'uso di strumenti sul diritto qual è e non su quello che si vorrebbe che fosse: il richiamo è all'analogia *legis* e *iuris*, quindi regole e principi, e alle clausole generali previste nel codice civile. Proviamo a proporre qualche esempio.

5.1. Sul piano dell'atto.

Al di la delle formule sull'asimmetria e la debolezza dei contraenti non è dubbio chele relazioni fra privati sono ispirate al canone della parità in base a due fondamentali norme costituzionali. L'art. 24 che dispone la parità tra le situazioni giuridiche sostanziali di diritto e interesse e l'art. 111 che disciplina la terzietà del giudice, la sua imparzialità e ancora la parità delle parti.

La disparità può essere rilevante solo in presenza del dettato di una norma, dell'uso di una clausola generale o del richiamo positivo del fatto. In tutti questi casi, come si chiarisce in modo limpido in un

[36] P.FEMIA, *op. cit.*, p. 287.
[37] F.CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, op. cit., p. 302.
[38] E.NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto* , in *Il terzo contratto*, op. cit., p. 329 ss.
[39] E.NAVARRETTA, *op. cit.*, p.325.
[40] E.NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 326.

[41] J. NANCY, *Il giusto e l'ingiusto*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 28 «Essere giusto è pensare che la giustizia è ancora da compiere che essa può esigere ancora di più e andare oltre." Ogni persona (oppure ogni gruppo di persone) convinta di sapere cosa è giusto e cosa è ingiusto, convinta di fare la giustizia, di non dovere compiere lo sforzo di diventare più giusta, ogni persona di questo tipo è pericolosa.L'inizio della giustizia..consiste nel sapere che non si è mai sufficientemente giusti» (p.58). «La giustizia siu fa sempre in funzione degli altri». (p. 59)
[42] G.VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.

bel libro recente[43], la rilevanza della disparità non si ha nel momento della identificazione della situazione soggettiva ma nel momento dell'accertamento giudiziale della disuguaglianza[44].

Ciò significa che la specificità non va ricercata solo sul piano della differenziazione sostanziale del potere o del diritto ma anche sul piano delle dinamiche dell' «iniziativa processuale e dell'onere della prova» e ne segue una conclusione di grande interesse[45]. Nel ricostruire la fattispecie asimmetrica non è utile e opportuno il parametro della congruità delle prestazioni. È spesso poco significativa, al di fuori di ipotesi tipizzate, la misura del potere. Mentre deve essere potenziata la rilevanza delle circostanze soggettive e il piano delle azioni e delle tutele ipotizzabili[46].

Tutto questo esige di tener conto non solo del codice civile ma della complessità delle fonti a partire dall'art. 41 cost, sino all'articolo 117 che innovano sostanzialmente anche l'art. 12 e i criteri interpretativi. Il riferimento nell'art. 12 all'ordinamento positivo dello Stato è superato dall'art. 11 e 117 cost. sicchè regole e principi debbono ricavarsi da quel quadro più vasto. L'art. 14 nel definire l'eccezionalità di una regola ha un contesto più ampio del solo codice e deve precisare generalità e deroghe in un ordine più vasto.

Sulla base di questi criteri, di fronte ad un abuso e uno svantaggio si deve rivedere i due modelli della nullità + rideterminazione e della validità + risarcimento.

L'utilizzo della responsabilità precontrattuale da parte della giurisprudenza delle Sezioni Unite valorizza in modo del tutto convincente il secondo modello e rafforza l'idea che la buona fede sia una regola di valutazione dei contegni e solo indirettamente di correzione dell'atto.

Sull'equità mi sento ancora di condividere la posizione di Sacco[47]. Essa non ha rilievo generale sulla struttura. Il contratto iniquo non ha un trattamento generalizzato ne una senzione generale. Ha rilievo solo in presenza di una norma e l'art. 1374 ha il senso di richiamare in via riassuntiva tutte le indicazioni specifiche che trattano di equità correttiva. Ma queste norme vanno valutate in merito alla loro eccezionalità, caso per caso. Spesso non sono affatto eccezionali ma estensibili per *analogia iuris* tutte le volte che emerga dalle fonti un "principio ordinatore della materia. (v. art. 7 legge sui ritardi di pagamento ma anche art. 5 lege sul divorzio)

5.2. Sul piano del rapporto

E' sempre più avvertita l'idea che ne «contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, (l'equità esige che) si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato o opportuno». In tale opera costruttiva «gli italiani partono favoriti in virtù degli articoli 1366, 1375 e soprattutto in virtù dell'art. 1374»[48].

Gioca qui il rilievo della categoria dei contratti relazionari e di durata che trova ora un riferimento normativo nella legge di pochi giorni fa sul contratto di rete ove si richiede necessariamente una specifico riferimento alla durata del contratto e alle relative ipotesi di recesso.

6. Il civilista fra identità e meticciato.

La verità è che il civilista è oggi stretto fra la ricerca di *un identità perduta* con il tramonto degli strumenti di analisi del reale costruiti dalla modernità (assolutismo, codice, fonti certe), *il confronto con la politica e l'economia* sempre più stretto, la *riscoperta o il rifiuto dei valori*.

Credo che sia impossibile pensare al ritorno al passato. La complessità del presente rende impossibile il ritorno all'osservazione e semplificazione di una forma costruita da un ordine stabile ove codice e sistema coincidono. D'altra parte i disordine delle fonti scandito da una serie di eventi precisi non giustifica né legittima una forma di nichilismo giuridico non fosse altro perchè l'intreccio fa fatti e valori nato con il costituzionalismo del novecento si è consolidato nei Trattati e nell'opera delle Corti Supreme che traducono il diritto vivente in "diritto formale e ufficiale". Si afferma la consapevolezza che la giuridicità non nasca o sia funzionale al solo conflitto ma sia piuttosto strumento che ordina e regola la società in ogni suo momento ed esigenza.

D'altra parte è lucida ma discutibile l'idea che il diritto e la politica, accerchiate dalla tenaglia della tecno-economia e delle fedi religiose, debbano ab-

[43] A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 116.
[44] A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 117-118
[45] A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 121-122.
[46] È questa la conclusione che emerge anche dal sistema inglese su cui si veda il bel saggio di M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le Doctrines della Undue Influence e della Uncoscionability*, Padova, 2005, in part. p. 32.
[47] R.SACCO, *Il contratto*, in R. Sacco- G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004.
[48] R.SACCO, *op. cit.*, p. 204.

bandonare queste pretese di verità e rivalutare le ideologia[49]. Ciò è fondato sulla convinzione che la lotta politica faccia emergere «visioni della vita e forme di pensiero..frutto del prevalere nello scontro politico e non condizionate da fondamenti assoluti (storia, natura, assoluto, sacralità)». Ma a ben vedere non è così perchè il legame fra valori e ideologia è strettissimo. Non si può demonizzare gli uni e osannare l'altra. Il valore è un vettore di ideologia. Se l'uno conduce al «fondamentalismo, al fanatismo e al terrorismo della virtù»[50]. Se il pensare per valori «consente di ripagare il male con il male, trasformando la nostra terra in un inferno, m l'inferno in un paradiso di valori», il rimedio non è l'ideologia che sui valori si fonda ma casomai quello jus pubblico a cui Schmitt si affida «per la sua capacità di contenere e neutralizzare le conflittualità, contro la tendenza a discriminare il nemico»[51].

Sono convinto che la dimensione del civilista sia la contemporaneità e ciò comporta anzitutto la necessità di «adeguare le proprie categorie concettuali –sistematiche all'evoluzione normativa della società», «abbandonare una mentalità vecchia e strumenti invecchiati», diffidare dell'astrazione per guardare da sotto in su, partendo dalle cose e dai fatti. Ciò non significa abbracciare «un 'arcana impenetrabile sapienza quotidiana»[52], non significa abbandonare la ineliminabile fatica del concetto. Significa solo che la diffidenza e i dubbi di legittimità sull' uso dei principi e delle clausole generali da parte delle Corti e della dottrina non è oggi giustificata. Quella idea è frutto del pregiudizio illuminista che sia riservato solo al potere legislativo e politico l'espressione della volontà generale e negato al diritto civile nelle sue articolazioni la funzione ordinante che ci ha insegnato il diritto romano e medievale in passato e ci ricorda ora la *common law*[53].

Come ci ha ricordato Paolo Grossi, «il legalismo e il formalismo allontanò diritto e fatti, ma anche inevitabilmente diritto e giustizia , essendo questa, misura di uomini carnali e di fatti carnali … Se i giuristi all'insegna di un'etica della responsabilità, sapranno ordinare il nuovo pluralismo, forse procederemo sul cammino più conveniente per una maggiore armonizzazione fra diritto e giustizia»[54].

---

[49] N.IRTI, *La tenaglia*, Roma-Bari, 2008.
[50] C.SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, a cura di G. Giusatti, p. 94.
[51] VOLPI, *Introduzione*, in C. Schmitt, *op. cit.*
[52] M.ORLANDI, *op. cit.*, p.175.
[53] P.GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Lectio magistralis letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli, 2007, p. 73.
[54] P.GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Lectio magistralis letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli, 2007, p. 73.

VARIAZIONI SU FORMA E FORMALISMO NEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. Introduzione: formalismo informativo e nuova discrezionalità giudiziale ? - 2. Tre quaestiones topiche. – Sezione prima. 3. I limiti di ammissibilità della scrittura privata digitale: la nitida ambiguità del dato normativo italiano. - 3.1. Il quadro normativo tedesco. – 3.2. … e quello francese. – 3.3. La dialettica degli opposti nel sistema italiano: art. 11 del d.lgs. 70/2003 v. art. 20, 2 co., CAD ? – 3.4. Segue: l'art. 11 come norma tacitamente abrogata o applicabile nei limiti della compatibilità. Esclusione.– 3.5. L'interpretazione restrittiva dell'art. 20, 2 co. CAD ed il delinearsi di un concorso di fonti normative. – 3.6. Epilogo: la decisione Lodewijk Gysbrechts (CGE, causa 205/07): l'esigenza di un congruo equilibrio, quanto al riparto del rischio contrattuale, negli scambi b2c. – Sezione seconda. 4. Forma informativa e rischio contrattuale: il caso Messner c. Krüger (causa C- 489/07). – 4.1. I tre paradossi del formalismo informativo nei contratti a distanza. – 4.2. La forma informativa tra ingiustificato arricchimento e bona fides interpretativa (art. 1366 c.c.). – 4.3. La bona fides correttiva come volet di orientamento applicativo del formalismo informativo. – Sezione terza. 5. Forma informativa ed insurrogabilità comunicativa, nei contratti a distanza, della posta elettronica: il caso BVV c. DIV AG (causa C-298/07). – 5.1. L'ottica economicista della CGE. – 5.2. Formalismo informativo precontrattuale, regime del rischio e costo dell'informazione. – 5.3. Posta elettronica ed accessibilità dell'informazione. – 6. Epilogo.

1. Introduzione: formalismo informativo e nuova discrezionalità giudiziale ?

L'affacciarsi di una rigorosa interpretazione giurisprudenziale del formalismo informativo è segno, a detta di molti[1], di una nuova sensibilità giudiziale, più attenta alla «*morale collective, d'ordre économique, qu'à la morale individuelle*»[2].

*Il testo, riveduto e corretto, con l'aggiunta di alcune integrazioni e delle note, riproduce la relazione tenuta a Pisa, il 26

Questo stringato rilievo si iscrive nella tendenza più recente, detta di *´instrumentalisation`*del diritto[3], che cataloga l'insieme della normativa consumerista tra le tecniche del legiferare che sono al servizio di una politica di protezione di interessi seriali «*dont la réalisation semble commander de donner la plus grande ampleur possibile à ses mesures clés*». Ma se è vero che il formalismo informativo costituisce il *fleuron* del diritto secondo dei consumi, residua più di un dubbio ch'esso rappresenti pure il laboratorio ove si invera un nuovo modo di essere della discrezionalità giudiziale: come, con l'ausilio di un'esemplificazione incentrata su tre *inconsuete* fattispecie topiche, nelle pagine successive si avrà modo di appurare.

2. Tre *quaestiones* topiche.

Tre *quaestiones* sintomatiche, si diceva. La prima si può così riassumere: la forma elettronica *ad validitatem* si può intendere come un fattore che pregiudica o dimidia la tutela del consumatore ? Per il fatto che la scrittura privata digitale affievolisce l'integrità del consenso, si può per vero dire che lo strumentario tecnico del commercio elettronico stride con l'imperativo della *consumer protection* ? Se così fosse, si badi, dovrebbe convenirsi sul fatto che un sistema di tutela ottimale, per i consumatori, postula dei limiti alla de materializzazione dei contratti solenni. Com'è dato registrare, già sulla scorta del solo articolato codicistico, in altre esperienze europee.

Seconda questione: a proposito della forma informativa nella contrattazione a distanza. E' la vicenda che ha originato la questione pregiudiziale, recentemente decisa dalla Corte di giustizia, *Messner c. Krüger* (C-489/07)[4].

Il consumatore, che sia receduto dal contratto di compravendita dopo ben undici mesi dalla stipula, è tenuto a versare al professionista, resosi responsabile di un non corretto adempimento dell'obbligo informativo, un'indennità per l'uso transitorio della *res restituenda* ?[5] Problema di complessa definizione che manco il dato normativo comunitario –art. 6, 2 co., dir. 97/7- , per la sua spiccata natura anfibologica[6], aiuta a sbrogliare.

Terza ed ultima *quaestio*: la sola su cui la Corte di giustizia, con un *dictum* per la verità non immune da pecche argomentative, abbia avuto modo di diffondersi[7]. Sempre relativa, per altro, al fenomeno del commercio elettronico (dir. 2000/31/CE).

L'adempimento dell'obbligo di informazione *precontrattuale* può dirsi governato da criteri di economicità ? E, laddove così risulti, è ipotizzabile, se l'impresa opera esclusivamente su internet[8], un'*infungibilità* della posta elettronica quale mezzo di trasmissione, al potenziale cliente, delle informazioni prescritte *ex lege* ? Ove infungibilità, si badi, sta per esclusione di ogni altro strumento comunicativo (leggi di un'informativa mediante contatto telefonico). Che infatti non figura, come vien fatto notare[9], nelle altre due direttive –la 97/7/CE, sui contratti a distanza e la 2002/65/CE, sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari- regolanti il fenomeno dell'*e-commerce*. Si consideri che la

---

giugno scorso, nel corso del Seminario congiunto dei Dottorati di Diritto privato e Diritto pubblico, dedicato ai rapporti tra "Diritto e nuove tecnologie".

[1] Nel sistema italiano v., *principaliter*, A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 576 e L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, ivi, p. 349 ss. In quello francese, senza alcuna pretesa di esaustività, J. CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *RTD civ.*, 1994, p. 239 ss.; J. P. PIZZIO, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, e D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, entrambi in *RTD. comm.*, 1998, rispettivamente, p. 53 ss. e p. 95 ss. Nel panorama dottrinale tedesco si vedano, in special modo, J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, in *ERPL*, 2008, §§ 3.2 e 4.

[2] Così A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais – Auloy*, Dalloz, 2004, p. 616 (pure per la citazione che segue).

[3] Cfr. N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, 2001, n. 11.

[4] Cfr. CGE, 3 settembre 2009, causa C-489/07 (ancora inedita). La questione pregiudiziale era stata sollevata dall'Amtsgericht Lahr a seguito della domanda di rimborso della consumatrice (contestata dalla stessa impresa che si era rifiutata di riparare gratuitamente il difetto).

[5] Si consideri che è prassi delle imprese, che operano su *internet*, pubblicare nel proprio sito delle condizioni generali di vendita ove figurano clausole di siffatto tenore.

[6] Sull'ambiguità della *littera legis* comunitaria si veda H. W. MICKLITZ, *La directive vente à distance 97/7/EC*, in STAUDER (a cura di), *La protection des consommateurs acheteurs à distance*, Zurigo, 1999, p. 23 ss., spec. p. 37. La Corte, lo si anticipa, ha sentenziato che, «in linea di principio», non osta alla direttiva una normativa che imponga al consumatore il pagamento di un'«equa indennità», ove risulti che questo ha utilizzato il bene violando «i principi del diritto civile». Ma è un *dictum*, lo si vedrà, tutto da interpretare.

[7] La vicenda – *BVV c. DIV AG*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, p. 83– non ha ancora trovato un suo omologo nel diritto applicato italiano: mentre ve n'è traccia nell'esperienza austriaca: si veda, a tal proposito, quanto statuito dall'*Oberster Gerichtshof*, 29 aprile 2003, in www.eu-consumer-law.org, con *Osserv.*. di P. BIDLINSKY e M. STEFULA, (che pongono l'accento sull'esigenza di evitare ogni sforzo supplementare che sia irragionevole per il consumatore).

[8] Sì da meritarsi, perciò, l'appellativo di *pure players* o, com'anche si dice, di «*vendeurs exclusivement internet*» (così *Conseil de la concurrance*, 3 febbraio 2006, in *D.*, 2006, AJ, p. 1229 ss.).

[9] Ma dall'Avvocato generale D. RUIZ-JARABO COLOMER, *Conclusioni* (§ 43), non dalla Corte.

legge tedesca (la *Telemediengesetz* del 26 febbraio 2007 : art. 5, 1 co., nn. 1 e 29) e la normativa italiana (d. lgs. 70/2003: art. 7, 1 co., lett. c) impongono ai prestatori di servizi di garantire agli utenti un contatto facile, diretto e permanente. *Quid iuris*, allora ?

Tre *quaestiones*, come si può agevolmente rilevare, tra di loro slegate: ma solo in apparenza. Quel che le accomuna, infatti, è il problema di *come* va declinata la logica preposta a governare i rimedi conseguenti al mancato rispetto del formalismo informativo. C'è modo infatti di rappresentare questi rimedi secondo un coefficiente interno di ragionevolezza oppure lo *charme* –leggi l'incantesimo[10]- del contraente *faible* importa il loro inevitabile declinare in un eccesso di consumerismo ?

E' quanto le pagine che seguono, con una partizione espositiva separata delle tre vicende, si ripromettono di appurare.

3. I limiti di ammissibilità della scrittura privata digitale: la nitida ambiguità del dato normativo italiano.

Riguardo alla prima questione, si può cominciare osservando che il quadro normativo italiano si mostra alquanto singolare. Gli è infatti che il disposto dell'art. 20, 2 co., CAD, letto per quello che dice, non ricalca per nulla le previsioni francesi (artt. 1108 – 1 e 1108 – 2 *code civil*) e tedesche (§§ 126, *Abs*. 3 e 126a).

Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale comunque «soddisfa» -si legge nell'ultimo capoverso della disposizione- il requisito della forma scritta, «*anche* nei casi previsti sotto pena di nullità, dall'art. 1350, primo comma, numeri da 1 a 12 del codice civile».

L'uso della congiunzione *anche*, insieme alla mancanza di una proposizione limitativa di stampo eccettuativo –´*wenn sich, nicht aus dem Gesetz ein anderes Ergibt, se dalla legge non risulta altrimenti*` (§ 126, *Abs.* 3)- rafforza *prima facie* il convincimento che l'art. 20, 2 co., sia una norma che non prevede né tollera eccezioni. Come ha modo, d'altronde, di mettere in risalto la dottrina più accreditata[11] allorquando, nello spigolare tra i precedenti della disposizione citata, segnala

-che l'estensione della forma elettronica ad atti non contrattuali (cioè unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale), desumibile dall'ampia dizione di *documento* di cui all'art. 1, lett. p) CAD, poteva comunque trovar già «base nell'art. 1324 c.c.»[12]; e

-che il *soddisfare comunque* implica costitutivamente, della forma elettronica, una «piena validità e rilevanza agli effetti legali», anche laddove, per il prodursi di una vicenda effettuale, non trova un positivo riscontro il principio di libertà di forma.

Donde l'assunto, di abituale riscontro, che il documento informatico con firma elettronica qualificata possa sostituire a tutti gli effetti la forma scritta *ad validitatem* e di questa ne ricalchi pressoché *in toto* la disciplina. Ove il pressoché allude agli adattamenti resi necessari dalla peculiarità dello strumento tecnologico (l'avere la firma digitale una durata limitata: art. 24, 3 co. CAD; l'essere sì una sottoscrizione giuridicamente impegnativa ma con possibili limiti, documentati nel certificato di rilascio, di uso e di valore: art. 28, 3 co., lett. b e c, CAD): e manco un po' –si badi- alla pretesa inidoneità della scrittura privata informatica a dematerializzare *tutti* i contratti solenni[13].

Ora, è vero che pure la lettera dell'art. 1108 – 1 *code civil* discorre di un *atto giuridico* (*acte juridique*) –espressione altrettanto generica- che, quando la forma scritta è richiesta per la validità, *può* essere redatto e conservato in forma elettronica; e, già ad una prima scorsa, non troppo si discosta dalla previsione italiana manco la lettera del § 126a *BGB* se, per il caso della forma scritta legale (*Schriftform*) sostituita da quella elettronica (*elektronische Form*), contempla l'obbligo per l'autore della dichiarazione di «*seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen*» (cioè di apporvi il proprio nome ed aggiungere al documento una firma elettronica qualificata ai sensi della legge sulla firma). Se non fosse –notazione nient'affatto pleonastica- che le due disposizioni citate si iscrivono all'interno di una trama normativa che conosce, in verità, una pluralità di eccezioni: le quali, pur se etichettate come deroghe o *spezielle Vorschriften*, dimidiano la cd. rilevanza e validità, a tutti gli effetti, della scrittura privata digitale. Di qui l'esigenza di riflettere e meglio compulsare il dato normativo allo scopo di acclarare:

-ove si ammetta l'esistenza di uno scarto tra l'esperienza italiana e quella franco – tedesca, del

[10] Di *charme consumeriste* ha parlato, per primo, D. MAZEAUD, *Les vices de la protection du consentement du consommateur*, in *D.*, 2002, p. 74.

[11] V., per tutti, A. GENTILI, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, in *I contratti informatici* (a cura di R. Clarizia), Torino, 2007, p. 132 ss. e p. 148 ss.

[12] Così A. GENTILI, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, cit. p. 150 (pure per la citazione che segue).

[13] Emblemtico è quanto scrivono –perentoriamente- E. TOSI, *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale* e G. FINOCCHIARO, *Documento informatico, firma digitale e firme elettroniche*, in *Commercio elettronico*, a cura di C. Rossello – G. Finocchiaro ed E. Tosi, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XXXII, Torino, 2007, p. 192 ss. e p. 319 ss. nonché, nella dottrina francese, F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 9 ed., Paris, 2005, n. 254.

perché esista un siffatto distinguo; e, se così stanno le cose, di quale dei due approcci normativi si possa dire davvero *conforme* al diritto comunitario[14];

-ove invece si ritenga che il discostarsi tra le due esperienze sia più nominale che reale, come mai possa accadere che l'imperativo di una tutela (ottimale) dei consumatori e la categoria (normativa) della forma elettronica possano rappresentare dei valori destinati a collidere.

All'illustrazione del problema sono destinate le pagine che seguono.

3.1. Il quadro normativo tedesco.

Stante il ricorrere di una equivalenza funzionale (la cd. *Funktionsäquivalenz* di cui al § 126 *Abs.* 3), la forma elettronica – si trova scritto- «*grundsätzlich kann die… gesetzliche Schriftform ersetzen*». Ma, vale aggiungere, le eccezioni -*gesetzliches Verbot* è l'espressiva formula adottata- sono così tante da indurre a pensare che il *Funktionsäquivalent zur Schriftform* conosca e si raccordi con una controregola. D'altronde il divieto è espresso con la formula, lessicalmente rafforzativa, *ausgeschlossen*, in luogo del più tenue *Verwehren*. Donde il ragionevole convincimento che la neutralità tecnica del formalismo elettronico non si possa pavesare di una equivalente neutralità assiologica.

Il catalogo delle *spezielle Vorschriften*, suddivisibile ordinativamente in tre classi, ognuna predicata da una propria (e distinta) *ratio* eccettuativa, si apre con la *Fallgruppe* che annovera i §§ 484, *Abs.* 1 (*Teilzeit - Wohnrechteverträge*, cioè i contratti di *timesharing* immobiliare), 761 (*Leibrentenversprechens*, promessa di rendita vitalizia ove finalizzata al mantenimento [*Unterhalt*] della famiglia), 766 (*Bürgschaft*, fideiussione), 780 e 781 (rispettivamente *Schuldversprechen* e *Schuldanerkenntnis*, cioè promessa di pagamento e ricognizione di debito): e la si giustifica col fatto che il legislatore tedesco si è attenuto a quanto statuiva la direttiva 2000/31 CE sia a livello di considerando (36) che di articolato normativo (art. 9, 2 co.), riguardo al potere discrezionale degli Stati membri di non riferire la disciplina della forma elettronica alle fattispecie di cui alla lett. C (contratti di fideiussione o di garanzie prestate da persone che agiscono a fini non professionali)[15]. Nella convinzione, velatamente fatta intendere, che questi atti generino delle vicende obbligatorie troppo gravose per la parte promittente. Il riferimento alla circostanza che il divieto di forma elettronica, per il contratto (traslativo) di *timesharing* immobiliare, si spiega col fatto che la *Warn* e *Beweis funktion* verrebbero altrimenti a svolgere un valore marcatamente esiguo, è emblematico di come si ragioni. Com'è stato fatto notare[16], «*der Gesetzgeber war zudem der Meinung, die elektronische Form sei mit den zwingenden Vorgaben des TSRL unvereinbar*». Senza trascurare, vien fatto d'aggiungere, la limitazione (facoltativa) di cui alla lett. A) dell'art. 9 della direttiva 2000/31 CE (contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili, diversi da quelli in materia di locazione).

La seconda classe è la più significativa: la introduce(va) il § 492, *Abs*. 1 (*Verbraucherdarlehensvetrag*, contratto di mutuo del consumatore) e, stante poi la sua valenza ultrattiva, per l'esplicito richiamo fatto al requisito della sola forma scritta (*Schriftform*), vi erano ricompresi i §§ 499, 500, 501 e 507 (per il caso dei neoimprenditori, *Existenzgründer*)[17] disciplinanti, rispettivamente,

-i contratti con cui un professionista concede al consumatore, a titolo oneroso, un dilazione di pagamento o un altro tipo di aiuto finanziario (*Zahlungsaufschub/sonstige Finanzierungshilfe*),

-i contratti di *leasing* finanziario tra un professionista ed un consumatore (*Finanzierungsleasingverträge*),

-i negozi a pagamenti parziali (*Teilzahlungsgeschäfte*).

Qui la motivazione accampata era di più suggestivo (ed immediato) impatto: visto che la forma elettronica ha un carattere presuntivamente meno protettivo per il consumatore, il regime di eguaglianza tra scritto cartaceo *ad validitatem* e scritto elettronico patisce una necessaria eccezione. Ove *necessaria* sta per organica agli *standards* minimi di tutela riservati al consumatore. Quindi sono contratti che *devono* essere conclusi per iscritto (*sind… schriftlich abzuschließen*), salvo che non sia prevista una forma più severa (*soweit nicht eine strengere Form vorgeschrieben ist*). D'altronde, a voler ri-

[14] Se è pur vero, come si avrà modo di notare più avanti, che potrebbero esserlo entrambi. La direttiva 2000/31/CE, al pari di molte altre, appartiene infatti al genere delle *measures of minimum harmonisation*. Con tutti i problemi che ne conseguono in termini di restrizioni alla libera circolazione delle merci.

[15] Si vedano, in special modo, U. BLAUROCK – J. ADAM, *Elektronische Signatur und europäisches Privatrecht*, in *ZeuP*, 2001, p. 93, p. 95, p. 97 s. e p. 108; A. ROSSNAGEL, *Das neue Recht elektronischer Signaturen*, in *NIW*, 2001, pp. 1817 – 1819 e S. HÄHNCHEN, *Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*, in *NJW*, 2001, p. 2831 ss.

[16] Cfr. M. MARTINEK, *sub* § 484, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen*[13],, Berlin, 2004, p. 883. Si veda poi, nello stesso senso, P. MARBURGER, *sub* § 780, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen*[13],, Berlin, 2002, p. 85 s. (sull'inidoneità della forma elettronica in termini di *Übereilungsschutz*).

[17] Salvo che l'importo netto del mutuo o il prezzo da pagare in contanti superi i 75.000 euro.

prendere una notazione consolidata[18], era –si diceva- la direttiva sul credito al consumo (87/102/CEE) a prescrivere la forma scritta del contratto: e non risultava che il legislatore comunitario del Duemila avesse inteso sovvertire, retrocedendolo di grado, lo *Schutzniveau* del consumatore. Dopo di che, quanto valeva per la disposizione principale si irradiava, a mo' di complemento necessario, alle singole *species* –su citate- di rapporti *b2c*.

Per effetto –ecco la ragione del precedente imperfetto- della recentissima riforma del luglio scorso, in recepimento della nuova direttiva sul credito al consumo, il quadro normativo ha subito una sensibile (e significativa) mutazione: che, per quanto qui interessa, si è tradotta nell'abrogazione del § 492, *Abs*. 1, nella parte in cui statuiva che *der Abschluss des Vertrags in elektronischer Form ist ausgeschlossen*. Ma, si badi, non per questo risulta venuta meno la ragione del distinguo fino ad ora fatto: e non solo perché è ancora tutto da vedere quanto l'abrogazione valga *in complexu* e *nello stesso modo* per tutte le disposizioni poc'anzi citate[19]. Gli è che la modifica del § 492, *Abs*. 1, originata dalla formulazione ondivaga dell'art. 10, § 1 dir. 2008/48/CE[20], non è, per vero, congegnata in modo tale da spazzare via tutti i dubbi pregressi sul minor coefficiente protettivo della forma elettronica. Come il dibattito dottrinale francese, lo si vedrà tra poco, in un ordinamento che fin dall'inizio è stato diversamente orientato, lascia trasparire.

Chiude il catalogo delle eccezioni, per tornare all'elencazione, il combinato disposto dei §§ 623 e 630 BGB: il primo relativo alla disdetta (*Kündigung*) ed al contratto di scioglimento dei rapporti di lavoro (*Auflösungsvetrag*); il secondo all'obbligo di rilascio di attestati scritti sul rapporto di servizio e sulla sua durata (*Pflicht zur Zeugniserteilung*). Entrambi hanno in comune la circostanza –si dice[21]- che il dettato comunitario regola soltanto la formazione del contratto telematico, di talché il legislatore nazionale ben si può ritenere affrancato per quanto riguarda le vicende del rapporto.

Orbene, è agevole intendere quale significato possa avere un siffatto delimitare –per sottrazione progressiva- l'ambito di operatività dell'*elektronische Form*: per certune operazioni, governate da norme imperative secondarie di protezione[22], la prescrizione comunitaria a che la disciplina nazionale non osti all'impiego dei contratti elettronici, è cancellata. E –si badi- non svolge alcuna funzione preclusiva la circostanza che, secondo la tradizione dogmatica tedesca, il documento elettronico (*digitale Dokument*) non sia equiparabile all'*Urkunde* perché gli fa difetto il requisito della necessaria incorporazione in uno scritto (*schriftliche Verkörperung*) della dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*) o di un pensiero (*Gedanke*)[23]. Gli è che, stante la maggiore meritevolezza riconosciuta all'interesse del consumatore, può venire vanificata la validità e l'efficacia di certuni tipi contrattuali *in quanto* stipulati in via elettronica. Si aggiunga che il numero delle eccezioni (*Ausnahmen*) non si impronta certo ad un principio di testualità, se è vero che la formula aperta del § 126, *Abs*. 3 –*ergibt* sta per ´risulta` e non per ´dispone`-si mostra proclive a tratteggiare un sistema di *tassatività virtuale*.

Dunque un articolato normativo alquanto variegato: anche se, sia consentito anticiparlo, il modo corretto di problematizzare la questione non pare consistere nell'affidarsi alla registrazione di un numero maggiore (*plus de loi*) o minore (*moins de loi*) di eccezioni, quanto nell'interrogarsi su come davvero assicurare una *garanzia equilibrata* al consumatore[24]. Del resto il disposto del § 507, *Abs*. 1 *BGB*, laddove riconosce alla forma informativa (*Textform*), ove assicuri un'accurata conoscenza del contenuto contrattuale, l'attitudine di superare il li-

[18] Lo rileva(va) S. KESSAL – WULF, *sub* § 492, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen*[13], , Berlin, 2004, p. p. 113 e p. 115 s.

[19] Di cui è cambiata pure, giova evidenziarlo, la numerazione: v. §§ 506 (per i *Zahlungsaufschub, sonstige Finanzierungshilfe*), 507 (per i *Teilzahlungsgeschäfte*) e 512 (*Anwendung auf Existenzgründer*).

[20] Stando al quale il contratto va redatto su di un supporto cartaceo o, in alternativa, su di un altro supporto durevole. Tra l'altro, se si dovesse credere che la nuova direttiva, nell'intento di promuovere ed incentivare la stipula di contratti transfrontalieri, ha delineato uno schema formativo più snello, potrebbe pure concludersi ch'essa non prospetta, in realtà, alcuna *forma come requisito di struttura*: casomai una forma scritta *ad probationem*, rivolta esclusivamente a responsabilizzare le parti ed a permettere –al consumatore/cliente- di avere piena contezza del contenuto dell'intesa stipulata. Ma il fatto è che gli è tutto da vedere se davvero non sussistono le condizioni per rinnovare un'interpretazione più rigorosa del dato comunitario. Come, per il vero, risulta dal formante tedesco: il contratto di mutuo… e la procura rilasciata per la stipula di tale contratto sono infatti nulli *wenn die Schriftform insgesamt nicht eingehalten ist* (§ 494, *Abs*. 1). Più in generale, sulla questione, per un quadro complessivo, corredato dalle relative indicazioni bibliografiche, sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 295 ss.

[21] Cfr. C. HERTEL, *sub* § 126a, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen*[13], 1 (*Allgemeiner Teil*), 3, Berlin, 2004, p. 735 ss. e D. EINSELE, *sub* § 126a, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*[5], Bd. 2, München, 2006, p.

[22] V., a tal riguardo, J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, cit. §§ 3.2 e 4.

[23] V., in special modo, K. OERTEL, *Elektronische Form und notarielle Aufgaben im elektronischen Rechtsverkehr*, in *MMR*, 2001, pp. 419 – 421.

[24] Che questo sia il *proprium* della questione, preso d'atto dell'«*acceptation de l'écrit comme signature électronique*», lo rileva pure M. VIVANT, *La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations*, cit. p. 1155.

mite –generale- alla dematerializzazione dei contratti formali, sta lì a dimostrarlo.

3.2. … e quello francese.

Diverso il panorama normativo francese: per difetto però, non per eccesso[25].

Tra le fattispecie ove la forma elettronica è bandita figurano infatti, nel segno della direttiva, quelle menzionate nelle lettere c) e d) dell'art. 9, 2 co. (atti relativi a garanzie reali o personali, di natura civile o commerciale; i negozi familiari e successori): ma, si ha cura di rilevare[26], se stipulate per scrittura privata (*sous seign privé*: art. 1108 – 2 *code civil*) giacché, se confezionate per atto pubblico, si mostrano più che idonee ad assecondare lo scopo di protezione del promittente. Donde il palesarsi del *proprium* dell'ordinamento francese: che, conoscendo la fattispecie dell'atto pubblico digitale (art. 1317, 2 co., *code civil*), affida all'*acte authentique électronique* la corretta osservanza degli obblighi di informazione ed il coevo rispetto degli standards di qualità del contenuto contrattuale[27]. Non a caso i contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili ben possono concludersi in *forme electronique* (art. 121 – 61 *c. consomm.*).

Con una piccola chiosa (che non è, però, di poco conto). E' vero che la scriminante della tutela consumerista, diversamente da quanto (era ?) dato registrare nel sistema tedesco, non disarticola il principio (francese) di equivalenza –tra *l'écrit sous forme électronique* e *l'écrit sur support papier* – quanto all'area del credito al consumo(art. L. 312 -7 *c. consomm.*): ma la ragione che si adduce –la (discutibile) contrarietà delle istituzioni comunitarie a farla allora figurare nella lista delle eccezioni[28]- è emblematica di come ci si avveda che la *dématérialisation* dei contratti solenni ponga un serio problema, in termini sia di *an* che di *quomodo*, di garanzia per il consumatore. Che soltanto la rigida osservanza di un principio di stretta legalità impedisce ai giudici francesi, in assenza di una testuale disposizione eccettuativa, di coniare *ope interpretationis*. In ogni caso il formalismo tradizionale dell'*écrit sur support papier* rimane l'unico ammesso nelle garanzie personali tra professionisti e consumatori (art L. 341 -2), diversamente da quanto è dato registrare per le *sûretés personnelles ou réelles… passeés par une personne pour les besoins de sa profession* (art. 1108 – 2 c.c.): e, va detto, se è opinione comune che sia da intendere come un atteggiamento ingenuamente paternalista il giudicare –*sic et simpliciter*- il formalismo elettronico *ad validitatem* come una minaccia per il consumatore, non foss'altro per il fatto che talora è «*plus facile de dire non à distance qu'en face d'une personne aguerrie à l'art de la seduction*»[29], residuano comunque dei distinguo. La forma elettronica sortisce infatti l'effetto di rendere «*entamée*» l'efficienza rimediale della tutela consumerista in quanto, com'è stato messo ben in evidenza[30], il *defilement* (di una sequenza di clausole sulla pagina *web*) ed il significato psicologico (di un *clic*) non possono certo rimpiazzare la possibile (ancorché non usuale) lettura minuziosa (di un documento cartaceo) e la firma di pugno (di chi si obbliga). A tacer del fatto che il fascino seduttivo dell'«*écran d'ordinateur*» rischia di indurre a «*contractee à la légère*»[31]. Insomma, per quanto in modo meno categorico che tra gli interpreti tedeschi, aleggia pure nella dottrina francese la sensazione che un uso indiscriminato dell'*écrit sous forme électronique* sia sinonimo di un riparto di tutela sperequato, a tutto vantaggio del professionista[32]. Il che, lo si fa notare[33], è incomprensibile visto che vi sarebbero tutte le condizioni per proteggere entrambi i soggetti in modo soddisfacente.

---

[25] Come si può arguire spigolando tra le pagine di quanti, in quel contesto, hanno affrontato *ex professo* la questione: si vedano, in particolare, J. HUET, *La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive du 23 décembre 1998*, in *Com. com. électr.*, 1999, *chron.*, n. 4; ID., *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais – Auloy*, cit. pp. 507 - 516; L. GRYNBAUM, *La directive "commerce électronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique,* in *Com. com. électr.*, 2001, *chron.*, n. 18; S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, Paris, 2008, p. 59; Y. PICOD – H. DAVO, *Droit de la consommation*, Paris, 2005, p. 123 s.

[26] Così J. HUET, *Le code civil et les contrats électroniques*, in *Le code civil: 1804 – 2004. Un passé, un présent, un avenir*, a cura di Y. Lequette e L. Leveneur, Dalloz, 2004, p. 551 s.

[27] Il paradosso, si fa notare, è solo apparente «*car un acte authentique, même électronique, est dressé sous la responsabilità d'un officier public qui saura veiller* [sulla] *qualité et… bonne information des parties*» : così J. HUET, *Le code civil et les contrats électroniques*, cit. p. 553.

[28] Cfr. J. HUET, *op loc. ult. cit.*

[29] Y. PICOD – H. DAVO, *Droit de la consommation*, cit. p. 124.

[30] V. CHRISTIANOS – F. PICOD, *Rép. droit communautaire, Dalloz*, v. *Consommateurs*, n. 258; J. HUET, *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, cit. p. 507 (il «*consommateur a particulièrement besoin de protection dans le commerce électronique*») e D. FENOUILLET, *Obs*. in *RDC* 2004, p. 963 (che pare, però, un po' troppo limitare il discorso ad una –frusta- visione binaria di regola/eccezione).

[31] Sono parole di J. HUET, *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, cit. p. 507.

[32] Emblematico quanto scrive S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consummation*, cit. p. 371 riguardo alla fattispecie del credito al consumo.

[33] Cfr. D. FENOUILLET, *op. loc. ult. cit.*

3.3. La dialettica degli opposti nel sistema italiano: art. 11 del d.lgs. 70/2003 *v.* art. 20, 2 co., CAD ?

Rebus sic stantibus, come intendere allora il dato normativo italiano ? Se è vero infatti che il disposto dell'art. 20, 2 co., CAD si mostra nei termini che sono stati poc'anzi ricordati, manco può omettersi di rilevare che l'art. 68 del c. cons., sotto il capo II Commercio elettronico e rubricato "rinvio", dispone l'applicabilità, ai rapporti commerciali di consumo che si avvalgono dello strumento telematico, per «*gli aspetti non disciplinati dal presente codice*», della normativa contenuta nel d. lgs. 70/2003. E siccome, dato sorprendente, l'art. 11 di questo testo, titolato significativamente *Esclusioni*[34], null'altro è che una fedele trasposizione –*rectius* un calco- di quell'art. 9 dir. 2000/31, contemplante il regime comunitario delle eccezioni, si impone l'esigenza di capire il significato di questo rinvio. Che, si prenda nota, contrariamente a quanto è usuale leggere, non va inteso nel senso di un art. 68 come disposizione contemplante il rinvio ai *soli* artt. 12 e 13 del d. lgs. 70/2003: che, nell'ordito del decreto, governano il regime delle informatore obbligatorie imputate al professionista. Donde, a seguire questa lettura, il convincimento che il rapporto tra i due corpi normativi sia, per così dire, di tipo *unilateralmente additivo*, in vista dell'acquisizione di un elevato livello di trasparenza informativa per il consumatore. Ad intendere così la norma si trascura, infatti di considerare due aspetti:

-intanto che un'espressa esclusione investe, come risulta d'altronde dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 del d. lgs. 70/2003, soltanto i commi 1 e 2 dell'art. 3. Che, in effetti, non si applica alle obbligazioni contrattuali riguardanti «i contratti conclusi dai consumatori». Ma, si badi, nulla è disposto riguardo all'art. 11. E poi

-che il senso dell'art. 68 c. cons. può ben essere quello di consentire l'applicazione di *tutte* le disposizioni iscritte nella trama del d. lgs. 70/2003: *aggiuntive* e/o *derogative* ch'esse poi siano. E sostenere, com'è stato fatto, che i «due» (*rectius* i tre, dovendosi contare pure il CAD) formanti normativi costituiscono «un quadro strutturalmente unitario e sistematicamente omogeneo»[35], serve a poco: essendo proprio questo, come ognun può vedere, il *thema probandum*. Donde l'esigenza di riflettere meglio e più diffusamente sull'intera questione.

3.4. Segue: l'art. 11 come norma tacitamente abrogata o applicabile nei limiti della compatibilità. Esclusione.

Stante infatti la circostanza che, per quanto ci si affanni, non si può negare l'esistenza di un (evidente) difetto di coordinamento tra l'art. 20, 2 co., CAD e il testé citato art. 11, è con l'ausilio di tre interpretazioni utili che si può tentare di dirimere il problema. Col qualificativo *utili* ad indicare che le tre letture sono tutte plausibili: con la (sola) variabile, naturalmente, di un differenziato grado di attendibilità a contrassegnarle.

La prima interpretazione, che vien sì d'istinto ma con l'impressione ch'essa sia innegabilmente afflitta dal limite di un corredo argomentativo claudicante, è di immaginare un art. 20, 2 co., CAD nella veste di una disposizione che ha abrogato tacitamente l'art. 11. *Tacitamente* in quanto non risulta che alcuna previsione specifica del CAD abbia *expressis verbis* soppresso questa o quella disposizione del d. lgs. 70/2003: manco quell'art. 91 che riporta l'elenco complessivo di tutte le disposizioni cancellate. Si può allora motivare l'abrogazione solo adducendo come argomento il canone –generale- della successione delle leggi nel tempo, secondo la logica, in caso, di antinomia, di preferenza per la *lex posterior*[36]. Abrogazione, quindi, *per nuova disciplina dell'intera materia*, la quale per definizione prescinde dalla circostanza che, tra i due corpi normativi succedutisi nel tempo, ricorra un'incompatibilità generale o per questioni singole[37].

Già, se non fosse che ad un siffatto argomentare ostano, già di primo acchito, due fattori: da un lato la circostanza che l'art. 20, 2 co., è sì norma generale, ma sempre e soltanto *pro parte*. Il CAD, com'è a

[34] Anzi, come fa notare F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Tratt. dir. econ.*, diretto da E. Picozza ed E. Gabrielli, Padova, 2004, I, p. 159 s. è sorprendente che il legislatore italiano non si sia avveduto di aver trasformato una *mancata applicazione* (art. 9, 2 co. della direttiva 2000/31/CE: "Gli Stati membri possono decidere che il paragrafo uno *non si applichi* a tutti o a taluni contratti delle seguenti categorie…") in una *preliminare esclusione*. Un travisamento che alimenta, però, più di un dubbio sulla vocazione generalista e non restrittiva del legislatore italiano.

[35] Così, con un diffuso apparato argomentativo, A. RIZZI, *sub* art. 68 c. cons., in G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, p. 181.

[36] Così –per lo meno implicitamente- E. TOSI, *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale*, cit. p. 194; G. FINOCCHIARO, *Documento informatico, firma digitale e firme elettroniche*, cit. p. 332 s. ed E. A. EMILIOZZI, *Le firme elettroniche*, Napoli, 2006, p. 90 ss. e pp. 135 – 137.

[37] Sul diverso oggetto dell'abrogazione, le disposizioni (ove espressa), le norme (e non i singoli enunciati normativi ove tacita), v., per tutti, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 294 e A. PIZZORUSSO, *L'abrogazione come strumento di semplificazione del sistema normativo*, in *Regioni*, 2000, p. 799 ss.

tutti noto, ignora la figura dell'atto pubblico elettronico: sicché la *dématérialisation* non potrà certo riguardare i contratti e le convenzioni che necessitano, a pena di nullità, del *solo* atto pubblico (artt. 162, 768 *ter* e 782 c.c.)[38]. Per non parlare del fatto –concomitante- che, in assenza di una espressa previsione autorizzativa, manco si possono stipulare elettronicamente i contratti e le convenzioni, a forma vincolata, che richiedono per legge l'intervento di organi giurisdizionale (art. 158 c.c., riguardo all'omologazione degli accordi di separazione consensuale), pubblici poteri o professioni esercitanti pubblici poteri (artt. 374 – 375 c.c.; art. 411 c.c., quanto ai contratti nell'interesse del minore o dell'incapace; artt. 72 ss. L. fall., riguardo ai contratti in corso, aventi ad oggetto la massa fallimentare)[39] : che, come si ricorderà, sono proprie le fattispecie riportate nella lettera b) della direttiva (art. 9) e del decreto 70/2003 (art. 11, lett. B). Di qui un catalogo di eccezioni che frustra -e restringe già di per sé- il tasso di generalità dell'art. 20, 2 co[40]. C'è poi –ecco il secondo rilievo critico- il problema di una carenza dei presupposti richiesti a che trovi applicazione l'art. 15 delle preleggi: che, notoriamente, postula il ricorrere di due previsioni omogenee, regolanti *per extenso* la materia, non certo di una *norma generale* (l'art. 20, 2 co.) cui si affianca una *speciale* (l'art. 11). Perché, ove invece sia questo il contesto normativo di riferimento, ad operare come criterio ordinativo sarà –evidentemente- il principio (diverso) per cui la legge speciale deroga a quella generale (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*). Con tutto quello che ne consegue, nell'ipotesi qui descritta, quanto al significato pervasivamente estensivo dell'art. 20, 2 co. Che, sia detto per inciso, manco è annoverabile tra quelle disposizioni che, per il fatto di esplicitare un intento del legislatore pienamente novativo, assicurano il primato del criterio cronologico[41].

La seconda interpretazione, che con la prima condivide invero il fatto d'essere decisamente controvertibile, è quella di ipotizzare un d. lgs. 70/2003 nei termini di un articolato normativo che si applica alla contrattazione telematica nella misura in cui *compatibile* : ove la compatibilità, rispetto alla lettera dell'art. 20, 2 co. CAD postula il riconoscere come eccezioni, le *sole* ipotesi

-di impossibilità giuridica (art. 11, lett. B),

-ove sia ammesso il solo atto pubblico ovvero ricorra

-un espresso divieto di legge (l'art. 458 c.c., per es., riguardo ai negozi di diritto ereditario di cui alla lettera D) del su citato art. 11).

Quindi, a ben guardare, di nuovo un'abrogazione tacita[42], *per incompatibilità* ovvero *parziale*[43], stante l'impossibilità di conciliare previsioni di legge contrastanti. Se non fosse che, pure a tal riguardo, c'è un'obiezione fin da subito opponibile: da rinvenire nella circostanza che il criterio ermeneutico della compatibilità solitamente si abbina a problemi connessi alla *diversa struttura* della fattispecie. Come si evince, d'altronde, dalla lettera dell'art. 1324 c.c. A tacer poi del fatto che, se il senso dell'art. 11 fosse davvero quello testé ipotizzato, si farebbe comunque mostra di voler declassare la disposizione al rango di un mero verbalismo, stante la previa esistenza di norme codicistiche autosufficienti nel comminare di singoli divieti.

Molti dubbi, quindi, che la questione del coordinamento tra l'art. 20, 2 co. CAD e l'art. 11 d. lgs. 70/2003 si possa risolvere in una logica a tutto vantaggio del primo. Gli è infatti che una prospettiva del genere rischia di rivelarsi fuorviante. Come nel paragrafo che segue si avrà modo di evidenziare.

3.5. L'interpretazione restrittiva dell'art. 20, 2 co. CAD ed il delinearsi di un concorso di fonti normative.

La terza interpretazione che si può utilmente suggerire consiste infatti nell'immaginare un concorso di fonti normative: col disposto dell'art. 11 a circoscrivere quanto l'art. 20, 2 co., CAD non può regolare. Rispettivamente, accanto alle figure, già escluse *per relationem*, menzionate nelle lettere B e

[38] Lo segnala F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, cit. p. 149.

[39] V., a tal riguardo, ma in termini che sono di segno critico, F. DELFINI, *op. ult. cit*. p. 150 (ove la prospettazione di una stipula per via elettronica dopo il perfezionarsi «in via tradizionale del procedimento giurisdizionale di autorizzazione»).

[40] Particolare che sfugge, vista la perentorietà dei rilievi formulati, a livello di dispositivo e di motivazione, a Trib. Chieti, 21 febbraio 2008 (ined.)che riferisce l'art. 20, 2 co. a tutti i contratti traslativi immobiliari e, nella giurisprudenza amministrativa, a Cons. Stato, 11aprile 2007, n. 1653, in *Dir. Internet*, 2008, I, p. 63 ss. (secondo la quale la firma digitale costituisce soltanto «modalità diversa rispetto alla sottoscrizione tradizionale per iscritto») nonché T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2008, n. 664, ivi, 2008, p. 390 ss.

[41] Secondo i *dicta* di Corte cost., 8 maggio 1995, n. 153 (in *Cons. Stato*, 1995, II, p. 839 ss.) e 18 novembre 2000, n. 503 (in *Foro it*., 2001, I, c. 30 ss.).

[42] Che l'abrogazione tacita si possa dire pure *giurisprudenziale* sì da contrapporla a quella espressa (e quindi *legislativa*) è l'avviso di R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit. p. 246. Sul fatto poi che tra due previsioni normative, succedentisi nel tempo, possano risultare dapprima incompatibili ed in un secondo momento conciliabili a motivo «del mutamento di significato che una delle due abbia subito», v. F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1972, p. 17.

[43] Sul fenomeno dell'abrogazione parziale, provocata da una legge successiva denominabile pure come *deroga*, v. F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, I, p. 5.

D, le fattispecie di cui alla lett. A (contratti costitutivi o traslativi di diritti relativi a beni immobili) e C (contratti di fideiussione o di garanzie prestate non professionalmente). E', facile da rilevare, un'esegesi restrittiva del dato normativo che può però contare, in termini di interpretazione teleologica, su due argomenti di innegabile spessore:

- sul fatto che le finalità di trasparenza/informazione e protezione, contro decisioni avventate del consumatore, non sono –indiscutibilmente- troppo congeniali alla scrittura privata digitale[44]; e, *pour cause*, sul dato complementare

-che l'art. 1, 3 co., dir. 2000/31 CE si perita di far comunque salvo il livello pregresso di tutela assicurato dalle altre direttive consumeriste. Donde, se si muove dall'assunto che la *dématérialisation* in qualche misura compromette l'interesse del consumatore (*Verbraucherbegriff*), il rigetto di ogni opzione ermeneutica che non sia servente a questa *ratio*. Del resto, conviene metterlo ben in evidenza, chi si pone la questione dei *post – contract disclosures*, in termini di opponibilità delle clausole modificative del regolamento contrattuale in caso di cattivo funzionamento della *e-mail* o per un problema di compatibilità tra i programmi, non mostra di ragionare troppo diversamente[45]. Sempre infatti è una questione di declinazione dei rimedi che sono più confacenti a *pallier*[46] le difficoltà (si pensi alla mancata lettura di un allegato) che il consumatore incontra nel negoziare in rete. Ed obbiettare che il regime delle eccezioni, preso alla lettera, sortisce l'effetto di contraddire lo spirito di una direttiva –la 2000/31 CE- che obbliga gli Stati a rendere possibile la stipula dei contratti in via elettronica, evitando in pari tempo un regime normativo discriminante in ragione della *sola* negoziazione telematica, serve a poco: perché non ci vuol molto ad avvedersi che le fattispecie sub a) e sub c) riguardano essenzialmente contratti *b2c*[47].

Come replicare ? Perché è innegabile che una lettura del genere solleva tutta una serie di obiezioni. Se ne segnalano, a mo' di compendio critico, due.

Che dire, ad esempio, per il contratto di *timesharing* immobiliare ove l'art. 71, 1 co., c. cons, prescrive testualmente la forma scritta a pena di nullità ? Il fatto è che manco può essere d'ausilio l'argomento lessicale invalso nel diritto francese che denega il ricorso alla forma elettronica allorquando la legge impone una firma di pugno (la *mention écrite de sa main)* anziché l'abituale firma autografa (*mention écrite par lui même*): per l'elementare ragione che il codice italiano, com'è noto, conosce un'espressione similare –*sottoscritto di mano*- solo con riguardo al testamento olografo (art. 602, 1 co., c.c.). Donde il persistere dell'*impasse* interpretativo. Ed è vero che l'art. 25, 1 co., del CAD, contemplando l'autentica notarile della firma digitale, con gli effetti di cui all'art. 2703 c.c., conia un procedimento che asseconda l'interesse del consumatore[48]. Ma, è facile replicare, per chi muove dall'assunto che sia la stipula elettronica ad essere di per sé pericolosa, a motivo della «*mentalité de certaines sociétés prédatrices*», non è un'obiezione di gran pregio. Non foss'altro –si prenda nota- per il fatto che il rischio di una decisione negoziale irresponsabile, in tal modo è dimidiato ma non azzerato. E se, in ultima battuta, si volesse far leva sul fatto che la forma elettronica, semplificando il procedimento di conclusione, parcellizza l'abbondanza e la complessità di un formalismo informativo decisamente «*paperassier*»[49], non è che poi si opporrebbe un argomento davvero conclusivo: non è infatti –come si può agevolmente constatare- che la forma elettronica costituisca, per il consumatore medio, uno strumento meno «*difficilement maîtrisable*»[50] di uno scritto sofisticato minuziosamente articolato.

E *quid iuris*, bisogna aggiungere, per i contratti di credito al consumo, in ragione del richiamo, contenuto nell'art. 124, 1 co., TUB, al disposto dell'art. 117, 1 co. ? Le controeccezioni che ricorrono nell'articolato del BGB –i §§ 504, *Abs.* 2 (in caso di *Eingeräumte Überziehungsmöglichkeit*, con imputazione, come costi, dei soli interessi legali addebitati trimestralmente), 507, *Abs.* 1 (per il negozio a pagamento parziale concluso a distanza ove il contenuto minimo obbligatorio, se espresso in *Textform*, sia stato tempestivamente comunicato al

[44] Così già S. KESSAL – WULF, *sub* § 492, cit. p. 112

[45] Si allude allo scritto di J. BRAUCHER, *Rent – Seeking and Risk – Fixing in the New Statutory Law of Electronic Commerce*: *difficulties in Moving Consumer Protection Online*, in *Wis. L. Rev*., 2001, p. 527 s. e p. 538.

[46] L'espressione è di J. HUET, *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, cit. p. 516.

[47] Come fa(ceva) notare J. HUET, *La problematiquedu commerce électronique au renard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998*, in *CCE, déc*. 1999, p. 9, n. 14 era difficile concepire, nel diritto nazionale, un livello di protezione maggiore di quello palesato in sede comunitaria, «*en maintenant, ici ou là, l'exigence d'un écrit - papier*».

[48] E' di questo avviso F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, cit. p. 149 (che estende il discorso a tutti i contratti di alienazione immobiliare). Negli stessi termini –tanto da parlare di «anomalia dell'esclusione» – E. TOSI, *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale*, cit. p. 176 e

[49] La felice espressione è di F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit. n. 254

[50] Così F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, *op. loc. ult. cit.* nonché P. Y. GAUTIER, *Le bouleversement du sroit de la preuve: vers un mode alternatif de conclusion des conventions*, in *Petites affiches*, 7 febbraio 2000, p. 5, n. 18.

consumatore prima della stipula) e 510, *Abs*. 2 (con riguardo al contratto informale di consegna rateale)- presentano il vantaggio di limitare ma non di risolvere il problema. Di talché, pure qui, l'interrogativo permane, accresciuto dal fitto giustapporsi, a mo' di gioco interpretativo, di argomenti contrari: da un lato la constatazione che la tecnica di procedimentalizzare il consenso, siccome implica il succedersi di più fasi antecedenti l'accettazione, per di più supportate dall'intervento di un terzo certificatore, è in grado di minimizzare il rischio di una *signature intempestive*[51]*;* dall'altro la replica –manco troppo sofisticata- che, sì una sequenza di *clics* precedenti la stipula, corredata dal previo invio delle condizioni generali di contratto, colloca il consumatore in una condizione similare a quella ch'egli avrebbe se negoziasse *de visu* e firmasse di pugno: ma come negare che l'incentivazione della stipula *on line*, implementando la tempistica degli scambi, può aggravare di molto il fenomeno del sovraindebitamento del consumatore ?[52] Quindi un delinearsi di rilievi che, per l'opposta caratura assiologica, insieme stanno ed insieme cadono.

L'impressione infatti è che la sequenza degli argomenti favorevoli e contrari non possa prescindere, nel loro rispettivo dipanarsi, dallo scrutinio della questione che sta a monte di tutto: in difetto di un'espressa disposizione una vicenda effettuale, soggetta all'onere della forma *ad validitatem* o per ragioni di prova, si può riconnettere ad una dichiarazione formulata o documentata elettronicamente ?

Se si segue quell'autorevole dottrina secondo cui un «fascio di *bit*» non soddisfa ciò che «gli ordinamenti intendono per dichiarazione [scritta][53]», si ha come risultato che non si può prescindere da una singola norma statuente l'equipollenza. E –si badi- ha senso parlare di *norma singola* perché è ragionevole pensare che la disposizione di carattere generale –leggi l'art. 20, 2 co., CAD- vedrà comunque circoscritto il proprio operare ove, per il tramite di una riduzione teleologica, si mostri che lo scopo di protezione affidato al *singolo scritto ad substantiam*, non è confacente alla natura della forma elettronica[54]. Ove poi, in una versione ancor più restrittiva, si intendesse ragionare in termini di *testualità enumerativa dell'equiparazione*, si potrebbe persino pensare ad un art. 20, 2 co., CAD declassato al rango di previsione ricognitiva dell'articolato minuto ove è disposta l'equipollenza legale. Ma è un approccio, questo, che non convince perché l'interpretazione letterale e l'intelaiatura sistematica dell'art. 20, 2 co., CAD non sembrano offrire spunti in questa prospettiva. A tacer del fatto che una regola di tipicità enumerativa, nel mentre rende alquanto farraginoso il ricorso alla forma elettronica, mal si concilia col principio (comunitario) di non discriminazione dei contratti telematici.

3.6. Epilogo: la decisione *Lodewijk Gysbrechts* (CGE, causa 205/07): l'esigenza di un *congruo equilibrio*, quanto al riparto del rischio contrattuale, negli scambi *b2c*.

Orbene, persuade un siffatto modo di ragionare ove la scrittura privata digitale, nelle fattispecie di forma legale *ad substantiam*, conosce il doppio limite del

-divieto espresso, codicistico o speciale ch'esso poi sia e del

-divieto implicito, concretizzantesi attraverso una operazione giudiziale di *riduzione teleologica* della singola fattispecie legale ?

A ben riflettere, senz'altro più di quanto non faccia l'idea secondo cui l'equiparazione tra scrittura privata di diritto comune e «forma elettronica tipica» non conosce eccezioni plausibili[55], essendo il rischio per il consumatore solo potenziale e circoscritto a determinati casi. In senso contrario vale infatti replicare che, in luogo di una distinzione descrittiva tra forme telematiche tipiche ed atipiche, è d'uopo fare rinvio ad un canone ricostruttivo commisurato all'esigenza (primaria) di contemperare le ragioni dell'efficienza economica con quelle della tutela consumerista. Se è vero infatti che l'esistenza di un diritto del consumatore all'esercizio di pratiche commerciali improntate a principi di buona fede, correttezza e lealtà (art. 2, 2 co., lett. c-*bis* c. cons.) non è di per sé risolutivo, manco è da dimen-

[51] Cfr. F. G. TRÉBULLE, *La réforme du droit de la preuve et le formalisme*, cit. p. 15. Nello stesso senso P. Y. GAUTIER – X. LINANT DE BELLEFONDS, *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent*, in *JCP* 2000, I, n. 236.

[52] Per un'obiezione simile, nella letteratura francese, J. HUET, *La problematiquedu commerce électronique au renard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998*, cit. p. 19, n. 14. E' evidente, invece, che non può rappresentare una ragione ostativa il fatto che il professionista sia tenuto a consegnare un esemplare del contratto al cliente (art. 117, 1 co., TUB): potendosi facilmente immaginare un documento elettronico confezionato in più esemplari.

[53] Il rilievo si legge in A. GENTILI, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, cit. p. 132 s.

[54] Di tutt'altro avviso G. FINOCCHIARO, *Documento informatico, firma digitale e firme elettroniche*, cit. p. 332 s. Nel senso invece di una (fondata) critica alla logica dell'equiparazione indiscriminata, quale indice della tendenza ad un utilizzo della forma protettiva in un'ottica «*loin de susciter l'adhésion*», v. S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, cit. p. 371.

[55] V., in special modo, E. TOSI, *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale*, cit. p. 192 s. e, in un modo ancor più incisivo, J. PASSA, *Commerce électronique et protection du consommateur*, cit. p. 564 («*rien ne justifie donc l'éxclusion de l'écrit électronique du domaine des formes solennelles*»).

ticare che la giurisprudenza della CGE da tempo riconosce[56], nelle misure nazionali di *consumer protection*, se informate al principio di proporzionalità, un limite legittimo alla libera circolazione delle merci. Ov'anche –si prenda nota- la normativa nazionale contestata abbia poi come risultato di produrre una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'esportazione (ai sensi dell'art. 29 CE). La decisione *Lodewijk Gysbrechts* e *Santurel Inter BVBA* –Causa 205/07, giudicata il 16 dicembre 2008[57]- ove, proprio a cagione di una pretesa infrazione al combinato disposto degli artt. 28 – 30 CE, si dibatteva rispettivamente

a) sulla legittimità dell'art. 80, n. 3, della legge belga sui consumatori (che fa divieto al professionista, *nel caso di un contratto di vendita a distanza*, di richiedere al consumatore il pagamento o un acconto in pendenza del termine ordinario per il recesso) e, a seguire,

b) sull'interpretazione consolidata, offerta di questa disposizione, dalla giurisprudenza (che ricomprendeva nel divieto il richiedere al consumatore, nello stesso lasso di tempo, il numero della carta di credito)[58],

è, in tal senso, davvero emblematica[59]. Lungi dal qualificare come *esistenziale* il diritto del consumatore all'autodeterminazione volitiva[60], la Corte, di concerto con l'argomentare dell'Avvocato Generale, mostra infatti di concentrare l'attenzione sulla circostanza che la tutela del consumatore è senz'altro annoverabile tra le esigenze imperative integranti i motivi – di esonero dal divieto di restrizioni quantitative tra gli stati membri – contenuti nell'art. 30 CE. Se non fosse che un *livello elevato* di tutela del consumatore, onde evitare ecceda il suo scopo[61], conosce –*costitutivamente*- il limite dell'interesse a che il professionista non resti esposto al rischio di non ricevere *mai* il pagamento. Di qui l'attestazione di conformità al diritto comunitario della normativa sub a) (nella misura in cui consolida il diritto del consumatore di recedere dal contratto senza alcun rischio) unita però al contestuale rigetto dell'interpretazione estensiva sub b) perché, nella misura in cui esplicita una *ratio* protettiva sproporzionata, osta ad una corretta applicazione dell'art. 29 CE. Il che, per quanto qui interessa, rafforza però senza smentirla, nell'ottica di un sistema remediale contraddistinto da un test interno di *ragionevolezza*, l'idea che debbano esservi dei limiti alla *dématérialisation* dei contratti solenni. Se infatti la premessa del ragionamento è che debba *sempre* esistere un «congruo equilibrio» tra finalità protettive (del consumatore) e ragioni del mercato[62], non potrà allora che procedersi allo stesso modo nel riparto, tra professionista e consumatore, del rischio specifico connesso alla singola operazione economica. Con tutto quel che ne consegue –è evidente-, nell'ottica di valorizzare tecniche protettive «ugualmente efficaci per la tutela dei consumatori ma dagli effetti meno restrittivi sul commercio intracomunitario»[63], allorché la contrattazione in serie si combina col fenomeno delle nuove tecnologie: sia questione poi di fornire il numero della carta di credito (ma senza il contestuale addebito dell'importo dovuto) o di negoziare per il tramite di una scrittura privata digitale. Ciò che conta, infatti, è che «il livello di tutela del consumatore», stante il costituirsi delle obbligazioni contrattuali *on line*, «non [risulti] indebolito in alcun modo»[64]. Niente, come si vede,

[56] Si vedano a tal proposito –il *leading case* è la celebre causa 120/78, del 20 febbraio 1979, *Rewe – Zentral*, detta notoriamente "*Cassis de Dijon*" (in *Racc.* p. 649, §§ 8 e 47)- CGE 11 dicembre 2003, causa C -322/01, *Deutscher Apothekerverband*, in *Racc.* p. I – 14887 (sul divieto tedesco di vendere medicinali via internet), causa C- 434/04, *Ahokainen* e *Leppik*, (in *Racc.* p. I – 9171, § 33) e causa C – 40/04, *Yonemoto* (in *Racc.* p. I – 9665, § 42).

[57] Per un succoso commento della quale si vedano S. WEATHERILL, *Measures of consumer protection as impediments to export of goods*, in *ERCL*, 2009, pp. 149 – 158 e B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, *Paradigmenwechsel in der Dogmatik der Warenverkehrsfreiheit: Anmerkung zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Verica Trstenjak in der Rechtssache C-205/07 vom 17.7.2008 - Strafverfahren gegen Lodewijk Gysbrechts und Santurel Inter BVBA*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2008, pp. 237-243.

[58] Ov'anche il professionista si fosse impegnato a non fare uso della carta, ai fini del pagamento, prima della scadenza del termine per il recesso dal contratto.

[59] L'affinità tra il problema dei limiti alla *dématérialisation* e questo *dictum* –originato da una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dalla Corte d'appello di Gent nell'ambito di procedimento penale che vedeva imputato l'amministratore di un'impresa specializzata nella vendita telematica di integratori alimentari- non è di facciata: li accomuna un dato normativo comunitario comprensivo di eccezioni (l'art. 9 della direttiva 2000/31) e della libertà di adottare norme più severe onde assicurare un grado di protezione maggiore per il consumatore (art. 14 dir. 97/7 CE). Quel che infatti lamentava l'acquirente francese (per altro inadempiente) era proprio la violazione delle disposizioni nazionali belghe sulla tutela dei consumatori.

[60] Così invece, secondo L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, p. 450, con riguardo all'informazione commerciale.

[61] Ovvero «oltre quanto è necessario per la sua realizzazione» : così CGE 16 dicembre 2008, causa C- 205/07, cit. § 76 della motivazione. Si vedano pure le *Conclusioni* dell'Avvocato generale V. TRSTENJAK, § 84.

[62] Cfr., significativamente, V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 85.

[63] Così CGE 16 dicembre 2008, causa C- 205/07, cit. § 53 della motivazione.

[64] Cfr. V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. §§ 85 – 87 e CGE, 16 dicembre 2008, causa C- 205/07, cit. §§§ 60 – 63. Il che rende inspiegabile come si possa dire che questa sentenza «*force a recalibration of the balance sruck at National level between the interests of sellers and consumers in favour of the*

di eclatante ma neppure di declassabile al rango di una motivazione esornativa. Come invece lascia intendere chi, tutt'al contrario, vede un paradosso nel riconoscimento del commercio elettronico dematerializzato senza accettare «*toutes les conséquences de cette dématerialisation*»[65].

Ma c'è di più.

A mo' di chiusa fanno infatti da corona, all'apparato critico finora esposto, almeno tre rilievi di complemento:

-il primo, relativamente al fatto che l'idea di una fungibilità, ov'anche la legge menzioni il *solo* supporto cartaceo, tra la nozione di scritto e quella di supporto (durevole) elettronico[66], è da ammettere allorquando si ragiona di forma informativa. Donde il convincimento che pure un documento informatico non sottoscritto o corredato di una firma elettronica non qualificata basti a che il professionista esegua correttamente l'obbligo di informare per iscritto il consumatore: ma perché, si prenda nota, come la migliore dottrina tedesca ha cura di rilevare[67], *Schriftform* (forma *ad substatiam*) e *Textform* (forma *ad protectionem*) sono figure rette da princìpi diversi, governate da una logica antitetica ed insuscettibili di venir assimilate;

-il secondo, sull'attitudine conformativa –del regime rimediale- da riconoscersi alla previsione di limiti alla dematerializzazione dei contratti formali; nel senso che la restrizione all'uso della forma elettronica è servente all'esigenza di contestualizzare in modo originale il livello di garanzia riservato al consumatore. Che non può, evidentemente, mutuarsi dalle regole governanti il fenomeno delle vendite aggressive, essendo queste connotate da una pressione "fisica" di cui non v'è una traccia (evidente) nel settore normato dalla direttiva 2000/31 CE;

-il terzo, infine, identificabile con la circostanza che il vantaggio di articolare, intorno ad un'unica nozione di scritto e di firma, l'insieme del formalismo solenne e probatorio, non può avere come risultato di cancellare quanto, in termini di *differentia specifica*, la direttiva –che non è di *armonizzazione esaustiva*- sembra invece voler diversificare. Né ha senso obbiettare che, a tutto discapito dell'esigenza di assicurare un'armonizzazione esaustiva, la previsione di eccezioni municipali alla dematerializzazione può sortire l'effetto di innescare una differenza di trattamento tra il commercio elettronico, interno ed estero, di un singolo Stato membro. Perché, come si è fatto giustamente notare, le eccezioni riguardano, «in ugual misura ed in modo analogo»[68], *tutti* i professionisti, che poi negozino all'interno del proprio Stato o fuori dei confini nazionali. E, va detto, se lo stesso effetto pratico accomuna commercio interno e commercio con cittadini di altri Stati membri, non c'è ragione di accampare (immotivati) ostacoli all'implementarsi degli scambi in rete. D'altronde, non è il fatto in sé dell'esistenza di una regolamentazione al plurale ad inficiare l'efficienza economica dell'e-commerce, bensì, come si è cercato di evidenziare, il sussistere di apparati rimediali disomogenei: quanto, ben s'intende, a ragionevolezza degli standard di protezione di volta in volta apprestati. Con tutto quello che poi ne consegue, sia consentito rimarcare i due opposti, in termini di *naïveté* e *perversité* della tutela consumerista[69].

4. *Seconda questione.* Forma informativa e rischio contrattuale: il caso *Messner c. Krüger* (causa C- 489/07).

In un contratto di vendita a distanza, il professionista –si diceva- resosi responsabile di un'omissione parziale dell'obbligo informativo, ha diritto, ove sia intervenuto il recesso del consumatore, di pretendere un'indennità per l'uso interinale della *res tradita* ? Oppure per il fatto che il consumatore non è stato correttamente istruito sul diritto di recesso, non è ipotizzabile un ripristino dello *status quo ante* che tenga conto, riguardo al *quantum* delle obbligazioni restitutorie, del deteriorarsi della merce ordinata in conseguenza di un impiego temporaneo della stessa conforme alla sua destinazione tipica ?[70]

---

formers» : così S. WEATHERILL, *Measures of consumer protection as impediments to export of goods*, cit. p. 158.

[65] Così M. VIVANT, *La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations*, cit. p. 1157.

[66] Sulla questione si vedano,tra gli altri, U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 559 e U. DRAETTA, *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana di attuazione della direttiva comunitaria*, in *.Dir. comm. internaz.*, 2005, p. 465 ss. Sia consentito poi il rinvio a S.PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 57 ss.

[67] Il riferimento, per tutti, è a C. HERTEL, *sub* § 126b, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen*[13], 1 (*Allgemeiner Teil*), 3, cit., pp. 757 – 759; K. LARENZ – M. WOLF, *Allgemeiner Teil des des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004, p. 498 ed a H. PALM, *sub* § 126 b, in ERMAN, *Bürgerliches Gesetzbuch*[11], I, Köln, 2004, p. 280. Nella dottrina italiana, per un quadro complessivo della questione, v. S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit. pp. 35 – 50.

[68] Cfr. V. TRSTENYAK, *Conclusioni*, cit. § 36.

[69] Per questa suggestiva formula, riferita al commercio elettronico ma coniata, per la verità, a tutt'altro fine, v. M. VIVANT, *La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations*, cit. p. 1165.

[70] Stando al disposto del § 357, Abs. 3, *BGB*, il consumatore «*hat abweichend von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten*». Mentre il §

Sono interrogativi, che la prassi pone, su cui piuttosto raramente si appunta l'attenzione della dottrina[71], complice una qual certa vaghezza del dato normativo (artt. 64, 1 co. e 66, 2 co., c. cons.). Eppure la questione è essenziale, non foss'altro per il fatto che, definendosi per suo tramite il *quantum* di tutela spettante al consumatore, l'interprete può procedere più consapevolmente ad illustrare, in maniera fedele, il regime protettivo che connota la forma informativa dei contratti a distanza. Che –si badi- contrariamente a quanto è abituale trovare scritto, mostrano lo svolgersi di una forma di protezione governata da regole tutte proprie. Vuol forse questo dire che tutti i ragionamenti incentrati sulla *perdita della fattispecie* hanno un senso compiuto solo allorquando risultano comunque punteggiati da un apprezzamento *in concreto* delle circostanze contingenti in cui si articola il singolo atto o rapporto di consumo ?

E' molto più che probabile[72]: ed il fatto che la giurisprudenza della CGE talora riconosca (riguardo all'obbligo di versare gli interessi al tasso di mercato: v. *Schulte*, 25 ottobre 2005, causa C-350/03 e *Crailsheimer Volksbank*, 25 ottobre 2005, causa C-229/04) quel che altrove più plausibilmente nega (*Quelle*, causa C-404/06, rispetto invece ad un'indennità d'uso)[73], ne è la rappresentazione più vividamente sintomatica.

Una piccola avvertenza, a scanso di equivoci, prima di procedere oltre.

La fattispecie testé sunteggiata non è per nulla assimilabile a quella che ha originato la sentenza *Quelle*: per l'elementare ma decisiva ragione che, mentre là si dibatteva sulla fornitura di un bene (di consumo) non conforme a quanto pattuito, qui la questione riguarda un vizio insorto dopo che sono trascorsi alcuni mesi dalla consegna. Perciò, se è pur vero che, in ambedue i casi, si fa domanda di un'indennità per l'uso *medio tempore* della *res* poi restituita, manco può trascurarsi di rilevare che le circostanze fattuali sono molto differenti. Di talché, per evidenti ragioni di congruenza logica, non è dato pensare che il dispositivo di *Quelle* [74] possa utilmente invocarsi come fattore regolativo della questione. Ma, allora, come risolvere il problema ?

4.1. I tre paradossi del formalismo informativo nei contratti a distanza.

Come premessa del ragionamento può tornare utile muovere dalla constatazione che il contratto a distanza si caratterizza per il fatto di dare veste ad una operazione di scambio che si perfeziona senza il medio di un qualsiasi contatto personale tra fornitore ed acquirente. Di qui l'esigenza di riconoscere al consumatore, proprio allo scopo di ovviare alla carenza di una «simultanea presenza fisica» tra le parti[75], un diritto di recesso senza alcuna penalità: un recesso rivolto, negli intendimenti del legislatore comunitario, a collocare l'acquirente a distanza nella condizione di colui che, per il fatto di negoziare *de visu*, prende visione dell'oggetto prima di procedere alla stipula.

Orbene, quand'è così, per lo studioso dei *paradossi* del formalismo informativo, ci sono almeno tre ottime ragioni che rendono la questione pregiudiziale (e la decisione) *Messner c. Krüger* di un'evidenza topica.

312d stabilisce che, in deroga al § 355, n. 2, il termine per il recesso non inizia a decorrere prima dell'adempimento dei doveri di informazione di cui al § 312c, n. 2.

[71] Almeno di quella italiana. Diverso il panorama europeo: v., a tal riguardo, con dovizia di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, H. – J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, 10 *Aufl.*, München, 2007, pp. 67 – 69 e pp. 72 – 74 nonché

[72] Come fa notare un'autorevole dottrina: v. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 82. Il periodare di questo a. è molto vicino a quanto, significativamente, notano altrove A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit. p. 616 s. e

[73] Per un primo commento delle quali si vedano J. HOFFMANN, *Die EuGH-Entscheidungen "Schulte" und "Crailsheimer Volksbank": Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb?*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005 pp.1985-1994; A. STAUDINGER, *Die Zukunft der "Schrottimmobilien" nach den EuGH-Entscheidungen vom 25.10.2005*, in *NjW*, 2005 pp.3521-3525; M. HÄUBLEIN, *Rechtsfolgen unterlassener Belehrung über das Verbraucherwiderrufsrecht nach den Urteilen des EuGH vom 25.10.2005*, in *NjW*, 2006 pp. 1553-1558; R. CONTI, *Vendita c.d. porta a porta. La Corte di Giustizia prosegue il percorso tracciato dal caso Heininger*, in *Corr. giur.*, 2006 pp.490-496 (per la prime due) e, a seguire, G. PIGNARRE – L. F. PIGNARRE, *A propos de la gratuité du remplacement d'un bien non conforme*, in *D.*, 2008, pp. 2631-2635; T. MÖLLERS – A.MÖHRING, *Recht und Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei generellem Umsetzungswillen des Gesetzgebers*, in *Juristenzeitung*, 2008, pp. 919-924 (per la terza).Una diffusa e preziosa trattazione del problema si trova, da ultimo, in E. BARGELLI, *Gli effetti del recesso nei principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in AA. VV., *I "Principi" del diritto comunitario dei contratti*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p.

[74] Secondo il quale, com'è noto, osta all'art. 3 della direttiva 99/44 una disciplina nazionale che riconosca al venditore, ove sia stato alienato un bene di consumo non conforme a quanto contrattualmente previsto, il diritto di esigere dal consumatore un'indennità per l'uso della *res* non conforme (fino, s'intende, al momento della sua sostituzione con un nuovo bene). Sulla questione si rinvia alle acute considerazioni di S. ROHLFING, *Nutzungsvergütung bei Ersatzlieferung?*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, pp. 80-86 e di P. ROTT, *The Quelle Case and the Potential of and Limitations to Interpretation in the Light of the Relevant Directive*, in *ERPL*, 2008, pp. 1119-1130.

[75] L'espressione si legge in V. TRSTENJAK, *Conclusioni* alla causa C- 489/07 (§ 3). Nella stessa ottica si veda pure, per altro, il 14 considerando della direttiva 97/7.

Si può cominciare osservando che un contesto normativo nel quale il diritto di recesso, nonostante la contraria lettera dell'art. 65, 3 co., c. cons.[76], non si estingue fin quando il consumatore non sia stato correttamente informato, abilita evidentemente costui, essendo tenuto alle *sole spese dirette* di restituzione del bene al mittente, a servirsi *medio tempore* della *res*. Ma viene da chiedersi: non è, nella misura in cui l'utilizzo temporaneo del bene avviene senza *alcun* costo aggiuntivo, che qui si materializza quell'*effetto perverso* della legge di cui parla la dottrina francese allorquando l'inverarsi di un dato normativo importa delle vicende secondarie o collaterali, impreviste o «*sous – estimés, ... indésiderables et non désirées*» ?[77] Lo stesso concetto –si badi- si può esprimere evidenziando che, ove il tasso di operatività di una legge speciale sia debordante, il risultato che si ottiene è di penalizzare oltre misura l'esigenza di «*impersonalité*» del diritto patrimoniale comune[78]. Bisogna infatti considerare che l'indennità domandata dal professionista si commisura esclusivamente ai vantaggi che dall'uso giornaliero il consumatore ha tratto. Nelle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Trstenyak si denomina una siffatta indennità come canone di noleggio per l'uso plurimensile del bene: e l'espressione ben rende su quali utilità si appunti la pretesa del professionista. Che, giova evidenziarlo, non differisce poi troppo dall'ammontare degli interessi dovuti dal consumatore, mutuatario di un credito fondiario, che sia poi receduto dal contratto stipulato fuori dei locali commerciali..

Seconda notazione.

E' evidente che l'ammettere o l'escludere l'indennità reagisce sui criteri di distribuzione del rischio contrattuale. *Nulla quaestio* infatti sulla circostanza che il fornitore debba sopportare il rischio dell'operazione economica pendente il termine (ordinario) relativamente breve –dieci giorni lavorativi. art. 64, 1 co., c. cons.- per l'esercizio del diritto di recesso. E' un corollario, come prima si diceva, dell'essere la contrattazione a distanza spoglia di ogni diretto contatto interpersonale tra professionista e consumatore. Sennonché, se il termine per il recesso non decorre fino a quando il consumatore non sia stato correttamente istruito, nel caso si abbia la propensione a credere che il professionista, inadempiente quanto agli obblighi di informazione documentale, mai abbia titolo a domandare qualsivoglia indennità per l'uso, l'effetto che si ottiene è rimarchevole. Perché, giova evidenziarlo, da un lato si ha come risultato di imputare *per intero* al professionista il rischio economico dell'affare; dall'altro, e *pour cause*, di apprezzare un fatto di per sé neutro –la mancata attribuzione di ogni utilità interinale- in termini di *sanzione tipica* per il professionista che, non dando pieno seguito agli obblighi legali di informazione, negozi comunque a distanza. Ove tipica –si badi- sta per *tipizzante*: nel senso che l'esclusione dell'indennità è catalogabile, ove sia questione di contratto a distanza, alla stregua di una sanzione costitutivamente ancillare allo svolgersi dell'abituale rimedio rappresentato dalla mancata estinzione del recesso[79].

Sennonché viene da domandarsi: ma quant'è corretto pensare che il consumatore, per quanto lamenti un qualche difetto informativo, abbia titolo per non restituire un arricchimento che ha maturato a seguito di un utilizzo gratuito della merce poi restituita ? Si pensi al consumatore che non si limita a provare il bene ma ne fa invece un «uso intenso»[80] oppure che ordina la merce per una particolare occasione, la utilizza debitamente a tal fine e poi provvede a rispedirla al mittente adducendo come motivazione il recesso dal contratto[81]. La (felice) notazione della Corte che, in caso di uso *incompatibile con i principi del diritto civile*[82], fa salva la previsione di un'indennità, essendo stata pronunziata in modo assertivamente generico, si mostra troppo evasiva.

E che dire poi –proseguendo- riguardo al (possibile) titolo vantato dal professionista per esigere una somma compensativa dei *danni* originati dall'uso della *res*: cioè un'indennità non per l'uso ma per

[76] Stando alla quale se il professionista non ha soddisfatto gli obblighi di informazione legale «il termine di recesso è … di novanta giorni» decorrente, per i beni, «dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore» e, per i servizi, «dal giorno della conclusione del contratto».

[77] Così J. GHESTIN, *Les effets pervers de l'ordre public*, in *Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda. Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 123 s. e A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informative*, cit. p. 602. Indispensabili, per la ricostruzione di un dibattito alquanto vivace, pure le raffinate notazioni di e di P. MALAURIE, *L'effet prophylactique du droit civil*, in *Études de droit de la consommation*, cit. p. 670 s.

[78] La felice espressione si legge in C. NOBLOT, *Le contractant professionnel à l'épreuve du réalisme judiciaire*, in *Petites Affiches*, 9 nov. 2001, p. 3 s.

[79] V., per una più diffusa disamina del problema, qui circoscritto, *ratione materiae*, ai dati essenziali, v. S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit. pp. 52 – 60.

[80] Per questa espressione si veda V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 31.

[81] La dottrina tedesca più avvertita offre una puntuale ricostruzione di quest'ultima fattispecie: si fa il caso dell'ordine di un capo d'abbigliamento per un dato evento, di stoviglie per un ricevimento o di un televisore per un evento calcistico .Si v., in special modo, B. SCHINKELS, *Fernabsatzverträge*, in Gebauer – Wiedemann (a cura di), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2005, p. 209 ss., RdNr 63 e T. BRÖNNEKE, *Abwicklungsprobleme beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften*, in *Multimedia und Recht*, 2004, p. 127 ss.

[82] V. CGE, 3 settembre 2009, cit. § 29.

l'usura ? E' vero che la *littera legis*, comunitaria (art. 6, 2 co., dir. 97/7/CE) e nazionale (art. 64, 1 co., c. cons.) fa esplicito divieto di ogni penalità: ma per tali, sembra ragionevole pensare, devono intendersi quelle indennità che fossero connesse all'esame diretto della merce o ad un suo breve impiego a titolo di prova. Non altre. Di talché l'impressione che un'interpretazione di tal fatta avvantaggi troppo il consumatore e comprometta il costituirsi di un equilibrio rimediale soddisfacente permane. Nonostante –si badi- il richiamarsi ad una indennità *ammissibile* ove il suo importo non si mostri «sproporzionato rispetto al prezzo di acquisto del bene»[83]. Un ragionamento così strutturato approda infatti a ben poco nel momento in cui lo si fa subito seguire dall'osservazione, nient'affatto di complemento, che l'onere della prova di uso indebito –durante il periodo di recesso- è a carico del professionista[84]. Onere, non v'è chi non lo veda, difficile da soddisfare (salvo che il pensiero sottinteso della Corte non sia quello di un discutibile ricorso al meccanismo delle presunzioni).

Il fatto è che, si prenda nota, il problema non consiste tanto nel rilevare l'attitudine fisiologica di ogni regime protettivo di riconvertire sempre il contraente *faible* in quello *puissant*[85]. Rilievo che può esser vero, ma con la controindicazione evidente di omettere il dato topico dell'intera questione: che risiede sempre e soltanto nell'individuazione di quella *misura di ragionevolezza* cui devono attenersi i singoli *standards* di tutela del consumatore. Altrove, per scongiurare il pericolo di un regime di superprotezione del consumatore, onde evitare il proliferare di condotte palesemente di malafede e sminuenti il «*sentiment de responsabilité individuelle*»[86], si escogitano tecniche correttive più o meno raffinate: *pas de nullitè sans grief*, si dice (specialmente allorché la sanzione invalidante comminata non si commisura per nulla al veniale vizio di forma eccepito);[87] *pondération des situations in concreto* (se c'è così modo di ovviare al paradosso di un formalismo informativo fatto valere come strumento *anticontractuel*)[88]; *forme de protection en juste mèsure* (che significa imputazione di responsabilità al professionista solo quando se ne accerti previamente la malafede o la negligenza)[89]; *caractère facultatif*, per finire, «*de la sanction des règles de forme*»[90]: che vuol dire discrezionalità giudiziale nell'azionabilità dei rimedi conseguenti al mancato rispetto del formalismo informativo, onde evitare una compromissione patente delle regole che governano la circolazione giuridica dei beni.

Nel caso qui descritto si possono, invece, utilmente invocare la disciplina dell'ingiustificato arricchimento (rilevante alla stregua di un'indennità per l'uso) e del risarcimento dei danni (quanto all'indennità per l'usura), perché l'una e l'altra normativa si mostrano compiutamente idonee ad orientare il declinarsi del formalismo informativo in un'accezione che trascende la rozza opposizione astratta professionista/consumatore. Non sempre infatti il consumatore, che lamenti *in executivis* una pregressa irregolarità formale, è la «*victime toute désignée des menigances*» del professionista[91]: se è vero ch'egli si può pure presentare, come nell'ipotesi qui illustrata, nella veste di un'acquirente che recede dopo undici mesi, dalla stipula del contratto, di operoso uso della *res tradita*. E dire, come suggerisce la Corte, che l'indennità è sì ammissibile quando l'uso contravviene ai principi della buona fede *o* dell'arricchimento senza causa, purché però non venga pregiudicata «l'effettività del diritto di recesso», assomiglia molto a formulare un enunciato ed il suo contrario.

4.2. La forma informativa tra ingiustificato arricchimento e *bona fides* interpretativa (art. 1366 c.c.).

Terza notazione.

E' facile comprendere, naturalmente, in quale modo si possa motivare, con plausibile persuasività, una lettura denegativa dell'indennità d'uso. La trama argomentativa che scandisce il periodare delle *Conclusioni* depositate dall'Avvocato Generale rap-

[83] Così CGE, 3 settembre 2009, cit. § 27.

[84] *Rectius* che pregiudicherebbe l'efficacia del diritto di recesso una disciplina nazionale «che ponesse a carico del consumatore l'onere della prova di non avere usato [il bene] …. oltre quanto necessario» all'utile esercizio del recesso (così CGE, 3 settembre 2009, § 27).

[85] Così A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit. p. 617 e, prima ancora, C. MANARA, *L'abus par le consommateur de son droit*, in *Petites Affiches*, 19 mai 1998, p. 4.

[86] Cfr. A. LEPAGE, *op. loc. ult. cit.*

[87] V., in special modo, S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consummation*, cit. p. 61; Y. ROUQUET, *Sanction du non respect des formalités du cautionnement*, in *D.*, 2006, p. 808 e, da ultimo, X. LAGARDE, *Office du juge*, in *JCP. La semaine juridique*, 2009, p. 32. E sia consentito pure il rinvio, per una più diffusa trattazione del problema, a S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione* ?, in *Contratti*, 2009, in corso di stampa.

[88] Così G. ROUHETTE, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Études offertes à René Rodière*, Paris, 1981, p. 247 ss.

[89] E' l'emblematico argomentare di J. MESTRE, *Obs.*, in *RTD civ.*, 1998, p. 365.

[90] Così A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit. p. 619 e C. OUERDANE – AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n. 215 s.

[91] L'espressione si legge in D. MAZEAUD, *L'endettement des acquéreurs*, in *RD imm.*, 1995, p. 641 s.

presenta, in tal senso, l'esemplificazione più rigorosa che si possa dare di un siffatto intendimento.

Indubbiamente è corretto muovere dalla constatazione che un palesarsi del recesso come rimedio efficace ed effettivo postula il previo scrutinio degli effetti «economici [che sono] connessi al suo esercizio»[92]. In quest'ottica, ragionando in termini di interpretazione teleologica, ha un senso affermare che il fatto di imputare, al consumatore non compiutamente informato, degli oneri aggiuntivi, avrebbe l'effetto di compromettere il suo diritto di recesso. Invero, se il beneficio di una tutela maggiore dipende da un fatto originato dalla negligenza del professionista, non è pensabile poi che il consumatore, per giovarsene, debba contestualmente versare un corrispettivo. In questi termini non c'è alcun dubbio alcuno che la previsione (o la pattuizione) di un'indennità d'uso rileverebbe alla stregua di un prezzo per il recesso. Con tutto quello che ne consegue nella prospettiva di una rappresentazione del medesimo come rimedio –o diritto- a carattere puramente formale. Ma c'è il fatto che chi mostra di ragionare in questi termini trascura di considerare due obiezioni, entrambe di non poco conto.

La prima. Vero che l'articolato normativo comunitario –art. 6, 2 co. dir. 97/7/CE- contempla una nozione di spese, comprensiva di quelle dirette ed indirette; e vero pure che, per controbattere all'abuso di *un* consumatore, non è che si possa procedere ad una torsione della *littera legis* strumentale alla definizione (interpretativa) di una normativa più gravosa «per *tutti* i consumatori»[93]. Sennonché, muovendo dalla corretta premessa che la legislazione consumerista rileva alla stregua di un diritto secondo[94], non si vede cosa osti, come pur incidentalmente si riconosce e la Corte poi corrobora[95], a che il professionista possa agire «caso per caso» sulla scorta dei principi di diritto privato generale. Che nella fattispecie descritta –lo si ripete- sono quelli dell'arricchimento senza giusta causa (art. 2041 c.c.) e del risarcimento danni. Opporre, ad uno svolgimento del diritto comune patrimoniale in funzione integrativa/completiva, che non può dimidiarsi *ope interpretationis* un regime di tutela modellato esclusivamente sulla qualità subiettiva delle parti[96], serve a ben poco: se è vero che lo scopo protettivo non risulta neanche intaccato allorquando il consumatore lamenta un pregiudizio informativo soltanto nominale. Che poi, si prenda nota, è il particolare, pur nell'ottica di un uso *non incompatibile con i principi del diritto civile*, sfuggito alla stessa Corte[97]. Non si può infatti dire che lo speciale sistema di garanzia consumerista, ad abbinare forma di protezione e buona fede oggettiva, ne esca disarticolato. Invero, se la ragione che ha indotto il legislatore a procedimentalizzare la vendita a distanza, sta tutta nell'assicurare, per il tramite di un formalismo informativo rigoroso, la *lucidité* della volontà di obbligarsi[98], non si vede per quale ragione dovrebbe eccepirsi una carenza informativa quando lo scopo del formalismo non viene in gioco stante il mancato violarsi della sua *ratio*. Semmai, giova evidenziarlo, c'è il rischio, ad escludere che il professionista possa reclamare una qualsiasi indennità, che si instauri un immotivato squilibrio ai suoi danni: il che, oltre a produrre l'effetto perverso di disincentivare i fornitori dall'operare nel settore della contrattazione a distanza, cozza con l'esigenza, già richiamata, di un'intrinseca ragionevolezza *seu* proporzionalità dell'apparato remediale consumerista[99]. Che, si badi, un'indennità proporzionale al prezzo iniziale (del bene) ed alla durata (del suo utilizzo) pare invece garantire al meglio.

4.3. La *bona fides* correttiva come *volet* di orientamento applicativo del formalismo informativo.

Seconda obiezione, non meno *tranchant*.

C'è modo di rappresentare dogmaticamente quanto si è fin qui preferito esprimere ricorrendo ora al canone della ragionevolezza ora alla tecnica dello scopo di protezione della norma ordinativa (*seu* configurativa) violata ?

Orbene, muovendo dall'assunto che un modo vi sia, è plausibile supporre che l'interprete lo possa utilmente rintracciare nella regola di buona fede og-

[92] Così V. TRSTENYAK, *Conclusioni*, cit. §§ 86 ss. e CGE, 3 settembre 2009 (§§ 19 e 20). In dottrina si vedano pure le eleganti considerazioni di P. MANKOWSKI, *Beseitigungsrechte*, Tübingen, 2003, p. 893.

[93] Cfr. V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 94 (pure per la citazione successiva, §§ 90 - 93).

[94] V., in tal senso, per tutti C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 397 ss. In una diversa prospettiva, com'è notorio, M. LIBERTINI, *Alla ricerca del «diritto privato generale» (Appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 541 ss.

[95] V. V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 93.

[96] Del rilievo, talmente diffuso da rendere superflua ogni citazione, dà conto criticamente A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, cit. p. 575.

[97] Che mostra di preferire l'argomento di un recesso esercitato «in piena libertà e senza alcuna pressione» (§ 23 della motivazione).

[98] Si veda, in tal senso, e S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione*, cit. pp. 4 – 8 (del manoscritto)

[99] Già corazzato da un regime probatorio di favore (spettando al professionista l'onere di dimostrare le effettive utilità tratte dal consumatore) e dal limite, immanente alla pretesa del fornitore, di un'indennità parametrata ad un *quantum* che tenga conto di due fattori essenziali: l'effettivo valore commerciale della merce venduta e la sua durata (media) di vita economica.

gettiva: ma, si badi, maneggiandola non nella maniera ornamentale che ne ha fatto la Corte, bensì nella versione che ha provveduto a declinare quella raffinata dottrina propensa a vedere nella *bona fides* interpretativa dell'art. 1366 c.c. un criterio «bilaterale e qualitativo… perché implicante un giudizio di relazione», tra due interessi. Degli interessi, si prenda nota, rispetto ai quali la potiorietà non è «sempre e soltanto» da riferire a quello «astrattamente privilegiato da una norma di stretto diritto»[100]. E' vero che questa dottrina declina l'art. 1366 c.c. nel senso di assoggettare il contratto, che abbia ottemperato ad un giudizio di validità *stricto iure*, ad un sindacato posteriore di rilevanza *ex fide bona* condotto sulla scorta di un giudizio di meritevolezza civil-costituzionale (artt. 2 Cost. e 1322, 2 co., c.c.). Ma è tutto da verificare che, in fattispecie similari a quella descritta, la *qualitas* degli interessi confliggenti riservi una valutazione di effettiva meritevolezza alla condizione del consumatore[101]. Che, si prenda nota, se *abusa* del suo diritto –ma non ne risponde manco in termini di indennità- si trova a versare –paradossalmente- in una condizione *migliore* di quella riservata al consumatore che concluda l'acquisto al cospetto del professionista. Come la Corte, di altro avviso sì rispetto alle Conclusioni dell'Avvocato generale ma col vizio di corredare l'eccezione di ammissibilità –della suddetta indennità- di troppi distinguo, avrebbe ben potuto rilevare[102]. Si prenda poi nota di un ultimo dato: non ci sono ragioni ostative ad intendere le disposizioni consumeristiche, secondo il lessico stipulativo della dottrina qui richiamata, come norme di *stricto iure*. Da assoggettare perciò ad una «valutazione *ex fide bona* degli interessi in gioco»[103].

Ebbene, *sic rebus stantibus*, governare il formalismo informativo per il tramite del principio di buona fede oggettiva assicura più di un vantaggio. Come si potrà constatare elencandoli, di seguito, in rapida successione.

Sostenere che la singola irregolarità formale non pregiudica, ove risulti ch'essa non osta al «riconoscere» la regola contrattuale[104], significa infatti

-assecondare lo scopo di protezione preventiva del consumatore, certo da preferirsi ad una inefficiente «*protection a posteriori du consentement*»[105], senza però ch'esso trascorra o debordi nel paradosso di garantire chi, non potendo addurre una parzialità informativa che abbia davvero inciso sul suo consenso, non è stato pregiudicato. Diversamente, si faccia attenzione, la cd. forma di protezione si converte in una forma sanzione, per di più a titolo di responsabilità oggettiva, per il professionista[106]. In soccorso dell'interprete, chiamato a maneggiare concetti contraddistinti da un alto tasso di vischiosità, possono venire, all'occorrenza, gli elementi, tratti dalla fattispecie concreta, della natura del bene acquistato e della durata del periodo di utile impiego del medesimo[107].

Non solo. Ipotizzare che l'atto di consumo, al pari di qualsiasi altro contratto, debba costituire oggetto di una «valutazione complessiva e finale»[108] significa

-delineare orientativamente la latitudine applicativa del diritto patrimoniale comune. Perché può ben essere ch'esso non intacchi il corpo del diritto secondo, se ciò osta alla tutela del consumatore. Com'è accaduto, volendo fare un esempio, in quel celebre caso francese ove si discuteva sull'irregolarità informativa dell'offerta *préalable* di un credito immobiliare (art. L. 312 – 8 *c. consomm.*): fattispecie sanzionabile con la decadenza dal diritto agli interessi e, ove si fosse fatto ricorso al diritto comune, con la nullità dell'intero contratto[109]. Il che, però, avrebbe evidentemente nociuto

[100] Il riferimento, va da sé, è al denso argomentare, espresso in più di un'opera, di L. BIGLIAZZI GERI. La citazione, riportata nel testo, è tratta dallo scritto suo che, *ratione materiae*, è forse il più emblematico: *L'interpretazione*, Milano, 1994, p. 160.

[101] Come pare credere V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 86.

[102] Ma, significativamente, la Corte non parla mai di *abuso* e contempla la previsione dell'indennità come un'eccezione soggetta alla «condizione che non venga pregiudicato il fine della… direttiva» (§ 29).

[103] Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469-bis co. 1, c.c. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, ora in L. BIGLIAZZI GERI, *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 1238 e, prima ancora, p. 1237 per il significativo rilievo che «un'interpretazione secondo buona fede costituisce il risultato di un complesso procedimento, di un *iter* articolato che, passando attraverso fasi dinamiche… e statiche, … non può ovviamente ignorare … l'elemento che sta a monte (*il diritto) e il modo nel quale il diritto è stato esercitato*» (corsivo aggiunto).

[104] Così L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, cit. p. 164. Per una densa e documentata rivisitazione del tema si veda poi V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, *passim*.

[105] Per il tramite, s'intende, degli usuali vizi della volontà: che siano l'errore o il dolo omissivo. La citazione, nella dottrina francese, è tratta da J. CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, cit. p. 240.

[106] Di un nitido «*enforcement* di tipo sanzionatorio» ragiona S. MAZZAMUTO, *La multiproprietà*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, II, p. 99. Diffusamente, per lo chi voglia, sulla questione, S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit. p. 40 s.

[107]

[108] Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, cit. p. 159 e p. 164.

[109] Il vivace dibattito giurisprudenziale è segnato dalle contrapposte Cass. 1re civ., 20 luglio 1994, in *D.*, 1995, *somm.*, p. 314, *obs*. J. P. PIZZIO e Cass. 1re civ., 23 marzo 1999, in *D.*, 2000, *somm.*, p. 50, *obs.* J. P. PIZZIO. In dottrina, *inter alios*, si vedano almeno, tutti con accenti critici verso l'idea del cumulo, D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ?*, in *Études de droit de la consommation*, cit. p. 703 e S. PIEDELIÈVRE, *Remarques sur les*

agli interessi del consumatore, se è vero che l'estinzione del contratto –*seu* la sua inefficacia originaria- importa l'obbligo, per il consumatore, di restituire l'intera somma mutuata maggiorata degli interessi. Con un correlato effetto dissuasivo –ad eccepire il vizio- che pure la CGE ha, per la verità, percepito –v. *Schulte* -[110] ma senza valorizzarlo, in una prospettiva remediale, adeguatamente.

Per finire, ragionare in termini di bilanciamento di interessi significa, senza tante circonlocuzioni,

-neutralizzare quelle audaci interpretazioni giurisprudenziali[111], rigide nel riconoscere alla forma di protezione un'astratta connotazione «*formulaire*»[112], che non contribuisce affatto a rinvigorire la tutela del consumatore.

Insomma forma di protezione e *bona fides* non sono dei *faux amis*. Altrove, con uno diverso strumentario concettuale, si ipotizza una riscrittura dei rimedi in vista di un *formalismo attenuato*[113]. L'espressione ricorda, è da credere del tutto inconsapevolmente, la distinzione binaria tra un formalismo *assoluto*, spoglio di ogni sostanza, ed un formalismo *relativo*, attento all'individualità delle situazioni contingenti[114]. Quelle stesse individualità che la Corte, significativamente, sembra adombrare quando rimette al giudice nazionale il potere/dovere di sentenziare sulla fattispecie concreta «tenendo debitamente conto di tutte le sue particolarità»[115].

Sono diversi i vocaboli ma, si faccia attenzione, non il modo di vedere e declinare il problema.

5. Forma informativa ed insurrogabilità comunicativa, nei contratti a distanza, della posta elettronica: il caso *BVV c. DIV* AG (causa C-298/07).

Terza (ed ultima) questione: che, più che altro, è un piccolo *divertissement*.

Il problema, come già anticipato nella premessa, consiste nell'accertare se, ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. c dir. 2000/31/CE –di cui l'art. d. lgs. 70/2003 rappresenta un mero calco- ottemperi all'obbligo di un contatto rapido nonché di una comunicazione diretta ed efficace, l'impresa assicurativa, operante esclusivamente tramite internet, che sia solita indicare nel proprio sito *web*, il solo indirizzo di posta elettronica, riservando il numero di telefono ai soli clienti che abbiano stipulato il contratto. Questione non poi così marginale, se è vero che il *Bundesgerichtshof*, sulla scorta di un dato normativo piuttosto univoco[116], ha avuto modo di lamentare una violazione dei diritti dei consumatori, in ragione del fatto che soltanto una comunicazione effettuata telefonicamente assicura un «dialogo effettivo»[117]. Come dire, volendo trarre da questa premessa i suoi conseguenti corollari,

a) che due, per *Bundesgerichtshof*, dovrebbero necessariamente essere le modalità di adempimento dell'obbligo informativo onde ovviare ai rischi tipici di una fisiologica asimmetria informativa; e

b) che risulterebbe inficiato da un'irregolarità informativa precontrattuale l'atto di consumo stipulato a seguito di un semplice scambio di dati condotto per il tramite di una maschera di interrogazione via posta elettronica.

La Corte di giustizia non si è mostrata però di questo avviso. La sentenza *BVV c. DIV AG*. –causa C. 298/07-, spogliata di molti dei suoi inutili verbalismi, suggella infatti la prassi denunciata: e, se è vero ch'essa, rispetto all'argomentare dell'Avvocato Generale[118], introduce dei distinguo, ha comunque senz'altro modo di privilegiare le ragioni –di utilità economica- tese a favorire, nella prospettiva generale del funzionamento del mercato interno, lo sviluppo del commercio elettronico. Donde l'infungibilità della posta elettronica come tecnica consustanziale agli *Informationspflichten* del commercio in rete nonostante –si badi- i mezzi di comunicazione verbale (*non written means*) de-

sanctions civilies dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, in *JCP*, 1995, *doctr*., p. 889.

[110] Si vedano le acute considerazioni di R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit. II, p. 391 ss., spec. p. 407. Un quadro del problema è pure in S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit. p. Da notare che l'Avvocato Generale Léger, *Conclusioni*, pur riconoscendo l'obbligo per il mutuatario di versare gli interessi (§§ 71 e 72), escluse poi che la fattispecie si prestasse ad una esigibilità degli interessi di mora fino a quando la banca – mutuante non avesse adempiuto ai propri obblighi (§§ 75 e ss.).

[111] Per il citare il qualificativo che più ricorre nella dottrina d'Oltralpe. Le altre espressioni che si incontrano sono *portée démesurée* del formalismo e conseguenze *nefastes àla sécurité juridique*: il catalogo si può leggere in A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit. p. 613 s.

[112] Così X. LAGARDE, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, in *JCP*, 1999, I, p. 170 ss. , n. 15.

[113] E' l'avviso di J. FLOUR – J. L. AUBERT – E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique,* 10 ed., Paris, 2002, n. 303.

[114] Ove le «parole diventano davvero l'espressione logica di ragionevoli cose»: così D. BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici (l'efficacia del testamento olografo nonostante l'incompletezza della data),* in *Jus*, 1940, p. 451.

[115] Così CGE, 3 settembre 2009, cit. (§ 28).

[116] V. *supra* § 2, *in fine*. Una indicazione degli estremi, «*compreso* l'indirizzo di posta elettronica», è la formula che campeggia nell'art. 7, 1 co., lett. c del d. lgs. 70/2003.

[117] Così CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, § 10 (della motivazione). Negli stessi termini la ricorrente (la *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, cioè la federazione tedesca delle associazioni dei consumatori).

[118] V.D. RUIZ-JARABO COLOMER, *Conclusioni*, cit. (spec. §§ 45 - 46).

notino una più spiccata vocazione protettiva (del consumatore).

5.1. L'ottica economicista della CGE.

A voler sunteggiare il periodare della Corte si potrebbe dire che la predilezione per argomenti di tipo giuseconomico e pragmatico ha un valore assorbente. L'infungibilità della posta elettronica è documentata infatti

-dalla circostanza che la costituzione di un *call-center* importerebbe un ingente costo economico per le imprese, costringendole a mutare il loro modello organizzativo aziendale; e

-dal fatto, correlato alla pregressa circostanza, che tutto il segmento del commercio elettronico risentirebbe della grave disfunzione originata da una generale politica di rialzo (consistente) dei prezzi e/o dall'esclusione, dal mercato, delle società medio – piccole. Considerazioni cui seguono, subito a ruota, i riferimenti

-all'ovvia constatazione che, in un regime di libero mercato, il consumatore che negozia con un'impresa operante soltanto per via telematica, accetta tacitamente che il formarsi del contratto avvenga soltanto *online* e

-alla speculare notazione che, se si mostra preferenza per i mezzi di comunicazione tradizionale, allora è d'uopo che l'autodeterminazione selettiva del consumatore si orienti verso società il cui modello commerciale è incentrato su di una «relazione più personale»[119] col potenziale cliente. Per di più –ed è un rilievo che corrobora l'intero ragionamento- se la maschera di interrogazione per via telematica assicura un tempestivo adempimento dell'obbligo informativo –stimato nell'ordine, rispetto ai quesiti formulati, di 30 – 60 minuti- non c'è motivo di accampare un *default* cognitivo. Per dei consumatori che hanno «un accesso facile alla rete elettronica e sono familiarizzati con tale tipo di comunicazione»[120], questa prassi appresta d'altro canto un *surplus* di tutela: la forma scritta infatti, oltre al pregio di un'evidenza documentale contenutistica, meglio asseconda –è scontato- uno svolgersi consapevole e ponderata della singola volizione negoziale.

Tutto vero, ma col forte sospetto che alla Corte sfugga *come* e *quanto* si riverberi, in termini di imputazione del rischio contrattuale, questo modo specializzante, tutto ispirato a criteri di economicità, di atteggiarsi del formalismo informativo.

Come si provvederà subito ad evidenziare.

[119] V., in tal senso, D. RUIZ-JARABO COLOMER, *Conclusioni*, cit. § 46 .

[120] Cfr. CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, § 24 (della motivazione).

5.2. Formalismo informativo precontrattuale, regime del rischio e costo dell'informazione.

Ovviamente si potrebbe obbiettare, com'è d'altronde costume leggere[121], che la Corte stempera la valenza astrattamente assertiva delle proprie osservazioni con un distinguo: nel quale si perita di mettere in rilievo che, in talune fattispecie, il prestatore di servizi è tenuto a garantire l'accesso a modalità comunicative non elettroniche. Se non fosse che il distinguo formulato non riesce ad intorbidire né a snaturare il ragionamento d'insieme.

Allorché infatti si esclude l'insurrogabilità della posta elettronica, a motivo di un'impossibilità temporanea del potenziale cliente di servirsi, dopo il primo contatto, di una rete telematica, lo si fa ponendo l'accento su due dati consecutivamente apparentabili. In special modo

-sul rilievo che le fattispecie ove l'infungibilità non opera sono da considerarsi come *rariores*, se non financo «eccezionali» (l'allusione esemplificativa è a situazioni contingenti di viaggio, di congedo o di missione lavorativa)[122]; e, particolare decisivo,

-sul presupposto che la vicenda impeditiva, essendo ostativa alla stipula, avrebbe l'effetto di espungere, dal singolo mercato di riferimento, un numero non indifferente di consumatori. E siccome questa disfunzione (selettiva) *in peius* si verrebbe a ripercuotere sull'efficienza del commercio in rete, occorre supplire all'inverarsi della (prevista) disutilità col rimedio di tipi comunicativi complementari.

Quindi, non v'è chi non lo veda, una motivazione tutta incentrata sulla logica del mercato, sia di settore che generale. Se si vuole un tipico esempio di argomentazione orientata alle conseguenze (*Folgenorientierte Argumentation*)[123]: ove la conseguenza economica da evitare, se l'infungibilità della posta elettronica non conoscesse eccezioni, è proprio quella opposta dall'impresa resistente («indebolire e distaccare il settore di cui trattasi dal resto del mercato e [porre così un freno] al funzionamento del mercato interno»)[124].

[121] Seppure non nella dottrina italiana. In quella francese sono interessanti le considerazioni di C. MANARA, *´Veuillez patienter, votre commerçant est déjà en ligne…`*, in *D.*, 2008, p. 2716 s.

[122] Cfr. CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, cit. § 24 (della motivazione).

[123] V., per tutti, L. MENGONI, *L'argomentazione orientata delle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 91 ss.

[124] Oltre al fatto, com'anche si chiosa, «di privare la direttiva di parte del suo effetto utile» : cfr. CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, cit. § 21. Il referente culturale di siffatta impostazione è da rinvenire nel raffinato convincimento che la «*rete telematica* [rappresenti] il simbolo estremo dell'alleanza tecno-

Quid iuris allora ? Perché, si prenda nota, non c'è dubbio che la sentenza si presta a più di un'osservazione critica.

La prima, che poi è pure la più evidente.

E' vero che il *comunicare direttamente ed efficacemente*, secondo la lettera dell'art. 5, non è di esclusiva pertinenza del contatto telefonico. Il dettato comunitario, per il tramite di questa formula intende infatti soltanto alludere alla circostanza che il contatto tra cliente e dipendente dell'impresa avvenga senza intermediari. Che poi sia *scritto* o *verbale*. Sennonché, se l'infungibilità della posta elettronica conosce il limite delle *sole* fattispecie eccezionali, questo allora sta a significare che il *cyberconsumatore*, per la sua abituale familiarità col mezzo telematico, risponde del rischio di errori che possono indurlo alla stipula di un contratto svantaggioso. Gli è infatti, a svolgere in modo congruente il ragionamento della Corte, che se il difetto informativo opposto dal consumatore origina non da un'impossibilità temporanea (di accesso alla rete) ma da una sua imperizia tecnica, vale in pieno la regola dell'*imputet sibi*. Con tutto quello che ne discende, è evidente, in termini di un *congruo* riparto del rischio contrattuale e di un'*equilibrata* traslazione dei costi dell'intera operazione economica.

Seconda notazione, che è da mettere in relazione con quanto altrove l'articolato del diritto comunitario talora prescrive.

Ove si materializzi, come si è detto, una situazione –contingente- di impossibilità di accesso alla rete elettronica, il professionista –*su richiesta*, si badi, del consumatore- è obbligato a fornire informazioni mediante modalità comunicative tradizionali: in vista, sono parole della Corte, di «mantenere una comunicazione efficace»[125]. Il problema sta tutto nel comprendere, però, su chi gravi il costo di questo obbligo supplementare. Perché, si prenda nota, se è vero che la direttiva sui servizi di pagamento () esclude che il costo della trasparenza informativa sia sopportato dal consumatore (art. 32, § 1), non lo fa rispetto all'utente di servizi di pagamento che sia un'impresa. E –va aggiunto- in ogni caso vi si trova scritto, pure con riguardo al consumatore, che le spese possono venire *concordate* ove si tratti

a) di informazioni supplementari o più frequenti ovvero

b) di informazioni trasmesse con strumenti diversi da quelli specificati nel contratto quadro.

E ci vuol poco ad avvedersi che esiste una profonda affinità tra le informazioni da affidare ad una via di comunicazione non elettronica e quelle menzionate nella lettera b): che, significativamente, sono fornite «su richiesta» dell'utente (art. 32, § 2).

La chiosa formulabile, allora, è agevole: ma non è che il *dictum* della Corte di giustizia trascura che un formalismo informativo davvero di protezione non può ritorcersi contro gli interessi pecuniari dei consumatori ?

5.3. Posta elettronica ed accessibilità dell'informazione.

La terza, che vale però a mo' di chiusa di tutto il discorso.

La Corte, facendo mostra di voler considerare che ogni formalismo informativo ha un costo, rileva come il pensare che un impresa sia tenuta ad indicare il proprio numero di telefono sul suo sito internet, avrebbe l'effetto di disincentivare il commercio in rete. Stante infatti la circostanza che il numero di telefono risulterebbe di massima a pagamento, si «scoraggerebbe il consumatore dal prendere contatto con il prestatore di servizi»[126]. Il che può essere vero: ma è un'osservazione che ha il difetto di provare troppo in quanto accantona in modo decisamente sbrigativo l'opposto rilievo sul prestarsi della posta elettronica a costituire una «*échappatoire facile*»[127]. Se si muove infatti dalla circostanza ch'essa sia insurrogabile, come *vincolante* si mostrerà la sola informazione precontrattuale veicolata per suo tramite[128]. Il che mal si rivela pertinente ed assai poco si rapporta col principio di adeguatezza e ragionevole accessibilità –artt. 52, 53 e 59 c. cons.- delle tecniche espressive usate[129]. E' evidente infatti che, ad un maggior numero di canali comunicativi disponibili, corrisponde una minor percentuale di incorrere in errori di valutazione sulla portata del futuro impegno negoziale[130]. E tutto questo a voler tacere del pregiudizio comunque arrecato ai consu-

economica: spazio artificiale senza confini, non luogo, dove la volontà di profitto, *sradicata* e *de – territorializzata*, si esprime oltre gli Stati e oltre il diritto degli Stati» : così N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, 27.

[125] Cfr. CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, cit. § 39.

[126] Cfr. CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, cit. § 11 (della motivazione).

[127] Così, seppure ad altro fine, A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit. p. 620.

[128] Sorprende, allora, che si parli di un'idea «generica di tutela dei consumatori» e, in ragione del fatto che non «esiste ancora un vincolo contrattuale», manca la possibilità di cagionare «un danno grave agli interessi del consumatore»: così D. RUIZ-JARABO COLOMER *Conclusioni*, cit. § 45. Si dimentica, a ragionare secondo questa logica, che il rischio per il consumatore di scelte inavvedute si materializza proprio nella fase, come altrove la si denomina, di *Vertragsanbahnung* (alla lettera di *avviamento al contratto*).

[129] E' un argomento che ricorre pure nel motivare dell' dall'Oberster Gerichtshof, 29 aprile 2003, cit. *in fine*.

[130] Si veda C. MANARA, *Veuillez patienter, votre commerçant est déjà en ligne…*`, cit. p. 2717.

matori «*plus défavorisés*»[131]: perché non adusi all'impiego di tecnologie informatiche.

6. Epilogo

Non *uno* quindi, come si è potuto constatare, ma *tanti* formalismi informativi. Di riflesso *tanti* luoghi ove la disciplina giuridica, lungi dal farsi uniforme, prende diversi contenuti regolativi. Sono dei formalismi procedurali ove, per poco che si rifletta, una molteplicità di contenuti informativi standard sono elevati a criterio di *misura* del singolo rapporto contrattuale. Nella convinzione che in questa *commisurazione*, evocante uno schema tipizzato di corretto *agere* negoziale, risieda la funzione *proconcorrenziale* di ciascun formalismo protettivo. Siccome un abuso (standardizzato) della libertà contrattuale è prodromico alla distorsione del regime di concorrenza tra le diverse imprese agenti sul mercato rilevante[132], quanto questi formalismi si peritano di fare –questo il luogo comune dell'argomentazione giurisprudenziale oltre che un'acquisizione dottrinale finora incontrastata- è di compensare la «parità violata»[133]. Quindi dei formalismi messi a razionale servizio di uno scopo di interesse generale. Ma, si badi, con un vizio latente che immancabilmente li affligge: quello, documentato in queste pagine, di un uso incontrollato –leggi un'interpretazione amplificante o immotivatamente letterale- che li fa scadere nel paradosso (alternativo) di un eccesso o di un *deficit* di protezione. Di qui allora il richiamo ad un principio di proporzionalità qualitativa nel bilanciamento dei vari rimedi[134], sì da iscrivere in una dimensione di *ragionevolezza* lo standard di tutela del consumatore. Per evitare, come ammoniva tempo addietro chi di forma e formalismi era un fine conoscitore[135], che il contrasto di idee si radicalizzi fra «logicisti senza sostanza e sostanzialisti con poca logica».

---

[131] L'espressione è di J. CALAIS – AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, cit. p. 244.

[132] V., in tal senso G. IUDICA, *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica e G. Alpa, Napoli, 2006, p. 166 s. e, a seguire, C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 843 e p. 866.

[133] Il dato è ben messo in evidenza da A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Bari, 2008, p. 24.

[134] V., in tal senso, per tutti, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 455 s.

[135] Ovvero D. BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici*, cit. p. 451.

BUONA FEDE, PENDENZA DELLA CONDIZIONE E RIMEDI CONTRO L'INADEMPIMENTO

Di Vincenzo Putortì

SOMMARIO: 1. Ambito dell'indagine e termini del problema – 2. Violazione del dovere posto dall' art. 1358 c.c. e inadempimento - 3. Pendenza della condizione e rimedio risolutorio – 4. Segue. Il rimedio risarcitorio ed i criteri di quantificazione del danno.

1. Ambito dell'indagine e termini del problema

L'individuazione dei rimedi azionabili in presenza di un contratto caratterizzato dall'apposizione di una condizione sospensiva in cui il comportamento tenuto dal contraente, *medio tempore*, sia contrario agli obblighi di buona fede e pregiudichi l'attuabilità del rapporto obbligatorio, risulta particolarmente controversa. Questo perché, nonostante alcune recenti aperture giurisprudenziali[1], ancora oggi si discute se possa qualificarsi come inadempimento attuale e certo, idoneo a giustificare l'immediato ricorso ai rimedi reattivi tipici contro di esso, la condotta della parte che abbia inciso negativamente sull'avveramento di una *condicio iuris*, così come afferma la Suprema Corte, ovvero abbia dichiarato di non voler adempiere o non si sia attivata per consentire il verificarsi di una *condicio facti*, oppure abbia distrutto, danneggiato o alterato la *res* negoziata.

Il problema – è evidente- è ampio e articolato. In questa sede, tuttavia, sarà affrontato avendo riguardo ai soli contratti la cui efficacia tipica, nel suo complesso, sia subordinata al verificarsi di una condizione; mentre non ci si soffermerà sui contratti risolutivamente condizionati[2] e sulle ipotesi nelle

[1] In realtà, come si dirà nel testo, la giurisprudenza è oggi tesa ad ammettere il ricorso alla tutela risarcitoria e risolutoria *pendente condicione* nelle sole ipotesi nelle quali si sia in presenza di una *condicio iuris* il cui mancato avveramento, imputabile ad uno dei contraenti, non legittimi l'operatività della *fictio* prevista dall'art. 1359 c.c. In questo senso, vedi Cass. 11 febbraio 2005 n°2855, in *Juris data on line;* Cass. 30 luglio 2004 n°14605 ivi; Cass. 4 marzo 2003 n°3185 ivi; Cass. 23 maggio 2002 n°7543, ivi; Cass. 1 agosto 2002 n°11437, in *I Contratti*, 2003, p. 342; Cass. 15 marzo 1999 n°2284, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1165.

[2] In tali fattispecie, tuttavia, si tratta di stabilire non tanto se durante la fase di pendenza sia ravvisabile una immediata re-

quali l'evento futuro e incerto a cui è sottoposto il prodursi dell'effetto reale è volto a colmare un'intrinseca carenza funzionale del regolamento negoziale (contratti c.d. ad efficacia parzialmente sospesa)[3]. In questi ultimi casi, considerata l'immediata nascita di talune obbligazioni fondamentali, la fase di pendenza assume infatti una specifica connotazione, che richiede una più vasta indagine, visto l'inevitabile riflettersi della stessa sulla intrinseca configurazione del rapporto obbligatorio.

Diversamente, è in presenza di un apposito accordo tra le parti teso a differire la nascita di tutte le obbligazioni fondamentali al verificarsi della condizione che si pone il problema di identificare quali siano le conseguenze che derivano dalla violazione degli obblighi di cui all'art. 1358 c.c. Muovendosi in quest'ambito si tenderà, peraltro, non già ad esaminare gli strumenti cautelari e conservativi esperibili ai sensi dell'art. 1356 c.c., ovvero le questioni connesse all'operatività e alla natura della *fictio* di avveramento di cui all'art. 1359 c.c., bensì a stabilire se, *pendente condicione*, possano trovare ingresso i comuni rimedi contro l'inadempimento. E dunque se il contraente fedele, oltre ai rimedi espressamente previsti, possa far ricorso alla tutela risolutoria e risarcitoria.

E' questo, in realtà, un aspetto particolarmente delicato e complesso, poiché l'interesse di colui che, leso nelle sue aspettative contrattuali, tende ad affrancarsi immediatamente dal vincolo obbligatorio e a essere risarcito dei pregiudizi subiti, è spesso considerato soccombente rispetto all'esigenza della controparte tesa a mantenere in vita il rapporto. Ciò in virtù di una concezione dell'obbligazione che individua nell'avverarsi della condizione l'elemento principe per la nascita di una responsabilità in capo ai contraenti, visto lo stretto legame che si ritiene sussistere tra la nozione di inadempimento e quella di esigibilità della prestazione[4]. Legame che trova la sua genesi nella tradizionale costruzione del rapporto obbligatorio, che assegna alle situazioni giuridiche soggettive di cui sono titolari le parti durante la fase di pendenza una natura meramente accessoria e strumentale, considerandole prive di autonomia e, come tali, estranee alle logiche che governano le tutele a carattere finale[5].

In particolare, facendo leva sul carattere di incertezza che connota l'evento condizionante e sull'efficacia retroattiva che contraddistingue la clausola in cui esso è contemplato, si è affermato che, *pendente condicione*, mai possa trovare ingresso la tutela risarcitoria, visto che il mancato avveramento dell'evento condizionante, operando con efficacia *ex tunc*, priverebbe di rilevanza gli eventuali comportamenti antigiuridici posti in essere dal proprietario interinale del bene.

Così, pure, si è evidenziato che l'eventuale immediata risoluzione del contratto, incidendo sul rapporto conseguenziale tipico che tra le parti si instaura solo dopo il verificarsi della condizione, si tradurrebbe in un eccesso di tutela per il contraente fedele, in quanto determinerebbe lo scioglimento di un rapporto che, essendo attualmente incerto, «non esiste ancora e non si sa se esisterà» [6].

Conseguentemente, secondo tale consolidato indirizzo, a fronte della violazione degli obblighi previsti dall'art. 1358 c.c., il contraente che attende l'acquisto del diritto (finale) potrebbe agire esclusivamente in via cautelare o conservativa. Mentre a giudizio di altri potrebbe ottenere, tutt'al più, una sentenza di risoluzione per il futuro[7], oppure, se la

sponsabilità per il debitore, quanto, piuttosto, se, ed entro quali limiti, rilevi la mancata o inesatta esecuzione delle obbligazioni contrattuali fondamentali, visto l'efficacia retroattiva della condizione (cfr. Cass. 4 agosto 1990 n° 7875, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 728).

[3] Il riferimento è essenzialmente alla vendita di cosa altrui e alla vendita di cosa futura, contratti nei quali, *medio tempore*, si producono determinate obbligazioni negoziali, come quella di far acquistare il diritto al compratore nel caso in cui l'acquirente non ignori l'altruità del bene e quella di cui all'art. 1476 n°2 c.c. (cfr. P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, p. 181 ss.; id. *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, Napoli, 1966, p. 101 ss.). In realtà, proprio in relazione alla vendita di cosa futura si è osservato come la «prestazione del debitore consista non solo nell'attività diretta a consegnare la cosa, ma anche nel predisporre e tenere in efficienza l'organizzazione necessaria per l'adempimento», in tal modo sottolineando l'importanza e l'autonoma rilevanza dell'obbligazione di fare che precede quella di dare (M. GIORGIANNI, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1964, p. 1)

[4] Cass. 4 agosto 1990 n°7875, cit.

[5] D.RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 107 ss.; A FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 203; id. *Sistema normativo e analitica della norma*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, p. 8 ss.; E. BETTI, T*eoria generale delle obbligazioni* I, Milano, 1953, p. 97 ss.

[6] Il che si spiega proprio perché gli obblighi che incombono sulle parti nella fase preliminare vengono considerati esclusivamente in funzione della realizzazione dell'interesse sotteso alla situazione giuridica finale. Cfr. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 227, che rileva come il titolare dell'aspettativa, seppur *a posteriori*, sia comunque tutelato in via risarcitoria per i danni da ritardo o da inesatta esecuzione della prestazione finale; 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.

[7] La sentenza di risoluzione, infatti, non avrebbe effetto immediato, ma sarebbe subordinata alla medesima condizione apposta al negozio Questo perché è solo nel momento in cui l'evento condizionante si verifica che potrà accertarsi se il debitore sia inadempiente, visto che, nel caso di mancato avveramento, il principio di retroattività priverebbe di conseguenze il comportamento antigiuridico del contraente (D. RUBINO, *Risoluzione*

res negoziata rischia di deteriorarsi per difetto di manutenzione, l'esecuzione delle opere necessarie a spese dell'obbligato (art. 2931 c.c.) [8] o, sempre a spese di quest'ultimo, la demolizione delle opere costruite in violazione degli accordi intercorsi (art. 2933 c.c.), salvo esser tenuto poi, in caso di deficienza della condizione, a dover rimborsare la controparte dei costi sopportati[9].

Queste ultime soluzioni, nella misura in cui tendono a ricondurre i rimedi coattivi tra le misure conservative, sono apparse, però, non solo in contrasto con la comune nozione di conservazione[10], ma basate, altresì, su una concezione che muove da una considerazione della prestazione da ritenersi ormai supertata[11]. Infatti – si vedrà - il concetto di inadempimento oggi non è più intrinsecamente collegato all'esigibilità della prestazione, essendosi dimostrato come detto carattere, se assunto in senso negativo (inesigibilità), si risolva nella presenza di una situazione contingente che impedisce al creditore l'esercizio della sua pretesa[12]. In un fattore, cioè, che influisce su determinati profili di disciplina dell'obbligazione, senza incidere né sulla sua genesi, né sui rimedi esperibili in presenza della lesione degli interessi sostanziali che essa, nella sua funzione ordinamentale, è chiamata a realizzare[13].

Del resto, proprio ponendosi in un'ottica che guarda alla dimensione dinamico-funzionale dell'obbligazione, idonea a cogliere il nesso teleologico-finalistico che lega la c.d. fase preliminare a quella definitiva, nelle pagine seguenti si esamineranno le descritte situazioni di pendenza condizionale. Tale visione, infatti, ben si coniuga con una prospettiva di tipo rimediale; ossia con un approccio metodologico che, muovendo dalla riconosciuta rilevanza giuridica dell'interesse leso, indipendentemente dalla sua qualificazione formale in termini di diritto soggettivo pieno e attuale, permetta una certa flessibilità nell'applicazione normativa, garantendo soluzioni duttili e articolate in grado di assicurare, anche *pendente condicione*, un'effettiva e adeguata tutela.

2. *Violazione del dovere posto dall' art. 1358 c.c. e inadempimento*

Seguendo la prospettiva sopra indicata, è dato innanzitutto porre in rilievo come il comportamento che il contraente è tenuto ad osservare durante la fase di pendenza della condizione, in quanto preordinato a salvaguardare il risultato che il rapporto tende ad attuare, si configuri come atto dovuto. Sebbene oggetto del dovere posto dall'art. 1358 c.c. sia una condotta il cui contenuto si precisa *a posteriori*, in base alle specifiche circostanze (anche sopravvenute) esistenti nella fase esecutiva, deve riconoscersi che è proprio la mancata o inesatta osservanza di siffatto obbligo che, ove pregiudichi la realizzazione del complessivo assetto di interessi sotteso all'affare negoziale, contribuisce all'individuazione di una fattispecie di inadempimento attuale ed immediatamente rilevante.

Oggi, infatti, la nozione di prestazione non si identifica più con l'atto solutorio finale, ma comprende l'intera fascia di comportamenti che i contraenti, durante l'*iter* attuativo del rapporto, sono tenuti ad osservare per poter far sì che

giudiziale in pendenza del termine contrattuale, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1949, I, p. 62; e ora in *Scritti Giuridici*, Milano, 1970, p. 241 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, p. 102 ss.; S. MAIORCA, voce *Condizione in Dig. IV. Discipl. priv.*, Torino, 1988, p. 314; C. PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1986, p. 308).

[8] U. NATOLI *Della condizione nel contratto*, in *Comm. al cod. civ.*, D'Amelio-Finzi, I, *Libro delle obbligazioni*, Firenze, 1948, p. 459 ss.

[9] A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 380, nt 12.

[10] G. GABRIELLI, op.cit., p. 220, che osserva come l'esecuzione in forma specifica fuoriesca dall'ambito sistemico delle tutele a carattere conservativo e cautelare. Queste ultime, infatti, mirano a prevenire le attività pregiudizievoli per l'altro contraente, precludendo all'obbligato soltanto l'eventuale acquisizione di utilità future; mentre i rimedi previsti dagli artt. 2930 e ss. c.c. reprimono immediatamente gli atti compiuti in violazione degli obblighi preliminari, imponendo alla parte un esborso per l'eliminazione delle opere, e quindi una sanzione molto più onerosa rispetto alla stessa risoluzione del contratto.

[11] In particolare, sulla scia della tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, si ritiene che per il creditore rileverebbe solo il risultato finale e non anche le modalità con le quali la prestazione si svolge. Per tutti vedi G. MARTON, *Obligations de résultat et obligations de moyens*, in *Rev.trim. dr.civil*, 1935, p. 512 ss.

[12] P. PERLINGIERI, *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità* cit., p. 506, che ha osservato come "inesigibilità" e "tempo dell'adempimento" siano concetti solo in parte coincidenti, dal momento che non sempre la mancata possibilità di esercitare il diritto significa che lo stesso sia inesistente, dovendosi a tal fine aver riguardo alle diverse ipotesi che danno luogo alla inesigibilità; ossia se si tratti di obbligazioni future, c.d. imperfette, condizionali o a termine.

[13] L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale* (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1089, il quale rileva come l'inesigibilità si riferisca ad una prestazione oggetto di un'obbligazione che non può essere adempiuta nel momento considerato, e dunque si distingua nettamente dal giudizio «di ineseguibilità o irrangiungibilità della prestazione». Infatti «quando sopraggiunga un impedimento che determina l'insufficienza del comportamento strumentale promesso dal debitore, il risultato atteso dal creditore diventa irraggiungibile (temporaneamente o definitivamente) con i mezzi dedotti in obbligazione, mentre si qualifica non dovuto in rapporto ai mezzi con cui potrebbe essere attuato, ma al cui impiego il debitore, secondo la legge del contratto, non è obbligato».

l'obbligazione realizzi lo scopo cui è destinata: l'esatta e puntuale attuazione del complessivo assetto di interessi sotteso all'affare negoziale[14]. Cosicché l'inadempimento si pone in relazione logica e temporale non solo con quel momento dell'obbligazione che si colloca al di là dell'avverarsi della condizione, e dunque con la mancata consegna del bene o del risultato pattuito, ma anche con ciò che precede l'esigibilità della prestazione. E precisamente con l'attività preliminare che, se svolta in maniera obiettivamente inadeguata a realizzare l'interesse del creditore nei tempi e nei modi dovuti, può essere fonte immediata di responsabilità[15]. Il predetto evento, pertanto, oltre all'omessa, inesatta o tardiva esecuzione della prestazione tipica *lato sensu* intesa[16], attualmente abbraccia anche la violazione dei c.d. doveri accessori, volti a salvaguardare l'attuabilità del rapporto là dove sussista una causa di inesigibilità dovuta all'apposizione di una condizione sospensiva[17].

In realtà, i predetti doveri non sono più considerati privi di autonomia e, come tali, ritenuti rilevanti dopo l'avverarsi della condizione ai soli fini dell'imputabilità dell'inadempimento[18]. Tale conclusione, maturata in passato con riguardo ai c.d. doveri di protezione[19], sembra oggi essere recessiva sia nel nostro ordinamento, dove si è propensi ad ammettere l'autonoma valenza normativa dei predetti obblighi, sia nel sistema tedesco che con la novella del 2002 ne ha formalmente sancito la specifica rilevanza, ricollegando alla loro violazione la nascita di una fattispecie di inadempimento idonea a legittimare l'immediato ingresso dell'azione di danni e di recesso[20].

Analogamente a quanto previsto nel "Codice europeo dei contratti", che dalla violazione dei doveri di protezione fa derivare l'inadempimento della prestazione dovuta[21], si è riconosciuto, anche in ambito nazionale, che gli obblighi previsti dall'art. 1358 c.c. rivestano una peculiare valenza concettuale e giuridica[22]. Essi, in particolare, sul piano fisiologi-

[14] A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca (*artt. 1173-1176)*, Bologna-Roma, 1988, p. 116 .

[15] F. Addis, *Le eccezioni dilatorie*, in *Tratt. del contratto* (a cura di Roppo), vol., V, R*imedi*, 2, Milano, 2006, p.431 ss.

[16] R. Nicolò, voce *Adempimento*, in Enc. dir., I, Milano, 1958, p. 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»

[17] In questo senso, vedi M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 250 ss.; F. Benatti, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 164; C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. al cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1980, p. 25 ss., che hanno posto in risalto come l'attività preparatoria costituisca oggetto dell'obbligazione e sia assoggettata alle conseguenze previste per l'inadempimento.

[18] D. Barbero, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, p. 35; P. Rescigno, voce *Condizione* (*dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 763.

[19] La dottrina tedesca ha differenziato tali obblighi da quelli di prestazione, dimostrando come essi si collochino in un unico rapporto finalizzato alla "protezione" dei beni o della persona, non già in virtù del *neminem laedere*, ma del "contatto negoziale" che si articola in varie fasi (trattative, conclusione del contratto, adempimento) e che, indipendentemente dalla volontà delle parti, obbliga le stesse a salvaguardare l'integrità personale o la sfera patrimoniale del *partner* contrattuale (U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 60 ss).

[20] La novella del 2002 ha apportato una triplice innovazione al sistema del B.G.B (Aa Vv. *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti*? a cura di Cian, Padova, 2004). Innanzitutto, ha attribuito una specifica valenza concettuale agli obblighi di protezione, aggiungendo al par. 241 del BGB un secondo comma che stabilisce: «il rapporto obbligatorio, a seconda del suo contenuto, può obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte». In secondo luogo, ha limitato la portata applicativa del principio della responsabilità per colpa alle sole ipotesi in cui il creditore agisca per il risarcimento del danno (S.Grundman, *Risarcimento del danno contrattuale. Sistema e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa*, in *Dir. giur.*, 2005, p. 174 ss.; F. Addis, *Risarcimento del danno contrattuale. Riflessioni su "Sistema e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa" secondo* Stefan Grundman, in *Dir. giur.* 2007, p. 18 ss.). Infine, ha stabilito che, in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive, a fronte della violazione dell'obbligo (anche accessorio), il contraente fedele possa unilateralmente ed immediatamente recedere dal contratto, purché detto inadempimento non sia irrilevante e abbia determinato la perdita dell'interesse all'esecuzione del contratto. Conseguentemente, lo scioglimento del vincolo non è più una tecnica di tutela alternativa al risarcimento del danno (D. Memmo, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto Impr*. 2004, p. 817), ma costituisce, piuttosto, un rimedio che può cumularsi con quest'ultimo, dal momento che prescinde dall'esistenza dei fattori soggettivi connessi alla condotta dell'inadempiente (A. Di Majo, R*ecesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole,* in *Eur. dir. priv*., 2004, p. 29; G. Cian, *Significati e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 14).

[21] L'art. 99 del Codice Europeo dei Contratti - che verrà in seguito citato con l'acronimo CED - rubricato "I*nadempimento dei doveri di protezione*" dispone «Il debitore, nell'eseguire la prestazione dovuta deve adottare tutte le misure necessarie per non recare danno alla persona del creditore, ai suoi ausiliari e alle sue cose; e, in caso di violazione di questo dovere, si ritiene che la prestazione da lui dovuta sia inadempiuta se il danno si è verificato durante o a causa dell'esecuzione stessa, costituendone una conseguenza immediata e diretta. Diversamente il debitore è tenuto sul piano della responsabilità aquiliana» (C. W. Canaris, *L'inadempimento nel "codice europeo dei contratti*", in *Riv. dir. civ*., 2008, p. 635).

[22] Emblematici sono gli esempi relativi ai doveri di informazione, di segretezza, di conservazione del bene negoziato, sui quali vedi Cass. 2 giugno 1992 n° 6676, in *Riv. not.*, con nota di I. Maestroni, *Brevi note in tema di deducibilità in condizione del provvedimento amministrativo e di mancato avveramento della condizione per causa non imputabile ad una delle parti*; Cass. 10 aprile 1986, n°2500, in *Riv. dir. comm*., 1990, II,

co, rendono giuridicamente dovuti tutti i comportamenti diretti a salvaguardare la realizzazione del risultato cui l'obbligazione è destinata; mentre sotto l'aspetto patologico attribuiscono immediata rilevanza alla lesione degli interessi dei contraenti che, essendo già valutati positivamente dal legislatore, meritano una tutela adeguata ed efficiente.

Recependo le indicazioni provenienti dalla dottrina, la giurisprudenza - soprattutto dopo la nota sentenza sul caso "Fiuggi"[23] - ha così accolto l'idea che la buona fede, concretizzandosi in una serie di obblighi che impongono ai contraenti una serie di comportamenti omissivi e commissivi, ispirati a lealtà e correttezza, ulteriori e differenti rispetto a quelli previsti dalle specifiche prescrizioni contrattuali o legali[24], sia idonea a generare una fattispecie di inadempimento rilevante *sub specie damni* e *resolutionis*[25]. Anche se tale impostazione, considerando la regola di buona fede quale «principio immanente dell'intero sistema giuridico», che trova fondamento nel dovere di solidarietà fissato nell'art. 2 della Costituzione[26], da un lato, ha posto l'esigenza di individuare le attuali frontiere di siffatta regola[27], in modo da evitare che attraverso un utilizzo incontrollato della stessa si pervenga a sovvertire l'assetto di interessi predisposto dalle parti[28]; dall'altro, ha condizionato fortemente il contenuto e la funzione dell'obbligazione, incidendo sulla stessa nozione di inadempimento. Nozione che comprende oggi – si è detto - anche la violazione dei obblighi di buona fede ex art. 1358 c.c., i quali sono diretti a garantire un continuo collegamento tra il contenuto del rapporto e le peculiari e mutevoli circostanze che ne condizionano la pratica attuazione.

E' evidente, nondimeno, che tale mutamento di prospettiva si ricollega ad una concezione dell'obbligazione non più strutturalistica e formale, ma di tipo dinamico, teleologico ed assiologico. Ad una visione, cioè, che si è rivelata sensibile a recepire le "aperture funzionali" espresse dalle nuove istanze di giustizia sociale e dall'affermarsi dei valori solidaristici[29] che hanno ispirato le profonde trasformazioni sociali del secolo scorso, mutando il quadro socio-economico e normativo-sistematico di riferimento di tutte le strutture giuridiche[30]. Istanze e valori che hanno contribuito ad individuare il nucleo essenziale del rapporto obbligatorio nella dinamica del suo evolversi verso la realizzazione del complessivo assetto di interessi ad esso sotteso, il quale rappresenta il parametro di riferimento costante dell'attività delle parti nella valutazione dell'esattezza della prestazione[31]. Ciò in armonia con una logica che è pienamente aderente alle disposizioni normative di diritto convenzionale uniforme e di *soft law*, che assumono come criterio

p.155, con nota di G. CONTE, *Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatoria e di risoluzione anticipata del contratto;* App. Torino 14 febbraio 2001, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 205.

[23] Cass. 20 aprile 1994 n° 3775, in *juris data on line*; in dottrina, vedi AA. VV., *Le obbligazioni* (a cura di Franzoni), Torino, 2004, I, p. 124 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Comm al cod. civ.*, Schlesinger, Torino, 1999, p. 167 ss.; C.M. BIANCA, op. cit., p. 500 ss.

[24] G. VETTORI, *Carta dei diritti e codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 673 ss., ed ora in *Diritto dei contratti e"Costituzione" europea*, Milano, 2005, p. 138 osserva come il richiamo alla buona fede abbia una funzione di «riequilibrio e di autointegrazione» del regolamento contrattuale sulla base del complessivo assetto di interessi e di tutte le concrete circostanze che caratterizzano la singola fattispecie, e dunque secondo una razionalità che non si è potuta realizzare nel momento formativo (p. 679).

[25] *Ex multis*, vedi Cass. 11 febbraio 2005, n°2855, cit.*;* Cass. 30 luglio 2004, n°14605 cit.; Cass. 4 marzo 2003 n°3185 cit.; Cass. 1 agosto 2002 n°11437, in *I Contratti*, 2003, p. 342; Cass. 23 maggio 2002 n°7543 cit.; Cass. 15 marzo 1999, n°2284, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1165; Cass. 10 aprile 1986 n°2500 cit.; in dottrina ammettono che, *pendente condicione*, il titolare della posizione di aspettativa possa proporre l'azione di risoluzione ex art. 1453 c.c. A. BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, *vol. XL*, Milano, 1989, 1312 p. 1313 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. 1, Padova, 2004, p. 561; E. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2001, p 632; D. CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 87 ss.; M. FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova, 2006, p. 195 ss.

[26] Cass. sez. un. 19 dicembre 2007 n. 6725 e 6724, in *juris data on line* .

[27] E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.* 2005, p. 507 ss., che evidenzia l'importante ruolo che attualmente rivestito dalla buona fede oggettiva nell'esercizio dell'autonomia privata sia nei rapporti tra imprese che nei contratti del consumatore.

[28] F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 548, secondo il quale gli attuali indirizzi normativi tendono ad un «contemperamento tra salvaguardia della libertà contrattuale e soggezione al principio della buona fede», assegnando a quest'ultimo il compito di «filtrare il giudizio sull'equità delle clausole contrattuali» ed a porsi come «norma ponte per il raccordo con i principi fondamentali del nostro sistema».

[29] M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione* (*diritto privato*), in *Noviss. Dig.it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 613; L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione,* in *Jus*, 1952, p.178 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale* cit., p. 72 ss.

[30] M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 399 ss.; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.). Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 134 ss.

[31] 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, p. 103 ss.; *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p.83 ss., precisa che il rapporto obbligatorio, sul piano strutturale, si caratterizza per la relazione esistente tra la posizione creditoria e quella debitoria, ossia tra due centri di interessi giuridicamente rilevanti ed in collegamento o in conflitto tra loro; mentre, sotto il profilo funzionale, è «regolamento, disciplina normativa».

principe per l'individuazione della prestazione dovuta l'adeguatezza dei beni (*fitness*) agli scopi ordinari ai quali essi sono destinati, legittimando l'ingresso dei rimedi a carattere finale, anche *medio tempore*, là dove sussista la ragionevole certezza che in futuro vi sarà un inadempimento essenziale[32].

In realtà, è proprio tale impostazione, frutto di un diverso approccio metodologico, attento alla concreta dialettica degli interessi sostanziali in gioco, che si rivela particolarmente feconda di risultati[33]. Essa, per un verso, consente di attualizzare la valutazione sulla condotta tenuta dal contraente, *pendente condicione*, alla data in cui risulti verosimile o ragionevolmente (e non solo assolutamente) certa la mancata realizzabilità degli scopi cui l'obbligazione è diretta; per altro verso, contribuisce a rompere la tipicità delle forme di tutela correlate alla rigida e astratta qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive dei contraenti, ancorando i rimedi contro l'inadempimento ai concreti bisogni di tutela che emergono in seguito alla lesione di un interesse primario rilevante *sub specie iuris*.

Si prospettano, in tal modo, soluzioni duttili e articolate che possono anche privilegiare l'interesse del contraente fedele, deluso nelle sue aspettative contrattuali, ad affrancarsi tempestivamente dal vincolo negoziale e a essere risarcito dei danni subiti, rispetto a quello della controparte volto alla conservazione del rapporto[34]. Mentre se si ragionasse nella logica astrattizzante e tipizzante del diritto soggettivo e si avesse riguardo alla sola qualificazione formale della situazione in cui si trova colui che attende l'acquisto del diritto, difficilmente si potrebbe giustificare l'immediato ricorso ai rimedi sopra menzionati, visto che si tratterebbe di munire con una tutela definitiva una situazione formalmente in itinere qual è, appunto, l'aspettativa.

Seguendo l'approccio metodologico prescelto, è invece lo specifico problema sotteso alla tutela dell'interesse sostanziale a selezionare il tipo di rimedio idoneo ad eliminare gli effetti della lesione[35]. A far sì, cioè, che nelle ipotesi prese in considerazione l'interesse del contraente fedele all'esatta e puntuale attuazione del rapporto, indipendentemente dalla sua enunciazione formale, se vanificato o gravemente pregiudicato *pendente condicione*, possa essere protetto con i rimedi risolutori e risarcitori. Ciò sia perché la logica interna ai siffatti strumenti rimediali appare pienamente compatibile col concreto bisogno di tutela che l'interesse leso reclama, sia perché si tratta di una soluzione ispirata dalle più recenti interpretazioni del principio di effettività della tutela. Principio che risulta formalizzato oltre che nella Costituzione anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 ed incorporata oggi nel Trattato di Lisbona[36], che lo considera come criterio guida nella predisposizione di «adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato»[37].

---

[32] Gli art. 7.3.3. dei *Principles of European Contract Law* , 9.304 dei *Principles of international Commercial Contract* - che verranno citati, rispettivamente, con gli acronimi Principi UNIDROIT e PECL - riproducono, quasi testualmente, l'art. 72 I° comma della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili - ratificata dall'Italia con la legge 11 dicembre 1985 n°785, entrata in vigore l'1 gennaio 1988 e qui citata con l'acronimo CVIM - che stabilisce che «se prima della data di esecuzione del contratto è certo che vi sarà un inadempimento essenziale da parte del debitore, il creditore può risolvere il contratto». Tali norme, peraltro, se lette in combinato disposto, rispettivamente con gli art. 71 e 73 della CVIM, dell'art. 7.3.4 dei PRINCIPI UNIDROIT e degli artt. 9.305 e 8.105 dei PECL, dimostrano chiaramente come sia proprio il principio di ragionevolezza a svolgere il ruolo di canone valutativo in ordine alla decisione maturata dal contraente di risolvere anticipatamente il contratto. Infatti l'art. 91 CED stabilisce che «se prima della scadenza del termine appare ragionevole ritenere che il debitore non è […] o non si è messo nella condizione di adempiere un obbligo contrattuale» il creditore può invitarlo ad offrire un'idonea garanzia, «dichiarando che, in mancanza di ciò, l'inadempimento si riterrà definitivamente accertato». Sul concetto di inadempimento nei Principi UNIDROIT e nei PECL, vedi C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I, II, Milano, 2001; M.J. BONELL, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Vienna Sales Convention — Alternative or Complementary Instruments?* in *Unif. law Rew*, 1996, p. 29 ss.

[33] Si è osservato, infatti, come la tutela tenda oggi «a tracimare oltre il campo segnato dalla titolarità dei diritti, inoltrandosi nel deserto degli interessi», così come è dimostrato dalla possibilità di risarcire gli interessi legittimi (A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2005, p. 341 ss.; id *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di Mazzamuto), Torino, 2002, p. 199 p. 172).

[34] G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, p. 704 ss. che sottolinea come, in detti casi, occorra «procedere con cautela, graduando il rimedio a seconda della fattispecie […], tenendo presenti il contenuto del contratto, arricchito dai doveri di buona fede, e interpretarlo con i criteri fissati nel codice e in particolare in base all'art. 1366 c.c.»

[35] D. MESSINETTI, *Ritornare a Parmenide? E' consigliabile, piuttosto, ripartire dalle "Institutiones"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 431, che rileva come la «considerazione rimediale sia un modo di ragionare che tiene conto essenzialmente di questo rapporto tra gli effetti della lesione dell'interesse e gli strumenti utili capaci di ripristinarlo».

[36] La Carta di Nizza - inserita nel Trattato di Lisbona firmato dai ventisette Paesi dell'Unione europea il 13 dicembre 2007, che è stato poi respinto in sede di referendum dall'Irlanda - recepisce, in larga parte, le acquisizioni fatte dalla Corte di Giustizia che «passo dopo passo nel solco di un'esperienza viva», facendo costante riferimento alla tradizioni costituzionali comuni è giunta alla «identificazione giudiziaria dei diritti» (P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, p. 143).

[37] G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 60.

3. Pendenza della condizione e rimedio risolutorio

L'aver posto in risalto come la violazione degli obblighi derivanti dalla regola prevista dall'art. 1358 c.c. integri una fattispecie di inadempimento attuale ed immediatamente rilevante, non implica che, in detti casi, possano trovare ingresso tutti gli strumenti reattivi contro siffatto evento. La tutela di un interesse, infatti, può operare più direzioni, delineando una pluralità di strumenti rimediali di diversa natura e finalità, che tengono conto della fase in cui interviene la lesione, dell'entità della stessa, della compatibilità esistente tra la *ratio* della norma da applicare ed il concreto bisogno di tutela da soddisfare e del nesso di adeguatezza e di proporzionalità che deve pur sempre sussistere tra il rimedio invocato e l'effettiva alterazione arrecata all'ordine contrattuale.

Così, proprio in relazione all'ingresso del rimedio risolutorio, si dovrà innanzitutto avere riguardo all'incidenza che la violazione degli obblighi di buona fede esercita sull'eseguibilità del rapporto, poiché è solo là dove appaia ragionevolmente certo che, una volta venuta meno la causa di inesigibilità, la prestazione finale non potrà essere esattamente adempiuta, che si potranno ravvisare gli estremi di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c[38].

Se è indubbio, infatti, che la considerazione unitaria del rapporto obbligatorio e la reciprocità delle prestazioni e/o delle attribuzioni patrimoniali che in esso convivono, inducono a considerare gli obblighi accessori non già esterni al sinallagma contrattuale[39], ma legati anch'essi «da un vincolo di corrispettività rispetto agli analoghi obblighi incombenti sulla controparte», non altrettanto pacifica, invece, è la loro automatica idoneità a fondare lo scioglimento del vincolo obbligatorio. Questo perché l'accertamento del requisito previsto dall'art. 1455 c.c. ha per oggetto non già l'inosservanza dell'obbligo accessorio in sé considerata, quanto, piuttosto, l'incidenza che essa esplica sul complessivo assetto di interessi, e dunque sull'inadempimento delle obbligazioni principali «indotta sul piano dinamico dalla loro violazione»[40].

Conseguentemente, nelle ipotesi di contratti *sub condicione*, la valutazione sulla gravità dell'inadempimento, benché mantenga inalterato il suo ruolo centrale, assume un'evidente peculiarità: da un lato, si cristallizza al momento in cui viene proposta l'azione di risoluzione; dall'altro richiede una verifica, *pendente condicione*, dell'incidenza che l'omesso (o inesatto) adempimento dell'obbligo accessorio esercita sulla eseguibilità del rapporto. Il che se non pone problemi di ordine logico-normativo o sistematico-concettuale, può comunque generare qualche difficoltà applicativa soprattutto là dove si tratti di valutare anticipatamente un ritardo o un inesatto adempimento di una prestazione ancora eseguibile[41]. In questi casi, infatti, occorre accertare, secondo una valutazione *ex ante*, quali siano i riflessi che la violazione dell'obbligo accessorio produce sul prosieguo del rapporto, bilanciando l'interesse del contraente al mantenimento del vincolo con la minor utilità che alla controparte deriverebbe se quel ritardo o quelle inesattezze si protraessero anche dopo il verificarsi della condizione.

Del resto, la giurisprudenza mentre non esita ad ammettere l'ingresso del rimedio risolutorio là dove la condotta del contraente abbia pregiudicato il libero corso della fase di pendenza e non operi la *fictio* di avveramento prevista dall'art. 1359 c.c., è invece piuttosto restia a riconoscere una siffatta tutela nel caso in cui il comportamento scorretto abbia inciso sull'oggetto della prestazione. In particolare, la Suprema Corte afferma, quasi costantemente, che la parte controinteressata al verificarsi dell'evento condizionante, se con dolo o colpa viola l'obbligo di comportarsi secondo buona fede[42], ostacolando o

[38] G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, p. 30 ss.; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento,* Torino, 1995, p. 151 ss.

[39] A. DI MAJO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 127.

[40] In dottrina (G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, pp. 446-447) si è posto in risalto come l'identità dell'interesse tutelato dall'obbligo di buona fede e dall'obbligazione principale consenta di ritenere che anche ai fini dell'art. 1455 c.c. sia sufficiente la violazione dell'obbligo di buona fede.

[41] Così, ad esempio, nelle ipotesi di ritardo nella stipula del contratto definitivo, il giudizio di gravità deve tener conto «del tempo trascorso, dell'entità della somma da pagare (in riferimento all'importo in ipotesi già versato) e di ogni altra circostanza utile ai fini della valutazione dell'interesse dell'altra parte» (Cass. 16 gennaio 2006, n°690, in *Dir. giust*., 2006, p. 1546). Così, pure, nel caso di parziale esecuzione della prestazione, si è osservato che «il giudizio sulla non scarsa importanza dell'inadempimento non può essere affidato solo alla rilevata entità della prestazione inadempiuta rispetto al valore complessivo della prestazione, costituendo, questa, soltanto uno degli elementi di valutazione» (Cass. 21 febbraio 2006, n°3742, in *Juris data on line*). Diversamente, in dottrina, si è ritenuto che il giudizio sull'inesattezza della prestazione vada effettuato in relazione alla parte di essa effettivamente svolta e non con riguardo all'intera attività che il debitore avrebbe dovuto porre in essere (M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv*., 2007, p. 30).

[42] Il riferimento testuale alla "causa imputabile", contenuto nella norma dettata dall'art. 1359 c.c., e la sua assonanza con l'espressione "causa non imputabile", presente nel testo normativo di cui all'art. 1218 c.c., unitamente alle indicazioni tratte dalla Relazione al codice civile, hanno indotto parte della dottrina e della giurisprudenza ad affermare che in tal caso si sia in presenza di un vero e proprio obbligo, che trae origine dal prin-

vanificando la probabilità che l'altro contraente acquisti il diritto oggetto del negozio, deve essere innanzitutto sanzionata con il rimedio previsto dall'art. 1359 c.c. Per cui è solo là dove non operi la *fictio* di avveramento – ossia in presenza di una *condicio iuris*[43], di una condizione potestativa semplice o mista[44] - che la parte pregiudicata dal mancato verificarsi dell'evento condizionate può agire per la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno[45].

Si tratta, però, di una limitazione che sembra non solo non giustificata dal testo normativo di cui all'art. 1358 c.c., ma neppure sorretta dalla *ratio* che sta alla base del negozio *sub condicione*. Anzi, proprio il principio di effettività della tutela e l'approccio rimediale che esso legittima, inducono a prospettare una diversa soluzione. Basta pensare che, anche là dove non sussistano particolari ragioni ostative all'applicazione della *fictio* di avveramento, può ben accadere che il concreto bisogno di tutela che l'interesse leso reclama sia quello non già di essere «reintegrato in forma specifica del pregiudizio che è stato arrecato»[46], bensì di essere risarcito del danno subito e di liberarsi immediatamente dal vincolo, ritornare sul mercato e ricercare un nuovo *partner* con cui concludere quello stesso affare che non può più essere realizzato a causa dell'inadempimento della controparte. Il che accade, in primo luogo, nelle ipotesi – assai frequenti nella prassi[47] - in cui la condizione è apposta nell'esclusivo interesse di una parte[48] e l'altro contraente, con un proprio com-

cipio di buona fede, la cui violazione assume rilievo ai fini dell'operatività della *fictio* di avveramento solo se imputabile al contraente; se si traduca, cioè, «in una maliziosa preordinazione del fatto impeditivo o in un'azione cosciente e volontaria in contrasto con il principio di correttezza» (P. RESCIGNO, voce *Condizione* cit., p. 607; F. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova, 1994, p. 49 ss. *Contra* L. BIGLIAZZI GERI, voce , voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. IV, Disc. Priv., Sez. civ.* , II, Torino, 1987, p. 183, che evidenzia come il carattere sanzionatorio della finzione di avveramento non presupponga affatto la presenza dell'elemento soggettivo, il quale potrà rilevare solo ai fini della responsabilità per danni.

[43] Cass. 22 marzo 2001 n°4410 in *juris data on line*; Cass. 3 aprile 1996 n°3084, in *Giust. civ*., 1996, I, p. 2259, con nota di F. GIORDANO, *Sulla condicio iuris: considerazioni in tema di risoluzione di un contratto preliminare di compravendita sospensivamente condizionato al rilascio di un provvedimento amministrativo*; Cass. 14 marzo 1991 n°2674, in *Foro it*., 1991, I, c. 3148; Cass. 2 giugno 1992 n°6676, cit.; Cass. 10 marzo 1992, n°2875, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 373; Cass. 5 febbraio 1982 n°675, in *Rep. Giur. it*., 1982, voce *Obbl. contr.* n°317, che hanno affermato che la regola posta dall'art. 1359 c. c. non è applicabile in presenza di una condizione legale, quale il rilascio di un'autorizzazione da parte della Pubblica Amministrazione, in quanto tale provvedimento potrebbe legittimamente avere, in ipotesi, un contenuto negativo e perciò determinare lo stesso effetto del mancato esaurimento del procedimento amministrativo. Ciò anche se non mancano decisioni che, sebbene richiedano che il comportamento posto in essere dalla parte interessata al non avveramento di una *condicio iuris* sia ad essa imputabile, hanno affermato l'applicabilità dell'art. 1359 c.c. anche là dove l'evento futuro sia costituito dal rilascio di una concessione amministrativa, purché «risulti accertato che, senza il comportamento della parte suddetta, la concessione sarebbe stata emanata» (Cass. 27 febbraio 1998 n°2168, in *I Contratti*, 1998, I, p. 553).

[44] In questo senso, vedi: Cass. 21 aprile 2003 n°6463, in *I Contratti*, 2003, p. 1096; Cass. 11 agosto 1999 n°8824, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, p. 1162; Cass. 5 giugno 1996 n°5243, *ivi*, 1996, p. 823; C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 2000, p. 530. Ammettono, invece, l'applicabilità della sanzione di cui all'art. 1359 c.c. alle condizioni miste (Cass. 20 luglio 2004 n°13457, in *Juris data on line*; Cass. 22 aprile 2003 n°6423, in *I Contratti*, 2003, p. 1096, con nota di F. BESOZZI, *Presupposti applicativi della finzione di avveramento della condizione.*

[45] Oltre ai limiti indicati nel testo, la giurisprudenza ritiene che l'art. 1359 c.c., essendo una norma eccezionale, non sia applicabile alle ipotesi in cui si sia in presenza di una condizione bilaterale (Cass. 20 novembre 1996 n°10220, in *Juris data on line*), oppure là dove la condizione si verifichi per un fatto imputabile alla parte che aveva interesse all'avveramento (Cass. 19 maggio 1992 n°5975, in *Rass. dir. civ*., 1994, p. 831; Cass. 16 dicembre 1991 n°13519, in *Giust. civ*., 1992, I, p. 3095). Tale affermazione non appare suffragata, però, né dal predetto testo normativo, né dalla Relazione al codice civile, dove si osserva che la finzione di mancato avveramento non è stata prevista perché l'illiceità del comportamento dell'interessato deve essere valutata caso per caso in base a tutte le circostanze concrete (L. BRUSCUGLIA, op. cit., p. 110 ss).

[46] La giurisprudenza, per contro, ha affermato che la norma di cui all'art. 1359 c.c., assicurando, seppur attraverso una *fictio*, il soddisfacimento in forma specifica dell'aspettativa del contraente deluso, priva di giuridica rilevanza *sub specie resolutionis e sub specie damni* il comportamento (colposo) del debitore che, avendo interesse contrario al verificarsi della condizione, abbia ostacolato il compimento dell'evento in essa dedotto (Cass. 6 settembre 1991 n°9388, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1088). Diversamente, P. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1966, p. 809 ss. che inquadra il rimedio in esame in una più ampia e complessa esigenza di tutela. Secondo l'A., infatti, il ricorso a tale strumento rimediale non solo dovrebbe essere rimesso alla disponibilità del contraente corretto - il quale potrebbe non ritenere conveniente invocare la finzione di avveramento là dove il suo interesse, esplicitato tramite la clausola condizionale, sia stato vanificato dal comportamento dell'altra parte - ma, altresì, non dovrebbe esaurire la tutela predisposta dall'ordinamento, potendo la agire anche in via risarcitoria.

[47] La rarità delle ipotesi in cui la condizione sia apposta nell'interesse di tutte le parti, è sottolineata da F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 273, che evidenzia come ciò accada soprattutto nei contratti di tipo associativo, mentre nei contratti di scambio è assai difficile che detta clausola, in quanto espressiva di un motivo che è per lo più individuale, assuma carattere bilaterale.

[48] A tal fine, anche in assenza di un'espressa previsione negoziale, la natura unilaterale della clausola condizionale può desumersi «per implicito dallo scopo che le parti si propongono di raggiungere», e dunque «da un insieme di elementi che dimostrino come l'altra parte non abbia alcun interesse al verificarsi al verificarsi dell'evento condizionante» (Cass. 11 gennaio 2008 n°552 in *Juris data on line*; Cass. 12 aprile 2007 n°8798 *ivi).*

portamento, neutralizza il verificarsi dell'evento condizionante, vanificando in tal modo le specifiche utilità che la controparte si era prefissata di raggiungere tramite la stipula del negozio condizionato[49].

In questi casi, è di tutta evidenza l'immediata ed autonoma rilevanza che assumono l'anticipato scioglimento del vincolo contrattuale e la tutela risarcitoria, visto che la *res* negoziata, pur se in astratto ancora conseguibile, non è più in grado, in concreto, di soddisfare le aspettative del contraente in favore del quale era stata apposta la condizione. Di qui l'inutilità del ricorso alla *fictio* di avveramento e la possibilità di rinunziare alla condizione e agire con l'azione di danni e con quella di risoluzione[50].

Inoltre, sempre il medesimo ordine di ragioni induce a non condividere l'orientamento giurisprudenziale che ammette l'ingresso del rimedio risolutorio nelle sole ipotesi in cui la condotta tenuta dal contraente incida sul verificarsi della condizione, ritenendo che l'unico interesse dei contraenti immediatamente rilevante sia quello diretto a non vedere pregiudicata o diminuita la dose di incertezza insita nell'evento condizionante. Tale indirizzo, sembra non attribuire decisivo rilievo a tutte le conseguenze che la condotta scorretta può determinare[51], le quali non sempre sono eliminabili tramite il ricorso agli strumenti cautelari e conservativi[52].

Così, ad esempio, se il comportamento del contraente si traduce in un'attività giuridica idonea ad eludere il meccanismo effettuale previsto dall'art. 1357 c.c[53] o in un contegno materiale avente ad oggetto il bene negoziato volto a provocarne la perdita, il deterioramento, la distruzione, l'alterazione delle qualità originarie o il mutamento di destinazione economica, è evidente che si determina una frattura nell'attuabilità del rapporto tale da vanificare immediatamente l'interesse della controparte alla prosecuzione del vincolo. Di qui la scarsa utilità delle azioni previste dall'art. 1356 c.c., poiché è solo l'immediata esperibilità dei rimedi risolutori e risarcitori che si dimostra idonea ad assicurare una adeguata ed effettiva tutela all'interesse leso.

Non solo, ma ad analoga conclusione può giungersi anche nei casi in cui il contraente abbia dichiarato di non voler adempiere e tale manifestazione di volontà sia espressiva di un'effettiva ed attuale intenzione di non eseguire la prestazione[54]. Sia cioè rappresentativa di uno stato di fatto oggettivo e stabile che denota nella sua oggettività un'alta probabilità che l'atto solutorio finale non venga adempiuto. Così come accade, ad esempio, allorquando detta dichiarazione sia preceduta o seguita da concreti

[49] Il riferimento è, ad esempio, al caso cui un soggetto stipuli una compravendita avente ad oggetto un appartamento, subordinando l'efficacia del contratto alla condizione (sospensiva) che venga trasferito nel luogo in cui si trova l'immobile. Se tale trasferimento non si verifica a causa del comportamento "scorretto" dell'alienante, è del tutto evidente che l'acquirente non avrà alcun interesse ad invocare la tutela di cui all'art. 1359 c.c., per cui gli unici rimedi utilmente esperibili saranno l'azione di danni e quella di risoluzione (D. CARUSI, op. cit., p. 87 ss.; P. TRIMARCHI, op. cit., pp. 820-822).

[50] Cass. 17 agosto 1999 n°8695, in I *Contratti*, 2000, p. 13 ss.; G.CHIESI, *Condizione unilaterale: natura e modalità di esercizio della rinunzia*, in *I contratti*, 2009, p. 181 ss.

[51] R. SACCO, *Il contratto*, in Sacco-De Nova, 3 ed., t.II, Torino, 2004, p. 665 ss.

[52] Sui poteri cautelari e conservativi spettanti a colui che attende l'acquisto del diritto, vedi: A. FALZEA, *Sistema normativo e analitica della norma* cit., p. 5 ss., che menziona il sequestro conservativo, il sequestro giudiziario, l'imposizione di una cauzione, la proposizione dell'azione surrogatoria e delle azioni di nunciazione.

[53] E', questo, un meccanismo che, secondo l'interpretazione prevalente, sottopone a condizione risolutiva gli atti di disposizione del diritto compiuti durante la fase di pendenza; sicché è soltanto al verificarsi dell'evento condizionante il primo negozio che si attua la neutralizzazione degli effetti che si sono prodotti in forza dei successivi atti di alienazione (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 201 ss.; A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ*., 1971, pp. 185-186). Tale congegno effettuale, tuttavia, non sempre si rivela idoneo a risolvere i possibili conflitti tra l'acquirente *sub condicione* ed i terzi a cui lo stesso dante causa ha successivamente alienato il bene. Esso, infatti, da un lato, presuppone che le parti non abbiano introdotto deroghe al principio di retroattività, riportando gli effetti del contratto ad un momento diverso rispetto a quello della sua conclusione (art. 1360 c.c.); dall'altro lato, deve essere coordinato con le altre regole circolatorie, quali, ad es., quelle poste dagli artt. 2643-2644, 1153 e 1155 c.c. Così, nelle ipotesi in cui oggetto del contratto sia il trasferimento o la costituzione di un diritto reale su un bene immobile, la trascrizione dell'atto, ai sensi dell'art. 2659 secondo comma c.c., consente all'acquirente di opporre il suo acquisto ai terzi che abbiano trascritto successivamente. Mentre là dove l'alienante, dopo aver stipulato un contratto sottoposto a condizione sospensiva (o a anche a termine iniziale), trasferisca puramente e semplicemente il diritto di proprietà sul medesimo bene ad un terzo, il quale trascrive il proprio titolo di acquisto prima dell'acquirente *sub die* o *sub condicione*, sarà il terzo che, in base ai comuni criteri stabiliti per la soluzione dei conflitti di titolarità, acquisterà il relativo diritto. Conclusione, questa, a cui si perviene anche nelle ipotesi di trasferimenti mobiliari ove l'alienante disponga puramente e semplicemente dell'oggetto negoziale a favore di un terzo, facendogli conseguire il possesso del bene e non comunicando l'esistenza di una precedente alienazione sottoposta a termine (iniziale) o condizione sospensiva. Anche in tal caso, sarà il terzo che acquisterà la proprietà del bene, ai sensi dell'art 1155 c.c., dal momento che risulta assai arduo per l'acquirente *sub die* o *sub condicione* fornire la prova della mala fede del secondo acquirente.

[54] Cass. 2 agosto 2005 n° 16164, in *I Contratti*, 2006, p. 537 ss., con nota di M. DELLA CHESSA, *Dichiarazione di non voler adempiere ed interpretazione del contratto;* 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*, 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.

contegni materiali che incidano negativamente sulle sorti del rapporto obbligatorio, pur senza pregiudicarne irreversibilmente l'attuabilità[55]. In questi casi, in armonia con quanto previsto dalle attuali linee di tendenza normativa europea e internazionale[56], deve ammettersi che tale manifestazione di volontà integri gli estremi di un grave inadempimento, creando nel creditore un ragionevole affidamento circa la mancata realizzabilità dell'affare sì da giustificare il suo immediato ritorno sul mercato per ottenere da terzi la prestazione che la controparte ha dichiarato di non voler eseguire.

Diversamente, si è già avuto modo di rilevare[57] come tale dichiarazione, in sé considerata, potendo essere dettata anche da motivazioni futili, da millanteria[58], ovvero da una specifica interpretazione dei «dati fattuali e giuridici che determinano i contenuti del rapporto obbligatorio» che nessuna incidenza esplica sulla fattispecie di inadempimento[59], non sembri giustificare l'ingresso di alcun rimedio di carattere finale, ma legittimare soltanto il ricorso alla tutela cautelare e conservativa in attesa che si verifichi un chiarimento della (incerta) vicenda contrattuale.

4. Segue. *Il rimedio risarcitorio ed i criteri di quantificazione del danno.*

Nelle ipotesi sopra considerate, nelle quali la violazione degli obblighi posti dall'art. 1358 c.c. legittima il ricorso all'immediato scioglimento del rapporto, l'ulteriore problema che si pone riguarda la possibilità per il contraente che agisce in risoluzione di richiedere il risarcimento del danno, ovvero di esperire tale ultimo rimedio in via autonoma, sganciato dal preventivo o contestuale ricorso alla tutela demolitiva del vincolo[60]. Profilo, questo, che, sebbene studiato in una prospettiva di carattere generale, rivolta soprattutto alla tematica del c.d. danno da risoluzione[61], risulta essere ancora particolarmente controverso.

Dubbi genera invero l'orientamento che esclude, *a priori* ed in via assoluta, il ricorso al rimedio risarcitorio *pendente condicione* rilevando come l'eventuale immediato ingresso dello stesso indurrebbe a ritenere acquisita l'esistenza di un danno sulla base di un dato (sicuro avverarsi dell'evento condizionante) che è oggetto di meri supporti di indole congetturale fondati esclusivamente su calcoli probabilistici. Come, pure, porterebbe a non considerare che, ove la condizione non si avveri, l'attività del titolare del diritto rimarrebbe priva di rilevanza, in quanto il contratto perderebbe, *ex tunc*, la sua efficacia interinale tipica[62].

Tali considerazioni, nella misura in cui tendono a relegare la rilevanza della violazione degli obblighi *ex fide bona* al momento in cui la fattispecie si è completata - in quanto sarebbe unicamente in tale momento che il comportamento tenuto dalle parti, *medio tempore*, potrebbe valutarsi come inadempimento, attuale e certo - non sembrano, però, assumere un rilievo decisivo e assorbente. Dottrina e giurisprudenza, da tempo, hanno chiarito come, nei suddetti casi, il giudizio sul nesso di causalità tra la condotta e l'evento pregiudizievole al prosieguo del vincolo vada condotto sulla base del criterio normativo di regolarità causale contenuto nell'art. 1223 c.c. Criterio che impone non solo di tener presente

[55] F. ROMANO, *La dichiarazione di non voler adempiere*, cit., p. 612; G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, p. 252; G. VISINTINI E L. CABELLA PISU , *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, Torino, 1999, p. 245 ss.

[56] Il riferimento è all'art. 72 della CVIM ed agli artt. 7.3.3. dei Principi UNIDROIT, 9.304 dei PECL e 90 dei CED.

[57] Sul punto ci si permette di rinviare a V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, p.215 ss.

[58] G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 491 ss.

[59] Cass. 2 agosto 2005, n°16164, cit.; Cass. 24 maggio 2000 n°6839, in *Juris data on line*, che escludono l'equiparazione dell'inadempimento alla dichiarazione di non voler adempiere là dove essa si fondi su una certa interpretazione del regolamento contrattuale, poiché ciò rappresenta «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».

[60] Cfr. Cass. 2 luglio 2002, n°9568, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1300 ss., che ha ammesso l'ingresso della tutela risarcitoria nell'ipotesi in cui, *pendente condicione*, il contraente aveva venduto a terzi il bene negoziato, violando il diritto prelazione attribuito alla controparte e sottoposto alla condizione sospensiva dell'edificabilità dell'area oggetto di alienazione.

[61] P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ*. 2002, I, p. 646 ss; U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento, restituzione del prezzo e rivalutazione monetaria*, in *I Contratti*, 2006, p. 863 ss.; A. LUMINOSO, in Carnevali, Costanza, Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod.civ*. Scialoja-Branca, Bologna Roma, 1990, p. 160 ss; id. *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. Impr.*, 1988, p. 792 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. V La responsabilità*, Milano, 1994, p. 297 ss.; V. ROPPO, op. cit., p. 632 ss.

[62] La prevalente dottrina (U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu- Messineo, Milano, 1978, p. 25 ss.; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova 1996, p. 423 nt. 423; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 554; G.GABRIELLI, op. cit., p. 227) tende a negare, infatti, l'autonoma proposizione dell'azione risarcitoria proprio perché ritiene che la deficienza della condizione determini il definitivo venir meno degli obblighi preliminari, e dunque privi di causa l'eventuale risarcimento danni, obbligando colui che è stato risarcito alla restituzione di ciò che ha ricevuto.

la concreta situazione esistente all'epoca in cui la condotta (illecita) è stata posta in essere, ma di valutare, altresì, sulla base di una "certezza probabilistica" – o meglio del "più ragionevole che non"[63] - se in tale momento un diverso, e quindi corretto comportamento del contraente rendeva verosimile il completamento della fattispecie o l'acquisto del bene negoziato con le sue caratteristiche originarie[64].

In particolare, proprio con riguardo alla specifica ed emblematica ipotesi in cui la condotta abbia inciso negativamente sul verificarsi di una condizione legale, rendendone più difficile la realizzazione, si è osservato come l'eventuale mancato riconoscimento del diritto al risarcimento del danno *pendente condicione* verrebbe a porsi in conflitto con il principio logico- formale di non contraddizione. Infatti, per un verso, si arriverebbe ad imputare all'alienante la responsabilità per aver impedito o anche soltanto ostacolato il completamento della fattispecie; mentre, per altro verso, si escluderebbe siffatta immediata responsabilità in virtù dell'incertezza insita nell'evento condizionante, che si porrebbe quale fattore interruttivo del nesso di causalità tra la violazione degli obblighi nascenti dal principio di buona fede e la realizzazione dell'interesse di colui che attende l'acquisto del diritto finale[65].

Ragionando in quest'ottica, la più recente giurisprudenza ha così ammesso il ricorso alla tutela risarcitoria anche *pendente condicione*, precisando come essa rappresenti non già un effetto strettamente dipendente e automaticamente discendente dallo scioglimento del vincolo obbligatorio[66], quanto, piuttosto, un autonomo rimedio subordinato alla concreta e definitiva esistenza di un danno[67]. E dunque, in primo luogo, alla prova della perdita economica subita e del vantaggio che non si è potuto conseguire.

Tuttavia, proprio perché il danno può essere risarcito solo se si dimostra la sua reale ed effettiva esistenza, è dato ritenere che la proposizione in via autonoma dell'azione a tal fine diretta possa ammettersi unicamente là dove il comportamento scorretto del contraente abbia vanificato la realizzazione dell'affare negoziale[68] e non anche nei casi in cui la violazione degli obblighi accessori nessun pregiudizio definitivo e stabile abbia arrecato all'interesse del contraente fedele. Il che, peraltro, lascia aperto il problema relativo all'individuazione dei criteri di quantificazione del danno, dal momento che è assai discusso se, nelle predette ipotesi, il risarcimento debba essere rapportato all'interesse positivo,[69] oppure circoscritto alla lesione dell'interesse negativo[70].

E' questo, però, un dibattito che sembra non solo non trovare larga eco in giurisprudenza, ma subire, altresì, una sensibile attenuazione nelle ricostruzioni dottrinali più recenti che hanno sottoposto a revisione critica l'idea secondo la quale il risarcimento dell'interesse negativo dovrebbe essere limitato ai soli oneri economici che la parte ha sopportato in funzione della stipulazione di un contratto inutile[71].

---

[63] Cass. 11 gennaio 2008, n° 82 e n°584, in *Foro it*. 2008, 2, c. 453, che hanno chiarito come il criterio della causalità adeguata, così come precisato nel testo, rimanga comunque distinto e distinguibile dall'elemento soggettivo. Il primo ha riguardo alla prevedibilità obbiettiva che va esaminata in astratto sulla base delle migliori conoscenze scientifiche del momento. L'altro, invece, va accertato in concreto tenendo conto della conoscenza dell'uomo medio. Ne segue che, ai fini del giudizio di cui all'art. 1223 c.c., ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile alla stregua delle regole statistiche e/o scientifiche, di guisa che «il principio della regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale andrà più propriamente ad iscriversi entro l'elemento soggettivo (la colpevolezza) dell'illecito». In questo senso, vedi anche Cass. 16. ottobre 2007, n°21619, in *Juris data on line*; Cass. 18. aprile 2007, n°9238, *ivi*; Cass. 5 settembre 2006, n°19047 *ivi*; Cass. 4 marzo 2004, n° 4400 *ivi*.

[64] Il richiamo a logiche probabilistiche per definire il nesso causale si riscontra non solo nei sistemi anglosassoni, che parlano di *evidence on influence*, ma anche nelle decisioni della Corte di Giustizia, che ritiengono sussistere tale fattore quando un dato evento «è sufficientemente probabile» o «maggiormente probabile di un altro» (Corte Giusttzia CE, Sez. III, 13 luglio 2006, n°295, in *Juris data on line;* Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 febbraio 2005, n°12, *ivi*.

[65] Cass. 2 giugno 1992, n°6676, cit.

[66] Così invece *Cass*. 18 marzo 2002, n°3942, in *I contr*., 2003, p. 443; Cass. 22 marzo 2001, n°4410, cit.

[67] Cass. 2 giugno 1992 n°6676 cit.; Cass. 3 aprile 1996 n°3084, cit.

[68] Cass. 2 luglio 2002, n°9568, cit.

[69] In questa prospettiva si muove la giurisprudenza prevalente che ravvisa un obbligo risarcitorio per lesione dell'interesse positivo a carico della parte che, violando la regola di correttezza di cui all'art. 1358 c.c., abbia influito negativamente sul libero corso della condizione, impedendone l'avveramento (Cass. 10 marzo 1992 n°2875 cit.; Cass. 2 giugno 1992 n°6676 cit); in dottrina, vedi: N. LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1960, p. 845, che in ordine alla vendita di cosa futura ammette la piena risarcibilità del danno subito dal compratore solo nell'ipotesi in cui le parti abbiano previsto a carico del venditore un obbligo di fare circa la venuta ad esistenza del bene; P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri* cit., p.224-225, secondo il quale nel giudizio di quantificazione del danno occorre aver riguardo al mancato acquisto della situazione soggettiva finale e ai vantaggi da essa derivanti che, al momento in cui si è verificato l'inadempimento, era ragionevole prevedere che sarebbero stati acquisiti dal titolare dell'aspettativa, mentre non si deve tener conto degli eventuali danneggiamenti che il bene ha subito, visto che esso rimane pur sempre di proprietà del venditore.

[70] D.RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1950, p. 185; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento* cit., p. 30; che circoscrivono l'entità del risarcimento del danno alla lesione dell'interesse negativo a non concludere un contratto inutile.

[71] Sul punto, vedi A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo* cit., p. 792 ss.; P.G. MONATERI, *La responsa-*

Attraverso un'attenta operazione concettuale e sistematica, si è infatti giunti ad una rilettura delle nozioni di perdita economica e mancato guadagno, così come esse risultavano essere tradizionalmente elaborate[72]. In particolare, si è messo in luce come ai fini della quantificazione del danno derivante dalla violazione degli obblighi di buona fede - sia durante la fase delle trattative che in sede di esecuzione del contratto - occorra aver riguardo non solo al valore economico perduto per non aver potuto concludere operazioni negoziali alternative, ma, anche, alle altre conseguenze patrimoniali sfavorevoli riconducibili all'interesse sostanziale leso[73].

Conseguentemente – si è affermato - il risarcimento deve comprendere sia «il minor vantaggio o il maggior aggravio economico» determinato dalla condotta antigiuridica della controparte, sia tutti gli altri danni che a tale condotta sono collegati «da un rapporto consequenziale e diretto»[74]. Il che segna «una felice sintesi fra passato e futuro in un ottica rimediale», offrendo un piano di tutela adeguata a diritti e interessi che assumono spesso forme e caratteristiche complesse e articolate[75]. Non solo, ma tale indirizzo, attribuendo al risarcimento il compito di neutralizzare il risultato lesivo dovuto al contegno scorretto, induce a riconsiderare la netta schematizzazione tra interesse positivo e interesse negativo e rafforza l'idea di rapportare sempre la quantificazione del danno alla sua effettiva e concreta esistenza, mediante il ricorso ai criteri previsti dagli artt. 1223 ss. c.c.

In realtà, proprio le situazioni di pendenza condizionale dimostrano la forte continuità che esiste tra le due predette categorie di interesse, e dunque come un'astratta e rigida separazione delle stesse si riveli spesso inidonea a cogliere l'effettiva consistenza che assume l'interesse sostanziale violato. Quest'ultimo, proprio perché proteso verso (ma non ancora tradottosi nel) l'acquisto del bene o del risultato pattuito, non può essere risarcito tenendo presenti i vantaggi che si sarebbero conseguiti e le perdite che si sarebbero evitate se la controparte avesse esattamente adempiuto la prestazione finale o l'impegno traslativo. Né può essere reintegrato avendo esclusivo riguardo alle spese sostenute per la conclusione o la parziale esecuzione del contratto, in quanto occorre tener conto dell'autonomo valore che il suddetto interesse riveste nell'ambito dell'operazione negoziale conclusa. Valore che alla luce dei più recenti orientamenti delle Sezioni Unite deve essere risarcito nelle sua interezza, avendo riguardo anche degli aspetti non patrimoniali oggettivati nel contratto, che siano conseguenti alla lesione e causalmente riconducibili alla condotta scorretta della controparte[76].

Del resto, in tema di responsabilità civile, la dottrina non ha mancato di sottolineare come il *quantum debeatur* spettante a colui che è stato leso nella posizione di aspettativa ai sensi dell'art. 2043 c.c. vada determinato in funzione del contenuto sostanziale della situazione violata[77]. Essa, infatti, sebbene non si traduca in un rapporto diretto con una cosa, ma si esprima in una relazione normativamente qualificata tra il soggetto e un evento, si concretizza in una situazione economicamente e giuridicamente rilevante acquisita al patrimonio del suo titolare[78].

Sotto tale aspetto, utili indicazioni possono trarsi anche dalle pronunzie che riconoscono la risarcibilità degli interessi legittimi nei casi in cui l'illegittimo esercizio del potere determini la lesione «dell'interesse ad un bene della vita meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento positivo»[79]. E dunque non solo in presenza della violazione di un interesse legittimo oppositivo, ma anche pretensivo, e cioè sia là dove emerga l'esigenza alla conservazione della propria sfera giuridica, sia nel caso in cui si ravvisi un «oggettivo affidamento circa la conclusione positiva di una determinata vicenda»,

bilità contrattuale e precontrattuale, Torino, 1998; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. Impr.*,1987, p. 306 ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione,* Napoli, 1990, p. 338 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale,* Milano, 1990; V.CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale,* in *Enc. dir.* , vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1265 ss.; G. ALPA, *La responsabilità precontrattuale, II, (diritto comparato e straniero),* in *Enc. giur. Treccani,* vol. XXVII, Roma, 1991, p. 3 ss.; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale,* Torino, 1996; D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza,* Milano 1999; A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale,* Milano, 2004; G. AFFERNI, *Il* quantum *del danno nella responsabilità precontrattuale,* Torino, 2008, p. 93 ss.

[72] R. SSCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale,* in *Tratt. dir. civ.* Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1980, p. 212.

[73] Da ultimo, vedi G. AFFERMI, op. cit., p. 69 ss.

[74] Cass. 14 giugno 1982 n° 3613, in *Foro it*. 1983, I, 136; Cass. 19 novembre 1983 n° 6306, *ivi*, 1984,I, 459; Trib. Udine 22 aprile 1996, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 985, che ha espressamente riconosciuto come la lesione dell'interesse negativo si traduca in un pregiudizio che deve essere risarcito non soltanto sotto il profilo del danno emergente, ma anche del lucro cessante.

[75] Così, testualmente, G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio,* in *Obbl. contr.*, 2008, p. 105.

[76] Il riferimento è alle note sentenze Cass. Sez. Un. 16 febbraio 2009 n°3677, in *Juris data on line*; Cass. sez. Un. 11 novembre 2008 n° 26972 e 26973, *ivi*.

[77] V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di un'utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*1986, II, p. 213.

[78] A. FALZEA, *La condizione* cit., p. 213; U. NATOLI, *Della condizione* cit., p. 456 e già, sotto il vecchio codice, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. IV, Torino, rist. 1930, p. 425.

[79] Il *leading case* è rappresentato da Cass. Sez. Un. 22 luglio 1999 n° 500, in *Juris data on line*; da ultimo vedi Cass. Sez. Un. 6 febbraio 2009 n° 2991, *ivi*.

di guisa che, «secondo criteri di normalità, la situazione soggettiva che ad essa si ricollega possa considerarsi giuridicamente protetta e destinata a evolversi in senso positivo»[80].

E' la probabilità attuale ed effettiva di conseguire determinate utilità economiche, e quindi di incrementare la propria sfera patrimoniale al verificarsi di un determinato evento, che denota la patrimonialità della situazione soggettiva conferendole un valore d'uso. Valore che oggi è ravvisabile non soltanto in relazione a forme di appartenenza, ma anche in ordine a posizioni contrattuali in corso di svolgimento, in quanto «capaci di rappresentare una struttura che stabilisce la distribuzione di ricchezza e la fissazione dei bisogni nel mercato»[81]. Di qui l'onere per la parte che agisce per ottenere il risarcimento del danno dovuto «alla perdita di *chances*» di poter dimostrare «anche secondo un calcolo probabilistico la realizzazione in concreto dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dall'altrui condotta illecita».[82]

Si comprende, in tal modo, perché la posizione di aspettativa, rappresentando, in sé, una risorsa patrimoniale acquisita alla sfera giuridica del contraente, ove sia lesa dall'illecito comportamento della controparte (o di un terzo) che abbia impedito il libero corso della fase di pendenza o abbia inciso negativamente sulla *res* negoziata, debba essere integralmente risarcita. Conseguentemente, oltre all'incremento patrimoniale perso a causa dell'estinzione della posizione giuridica di cui la parte era titolare, si dovrà tener conto anche degli eventuali ulteriori pregiudizi che da essa possono derivare, quali, ad esempio, i costi dovuti all'inadempimento degli obblighi assunti verso terzi, il maggior prezzo che si è costretti a pagare per procurarsi un bene equivalente, oppure ancora le spese che si sono affrontate per l'idonea conservazione del bene negoziato[83]. Pregiudizi, questi, che potranno trovare ristoro grazie all'elasticità che contraddistingue i criteri di quantificazione del danno, i quali, nella comparazione tra le contrapposte istanze di tutela, anche attraverso una valutazione di tipo equitativo[84], consentono di neutralizzare gli effetti della lesione e di ripristinare la situazione ad essa antecedente.

[80] Cass. Sez. Un. 6 febbraio 2009 n°2991,cit.

[81] D.MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, in *Enc. dir., agg. I*, Milano, 1997, p. 506, secondo il quale in seguito alle trasformazioni subite dai processi economici che hanno portato ad un sistema di mercato altamente "informato" anche le aspettative di ricchezza vengono trattate come elementi di un mercato reale e «conferiscono ai comportamenti dei soggetti una stabilità per il fatto stesso di essere inclusi nel mercato».

[82] Così, tra le tante, Cass. Sez un. 27 marzo 2008, n°7943, in *Juris data on line*; Cass. 12 agosto 2008, n°21544, *ivi*; Cass. 28 gennaio 2005, n°2752, *ivi*.

[83] Sul punto vedi M. FACCIOLI, op. cit., p. 228 ss.

[84] Nei contesti – come quello in esame - nei quali è certa l'esistenza del danno, ma non è facilmente determinabile la sua esatta consistenza, è proprio il ricorso al criterio equitativo che permette al giudice di emettere una sentenza che media tra le contrapposte esigenze di tutela (P. G.MONATERI, op. cit., p. 333 ss).

LA NATURA PARZIARIA DELLE OBBLIGAZIONI CONDOMINIALI: DUBBI ED ESIGENZE DI RIFORMA DEL CONDOMINIO

Di Antonio Gorgoni

***SOMMARIO:** 1. Il caso e i due orientamenti giurisprudenziali. – 2. Gli argomenti delle Sezioni Unite: natura parziaria delle obbligazioni condominiali. – 3. Dubbi sulla motivazione delle Sezioni Unite. L'unicità della prestazione e l'indivisibilità. – 4. Rilevanza dell'interesse comune nelle obbligazioni solidali, natura e riforma del condominio.*

LE SENTENZE

I) Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, 8 aprile 2008, n. 9148

(Pres.: Carbone; Rel.: Corona; P.m. - difforme - Iannelli)

Condominio - Natura dell'obbligazione di pagamento - Parziaria se la legge non dispone diversamente.

In mancanza di un'espressa disposizione di legge di segno contrario, le obbligazioni assunte dall'amministratore in rappresentanza e nell'interesse dei condomini, per la conservazione ed il godimento delle parti e degli impianti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza, consistendo in prestazioni di somme di denaro, come tali naturalisticamente divisibili, non vincolano in solido i condomini, i quali rispondono unicamente nei limiti della rispettiva quota, secondo i criteri dell'art. 1123 c.c.; sicché il terzo creditore, conseguita in giudizio la condanna dell'amministratore quale rappresentante dei condomini (nella specie, per il pagamento del corrispettivo per lavori eseguiti nell'edificio condominiale), può procedere esecutivamente nei confronti di questi ultimi non per l'intera somma dovuta, bensì solo nei limiti della quota di ciascuno.

II) Corte di Cassazione, sez. III, 21 luglio 2009, n. 16920

(Pres.: Di Nanni; Rel.: Amendola)

Condominio - Obbligazione per spese di ristrutturazione e manutenzione dell'edificio – Natura parziaria.

In accordo con quanto disposto dalla sentenza Cass., sez. un. n. 9148/08, le obbligazioni condominiali hanno natura parziaria. Tuttavia, il mutamento del diritto vivente in punto di natura delle obbligazioni contratte dall'amministratore in nome e per conto del condominio non incide sul carattere disponibile della relativa disciplina.

I)

Il fatto

Con Decreto 24 marzo 1884, il Presidente del Tribunale di Bologna ingiunse al Condominio di via (OMISSIS), (OMISSIS), ed ai condomini A., Ad. e Ra.Al., C.U., B.G., M.D., T.A. ed alla società I.B.O. s.r.l. di pagare alla Edilfast s.r.l. L. 66.800.276, quale residuo del corrispettivo per i lavori eseguiti nell'edificio condominiale.

Proposero opposizione con distinti atti di citazione A. e Ra.Ad., le quali dedussero l'inammissibilità della duplice condanna emessa sia a carico del condominio, sia nei loro confronti in via solidale, posto che avevano adempiuto pro quota alle obbligazioni assunte nei confronti della società Edilfast; R. A. asserì di aver acquistato il solo diritto di usufrutto di una unità immobiliare in data 2 giugno 1993, quando i lavori commessi alla società Edilfast erano stati già ultimati: in ogni caso, trattandosi di spese riguardanti opere di manutenzione straordinaria, esse erano a carico del nudo proprietario.

Riuniti i giudizi e chiamati in causa il Condominio, i condomini Q.I., B.T. e la società I.B.O. s.r.l., i quali chiesero il rigetto della domanda proposta con il ricorso per ingiunzione, con sentenza 28 aprile 2000 il Tribunale di Bologna revocò il decreto; con sentenza 19 febbraio 2003, la Corte d'Appello di Bologna respinse l'impugnazione proposta dalla società Edilfast.

Ha proposto ricorso per Cassazione con sei motivi la società Edilfast; hanno resistito con controricorso A., Ad. e Ra.Al.. Non ha svolto attività difensiva l'intimato Condominio via (OMISSIS), in persona dell'amministratore in carica.

La Seconda Sezione civile, con ordinanza 7 febbraio 2007, n. 2621, ha rimesso gli atti al Primo Presidente, avendo ritenuto la sussistenza di un contrasto all'interno della sezione, posto che per un primo indirizzo (maggioritario) la responsabilità dei singoli condomini per le obbligazioni assunte dal condominio verso terzi avrebbe natura solidale, mentre per un secondo orientamento, decisamente minoritario, avrebbe vigore il principio della parziarietà, ovverosia dalla ripartizione tra i condomini delle obbligazioni assunte nell'interesse del condominio in proporzione alle rispettive quote.

Per la risoluzione del contrasto la causa viene alle Sezioni Unite civili.

La motivazione

La società ricorrente lamenta:

1.1 con il primo motivo, violazione e falsa applicazione degli artt. 1115 e 1139 cod. civ., in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., n. 3. La giurisprudenza dominante, anche successivamente all'isolata sentenza n. 8530 del 1996, che aveva affermato la parziarietà, ha sempre sostenuto e continua a sostenere la natura solidale delle obbligazioni dei condomini;

1.2 con il secondo motivo, falsa applicazione degli artt. 1004 e 1005 cod. civ., ai senso dell'art. 360 cod. proc. civ., n. 3, posto che la ripartizione delle spese fra nudo proprietario usufruttuario operano nei rapporti interni e non sono opponibili al terzo creditore;

1.3 con il terzo motivo, violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., n. 3, poichè la sentenza di primo grado aveva posto a fondamento della decisione ragioni diverse da quelle dedotte nell'opposizione al decreto ingiuntivo;

1.4 con il quarto motivo, omessa compensazione delle spese processuali con riferimento ad Ra.Al.;

Con il quinto motivo, violazione dell'art. 91 cod. proc. civ., ai sensi degli artt. 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 5 non sussistendo soccombenza nei confronti del Condominio, che era stato chiamato in giudizio da Ra.Al.;

Con il sesto motivo, violazione dell'art. 63 disp. att. in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., n. 3, non aveva tenuto conto dell'orientamento della Suprema Corte, secondo cui l'acquirente di una unità immobiliare doveva essere tenuto alle spese solidalmente al suo dante causa.

2.1 La questione di diritto, che la Suprema Corte deve risolvere per decidere la controversia, riguarda la natura delle obbligazioni dei condomini.

Secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, la responsabilità dei singoli partecipanti per le obbligazioni assunte dal "condominio" verso i terzi ha natura solidale, avuto riguardo al principio generale stabilito dall'art. 1294 cod. civ. per l'ipotesi in cui più soggetti siano obbligati per la medesima prestazione:

principio non derogato dall'art. 1123 cod. civ., che si limita a ripartire gli oneri all'interno del condominio (Cass., Sez. 2^, 5 aprile 1982, n. 2085; Cass., Sez. 2^, 17 aprile 1993, n. 4558; Cass., Sez. 2^, 30 luglio 2004, n. 14593; Cass., Sez. 2^, 31 agosto 2005, n. 17563).

Per l'indirizzo decisamente minoritario, la responsabilità dei condomini è retta dal criterio dalla parziarietà: in proporzione alle rispettive quote, ai singoli partecipanti si imputano le obbligazioni assunte nell'interesse del "condominio", relativamente alle spese per la conservazione e per il godimento delle cose comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza. Pertanto, le obbligazioni dei condomini sono regolate da criteri consimili a quelli dettati dagli artt. 752 e 1295 cod. civ. per le obbligazioni ereditarie, secondo cui al pagamento dei debiti ereditati i coeredi concorrono in proporzione alle loro quote e l'obbligazione in solido di uno dei condebitori si ripartisce tra gli eredi in proporzione alle quote ereditarie (Cass., Sez. 2^, 27 settembre 1996, n. 8530).

2.2 Per determinare i principi di diritto, che regolano le obbligazioni (contrattuali) unitarie le quali vincolano la pluralità di soggetti passivi - i condomini -occorre muovere dal fondamento della solidarietà.

L'assunto è che la solidarietà passiva scaturisca dalla contestuale presenza di diversi requisiti, in difetto dei quali - e di una precisa disposizione di legge - il criterio non si applica, non essendo sufficiente la comunanza del debito tra la pluralità dei debitori e l'identica causa dell'obbligazione; che nessuna specifica disposizione contempli la solidarietà tra i condomini, cui osta la parziarietà intrinseca della prestazione; che la solidarietà non possa ricondursi alla asserita unitarietà del gruppo, in quanto il condominio non raffigura un "ente di gestione", ma una organizzazione pluralistica e l'amministratore rappresenta immediatamente i singoli partecipanti, nei limiti del mandato conferito secondo le quote di ciascuno.

La disposizione dell'art. 1292 cod. civ. - è noto - si limita a descrivere il fenomeno e le sue conseguenze. Invero, sotto la rubrica "nozione della solidarietà", definisce l'obbligazione in solido quella in cui "più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione" e aggiunge che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità (con liberazione degli altri).

L'art. 1294 cod. civ. stabilisce che "i condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente".

Nessuna delle norme, tuttavia, precisa la ratio della solidarietà, ovverosia ne chiarisce il fondamento (che risulta necessario, quanto meno, per risolvere i casi dubbi).

Stando all'interpretazione più accreditata, le obbligazioni solidali, indivisibili e parziarie raffigurano le risposte dell'ordinamento ai problemi derivanti dalla presenza di più debitori (o creditori), dalla unicità della causa dell'obbligazione (eadem causa obbligandi) e dalla unicità della prestazione (eadem res debita).

Mentre dalla pluralità dei debitori e dalla unicità della causa dell'obbliga-zione scaturiscono questioni che, nella specie, non rilevano, la categoria dell'idem debitum propone problemi tecnici considerevoli: in particolare, la unicità della prestazione che, per natura, è suscettibile di divisione, e la individuazione del vincolo della solidarietà rispetto alla prestazione la quale, nel suo sostrato di fatto, è naturalisticamente parziaria.

Semplificando categorie complesse ed assai elaborate, l'indivisibilità consiste nel modo di essere della prestazione: nel suo elemento oggettivo, specie laddove la insussistenza naturalistica della indivisibilità non è accompagnata dall'obbligo specifico imposto per legge a ciascun debitore di adempiere per l'intero.

Quando la prestazione per natura non è indivisibile, la solidarietà dipende dalle norme e dai principi. La solidarietà raffigura un particolare atteggiamento nei rapporti esterni di una obbligazione intrinsecamente parziaria quando la legge privilegia la comunanza della prestazione. Altrimenti, la struttura parziaria dell'obbligazione ha il sopravvento e insorge una pluralità di obbligazioni tra loro connesse.

E' pur vero che la solidarietà raffigura un principio riguardante i condebitori in genere. Ma il principio generale è valido laddove, in concreto, sussistono tutti i presupposti previsti dalla legge per la attuazione congiunta del condebito. Sicuramente, quando la prestazione comune a ciascuno dei debitori è, allo stesso tempo, indivisibile. Se invece l'obbligazione è divisibile, salvo che dalla legge (espressamente) sia considerata solidale, il principio della solidarietà (passiva) va contemperato con quello della divisibilità stabilito dall'art. 1314 cod. civ., secondo cui se più sono i debitori ed è la stessa la causa dell'obbligazione, ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte.

Poichè la solidarietà, spesso, viene ad essere la configurazione ex lege, nei rapporti esterni, di una obbligazione intrinsecamente parziaria, in difetto di configurazione normativa dell'obbligazione come solidale e, contemporaneamente, in presenza di una obbligazione comune, ma naturalisticamente, divisibile viene me-no uno dei requisiti della solidarietà e la struttura parziaria dell'obbligazione private.

Del resto, la solidarietà viene meno ogni qual volta la fonte dell'obbligazione comune è intimamente collegata con la titolarità delle res.

Le disposizioni di cui agli artt. 752, 754 e 1295 cod. civ. - che prevedono la parziarietà delle obbligazioni dei coeredi e la sostituzione, per effetto dell'apertura della successione, di una obbligazione nata unitaria con una pluralità di obbligazioni parziarie - esprimono il criterio di ordine generale del collegamento tra le obbligazioni e le res.

Per la verità, si tratta di obbligazioni immediatamente connesse con l'attribuzione ereditaria dei beni: di obbligazioni ricondotte alla titolarità dei beni ereditali in ragione dell'appartenenza della quota. Ciascun erede risponde soltanto della sua quota, in quanto è titolare di una quota di beni ereditari. Più in generale, laddove si riscontra lo stesso vincolo tra l'obbligazione e la quota e nella struttura dell'obbligazione, originata dalla medesima causa per una pluralità di obbligati, non sussiste il carattere della indivisibilità della prestazione, è ragionevole inferire che rispetto alla solidarietà non contemplata (espressamente) prevalga la struttura parziaria del vincolo.

2.3 Le direttive ermeneutiche esposte valgono per le obbligazioni facenti capo ai gruppi organizzati, ma non personificati.

Per ciò che concerne la struttura delle obbligazioni assunte nel cosiddetto interesse del "condominio" - in realtà, ascritte ai singoli condomini - si riscontrano certamente la pluralità dei debitori (i condomini) e la eadem causa obbligandi la unicità della causa: il contratto da cui l'obbligazione ha origine. E' discutibile, invece, la unicità della prestazione (idem debitum), che certamente è unica ed indivisibile per il creditore, il quale effettua una prestazione nell'interesse e in favore di tutti condomini (il rifacimento della facciata, l'impermeabilizzazione del tetto, la fornitura del carburante per il riscaldamento etc). L'obbligazione dei condomini (condebitori), invece, consistendo in una somma di danaro, raffigura una prestazione comune, ma naturalisticamente divisibile.

Orbene, nessuna norma di legge espressamente dispone che il criterio della solidarietà si applichi alle obbligazioni dei condomini.

Non certo l'art. 1115 cod. civ., comma 1. Sotto la rubrica "obbligazioni solidali dei partecipanti", la norma stabilisce che ciascun partecipante può esigere che siano estinte le obbligazioni contratte in solido per la cosa comune e che la somma per estinguerle sia ricavata dal

prezzo di vendita della stessa cosa. La disposizione, in quanto si riferisce alle obbligazioni contratte in solido dai comunisti per la cosa comune, ha valore meramente descrittivo, non prescrittivo: non stabilisce che le obbligazioni debbano essere contratte in solido, ma regola le obbligazioni che, concretamente, sono contratte in solido. A parte ciò, la disposizione non riguarda il condominio negli edifici e non si applica al condominio, in quanto regola l'ipotesi di vendita della cosa comune. La disposizione, infatti, contempla la cosa comune soggetta a divisione e non le cose, gli impianti ed i servizi comuni del fabbricato, i quali sono contrassegnati dalla normale indivisibilità ai sensi dell'art. 1119 cod. civ. e, comunque, dalla assoluta inespropriabilità.

D'altra parte, nelle obbligazioni dei condomini la parziarietà si riconduce all'art. 1123 cod. civ., interpretato valorizzando la relazione tra la titolarità della obbligazione e la quella della cosa. Si tratta di obbligazioni propter rem, che nascono come conseguenza dell'appartenenza in comune, in ragione della quota, delle cose, degli impianti e dei servizi e, solo in ragione della quota, a norma dell'art. 1123 cit., i condomini sono tenuti a contribuire alle spese per le parti comuni. Per la verità, la mera valenza interna del criterio di ripartizione raffigura un espediente elegante, ma privo di riscontro nei dati formali.

Se l'argomento che la ripartizione delle spese regolata dall'art. 1123 cod. civ., comma 1, riguardi il mero profilo interno non persuade, non convince neppure l'asserto che lo stesso art. 1223 c.c., comma 2 - concernente la ripartizione delle spese per l'uso delle parti comuni destinate a servire i condomini in misura diversa, in proporzione all'uso che ciascuno può farne - renda impossibile l'attuazione parziaria all'esterno: con la conseguenza che, quanto all'attuazione, tutte le spese disciplinate dall'art. 1223 cit. devono essere regolate allo stesso modo.

Entrambe le ipotesi hanno in comune il collegamento con la res. Il primo comma riguarda le spese per la conservazione delle cose comuni, rispetto alle quali l'inerenza ai beni è immediata; il secondo comma concerne le spese per l'uso, in cui sussiste comunque il collegamento con le cose: l'obbligazione, ancorchè influenzata nel quantum dalla misura dell'uso diverso, non prescinde dalla contitolarità delle parti comuni, che ne costituisce il fondamento. In ultima analisi, configurandosi entrambe le obbligazioni come obligationes propter rem, in quanto connesse con la titolarità del diritto reale sulle parti comuni, ed essendo queste obbligazioni comuni naturalisticamente divisibili ex parte debitoris, il vincolo solidale risulta inapplicabile e prevale la struttura intrinsecamente parziaria delle obbligazioni. D'altra parte, per la loro ripartizione in pratica si può sempre fare riferimento alle diverse tabelle millesimali relative alla proprietà ed alla misura dell'uso.

2.5 Nè la solidarietà può ricondursi alla asserita unitarietà del gruppo dei condomini.

Dalla giurisprudenza, il condominio si definisce come "ente di gestione", per dare conto del fatto che la legittimazione dell'amministratore non priva i singoli partecipanti della loro legittimazione ad agire in giudizio in difesa dei diritti relativi alle parti comuni; di avvalersi autonomamente dei mezzi di impugnazione; di intervenire nei giudizi intrapresi dall'amministratore, etc. Ma la figura dell'ente, ancorchè di mera gestione, suppone che coloro i quali ne hanno la rappresentanza non vengano surrogati dai partecipanti. D'altra parte, gli enti di gestione in senso tecnico raffigurano una categoria definita ancorchè non unitaria, ai quali dalle leggi sono assegnati compiti e responsabilità differenti e la disciplina eterogenea si adegua alle disparate finalità perseguite (L. 22 dicembre 1956, n. 1589, art. 3). Gli enti di gestione operano in concreto attraverso le società per azioni di diritto comune, delle quali detengono le partecipazioni azionarie e che organizzano nei modi più opportuni: in attuazione delle direttive governative, razionalizzano le attività controllate, coordinano i programmi e assicurano l'assistenza finanziaria mediante i fondi di dotazione.

Per la struttura, gli enti di gestione si contrassegnano in ragione della soggettività (personalità giuridica pubblica) e dell'autonomia patrimoniale (la titolarità delle partecipazioni azionarie e del fondo di dotazione).

Orbene, nonostante l'opinabile rassomiglianza della funzione - il fatto che l'amministratore e l'assemblea gestiscano le parti comuni per conto dei condomini, ai quali le parti comuni appartengono - le ragguardevoli diversità della struttura dimostrano la inconsistenza del ripetuto e acritico riferimento dell'ente di gestione al condominio negli edifici.

Il condominio, infatti, non è titolare di un patrimonio autonomo, nè di diritti e di obbligazioni: la titolarità dei diritti sulle cose, gli impianti e i servizi di uso comune, in effetti, fa capo ai singoli condomini; agli stessi condomini sono ascritte le obbligazioni per le cose, gli impianti ed i servizi comuni e la relativa responsabilità; le obbligazioni contratte nel cosiddetto interesse del condominio non si contraggono in favore di un ente, ma nell'interesse dei singoli partecipanti.

Secondo la giurisprudenza consolidata, poi, l'amministratore del condominio raffigura un ufficio di diritto privato assimilabile al mandato con rappresentanza: con la conseguente applicazione, nei rapporti tra l'amministratore e ciascuno dei condomini, delle disposizioni sul mandato.

Orbene, la rappresentanza, non soltanto processuale, dell'amministratore del condominio è circoscritta alle attribuzioni - ai compiti ed ai poteri - stabilite dall'art. 1130 cod. civ..

In giudizio l'amministratore rappresenta i singoli condomini, i quali sono parti in causa nei limiti della loro quota (art. 1118 e 1123 cod. civ.). L'amministratore agisce in giudizio per la tutela dei diritti di ciascuno dei condomini, nei limiti della loro quota, e solo in questa misura ognuno dei condomini rappresentati deve rispondere delle conseguenze negative. Del resto, l'amministratore non ha certo il potere di impegnare i condomini al di là del diritto, che ciascuno di essi ha nella comunione, in virtù della legge, degli atti d'acquisto e delle convenzioni. In proporzione a tale diritto ogni partecipante concorre alla nomina dell'amministratore e in proporzione a tale diritto deve ritenersi che gli conferisca la rappresentanza in giudizio. Basti pensare che, nel caso in cui l'amministratore agisca o sia convenuto in giudizio per la tutela di un diritto, il quale fa capo solo a determinati condomini,

soltanto i condomini interessati partecipano al giudizio ed essi soltanto rispondono delle conseguenze della lite.

Pertanto, l'amministratore - in quanto non può obbligare i singoli condomini se non nei limiti dei suoi poteri, che non contemplano la modifica dei criteri di imputazione e di ripartizione delle spese stabiliti dall'art. 1123 c.c. - non può obbligare i singoli condomini se non nei limiti della rispettiva quota.

2.5 Riepilogando, ritenuto che la solidarietà passiva, in linea di principio, esige la sussistenza non soltanto della pluralità dei debitori e della identica causa dell'obbligazione, ma altresì della indivisibilità della prestazione comune; che in mancanza di quest'ultimo requisito e in difetto di una espressa disposizione di legge, la intrinseca parziarietà della obbligazione prevale;

considerato che l'obbligazione ascritta a tutti i condomini, ancorchè comune, è divisibile, trattandosi di somma di danaro; che la solidarietà nel condominio non è contemplata da nessuna disposizione di legge e che l'art. 1123 cit, interpretato secondo il significato letterale e secondo il sistema in cui si inserisce, non distingue il profilo esterno e quello interno; rilevato, infine, che - in conformità con il difetto di struttura unitaria del condominio, la cui organizzazione non incide sulla titolarità individuale dei diritti, delle obbligazioni e della relativa responsabilità - l'amministratore vincola i singoli nei limiti delle sue attribuzioni e del mandato conferitogli in ragione delle quote: tutto ciò premesso, le obbligazioni e la susseguente responsabilità dei condomini sono governate dal criterio dalla parziarietà. Ai singoli si imputano, in proporzione alle rispettive quote, le obbligazioni assunte nel cosiddetto "interesse del condominio", in relazione alle spese per la conservazione e per il godimento delle cose comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza. Pertanto, le obbligazioni dei condomini sono regolate da criteri consimili a quelli dettati dagli artt. 752 e 1295 cod. civ., per le obbligazioni ereditarie, secondo cui i coeredi concorrono al pagamento dei debiti ereditali in proporzione alle loro quote e l'obbligazione in solido di uno dei condebitori tra gli eredi si ripartisce in proporzione alle quote ereditarie.

2.6 Il contratto, stipulato dall'amministratore rappresentante, in nome e nell'interesse dei condomini rappresentati e nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetti nei confronti dei rappresentati. Conseguita nel processo la condanna dell'amministratore, quale rappresentante dei condomini, il creditore può procedere all'esecuzione individualmente nei confronti dei singoli, secondo la quota di ciascuno.

Per concludere, la soluzione, prescelta secondo i rigorosi principi di diritto che regolano le obbligazioni contrattuali comuni con pluralità di soggetti passivi, appare adeguata alle esigenze di giustizia sostanziale emergenti dalla realtà economica e sociale del condominio negli edifici.

Per la verità, la solidarietà avvantaggerebbe il creditore il quale, contrattando con l'amministratore del condominio, conosce la situazione della parte debitrice e può cautelarsi in vari modi; ma appare preferibile il criterio della parziarietà, che non costringe i debitori ad anticipare somme a volte rilevantissime in seguito alla scelta (inattesa) operata unilateralmente dal creditore. Allo stesso tempo, non si riscontrano ragioni di opportunità per posticipare la ripartizione del debito tra i condomini al tempo della rivalsa, piuttosto che attuarla al momento dell'adempimento.

Respinto il motivo principale, non merita accoglimento nessuno degli altri motivi di ricorso.

Non il secondo ed il sesto. Stando alle disposizioni sul condominio (art. 67 disp. att. del resto in conformità con quanto stabilito per le spese gravanti sull'usufrutto dagli artt. 1004 e 1005 cod. civ.), fanno carico all'usufruttuario le spese attinenti all'ordinaria amministrazione ed al semplice godimento delle cose e dei servizi comuni, mentre le innovazioni, le ricostruzioni e le spese di manutenzione straordinaria competono al proprietario: ma le spese fanno capo all'usufruttuario limitatamente al tempo in cui egli è titolare del diritto reale su cosa altrui. Correttamente, perciò, la Corte d'Appello non ha considerato responsabile Ra.Al., in quanto l'usufrutto da lui era stato acquistato in epoca successiva alla data, in cui l'esecuzione dei lavori era stata commissionata ed eseguita.

Non il terzo motivo, posto che il giudice del merito ha preso in esame la questione di diritto inerente alla la controversia e ritenuta indispensabile per la decisione.

Non il quarto ed il quinto motivo, in quanto la decisione sulle spese processuali è rimessa al giudice del merito, con il solo limite di non condannare la parte interamente vittoriosa.

Avuto riguardo alla difficoltà della materia ed al contrasto esistente in giurisprudenza, si ravvisano i giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

LA CORTE Rigetta il ricorso e compensa le spese.
Così deciso in Roma, il 4 marzo 2008.
Depositato in Cancelleria il 8 aprile 2008

II)

Il fatto

Con decreto del 18 luglio 1998 il Presidente del Tribunale di Roma ingiungeva al Condominio dello stabile sito in (OMISSIS), il pagamento, in favore di MAR s.r.l., della somma di L. 51.000.000, oltre interessi e spese.

Il 6 aprile 1999 l'ingiungente notificava ad alcuni condomini, tra i quali F.M. e I.G., unitamente al predetto provvedimento, in forma esecutiva, atto di precetto con il quale intimava loro il pagamento della somma di L. 43.682.140, oltre accessori.

Con ricorso depositato il 10 luglio 1999 F.M. proponeva opposizione all'esecuzione, deducendo l'insussistenza del diritto della società istante a procedere in executivis nei suoi confronti.

Con sentenza del 9 maggio 2001 il giudice di primo grado, in accoglimento del mezzo, dichiarava l'inesistenza del diritto dell'opposta a procedere contro il F. e lo I..

Per quanto riportato in ricorso, il decidente motivava il suo convincimeli lo richiamando l'accordo stipulato nel gennaio del 1998 tra il creditore procedente e l'ammini-

stratore del condominio, accordo del quale affermava la diretta giustiziabilità da parte dei singoli condomini.

Assumeva che con esso le parti avevano elevato a elemento costitutivo del diritto della parte istante di procedere ad esecuzione forzata per l'intero nei confronti di uno solo dei condomini, l'essere lo stesso moroso o, alternativamente, l'avere il creditore inutilmente sperimentato l'esecuzione nei confronti di tutti i condomini morosi.

In tale contesto, secondo il decidente, MAR doveva ritenersi gravata dall'onere di dimostrare, per poter validamente agire in executivis nei confronti dell'opponente, che, al momento del pignoramento, il F. e lo I. erano effettivamente morosi nel pagamento della quota di loro spettanza, per il che era indispensabile una attività probatoria che l'opposta non aveva svolto.

Proposto gravame, la Corte d'appello di Roma, in data 21 aprile 2005, in riforma della impugnata sentenza, rigettava l'opposizione all'esecuzione proposta da F.M. e da I. G. nei confronti di MAR s.r.l.

Avverso detta pronuncia propone ricorso per cassazione F. M., articolando due motivi e notificando l'atto a MAR s.r.l. e a I.G..

Solo la prima ha notificato controricorso.

Entrambe le parti costituite hanno depositato memoria.

La motivazione

(…) *Omissis*

La scelta operata in dispositivo dalla Corte territoriale è basata su un doppio passaggio logico, l'uno esplicito e l'altro implicito.

Il primo è che ai debiti contratti dal condominio per il godimento dei beni e dei sevizi comuni e, in particolare, per l'effettuazione di lavori di ristrutturazione, di rifacimento o di manutenzione dell'edificio si applica il principio della solidarietà, per cui all' adempimento delle relative obbligazioni possono essere chiamati per l'intero tutti e ciascuno dei condomini; il secondo è che agli effetti di siffatta solidarietà passiva le parti non possono sottrarsi a mezzo di accordi volti ad escludere il diritto del creditore di pretendere l'adempimento di tutto quanto gli spetta da uno qualsiasi dei condebitori.

Da entrambe tali affermazione il collegio ritiene di dovere dissentire.

Al riguardo mette conto anzitutto ricordare il tenore dell'art. 1294 c.c., che consacra la presunzione di solidarietà passiva: nelle obbligazioni con pluralità di debitori, dice la norma, questi si intendono tenuti in solido, salvo che dalla legge o dal titolo non risulti diversamente. Ed è addirittura ovvio che con quest'ultima espressione, il titolo, il legislatore abbia inteso evocare la fonte negoziale del rapporto, nella quale le parti ben possono diversamente normare la fase dell'adempimento, con la rinuncia del creditore alle agevolazioni che gli derivano dalla possibilità di chiedere e ottenere da uno solo dei soggetti passivi il pagamento dell'intero suo credito.

Tanto precisato, coglie evidentemente nel segno la critica formulata dal ricorrente in ordine alla omessa considerazione del contenuto dell'accordo stipulato tra il Condominio e l'impresa esecutrice delle opere di rifacimento dello stabile: lungi dal prescindere da quelle previsioni pattizie, pur date per certe nella loro struttura semantica, il giudice d'appello doveva con esse confrontarsi, al fine di appurare se avevano o meno la portata regolativa pretesa dall'opponente - condivisa dal giudice di prime cure e contestata dalla controparte nell'atto di gravame - e se, nella fattispecie, le condizioni ivi previste fossero state rispettate.

E in realtà, considerato che l'accordo transattivo concluso tra MAR s.r.l. e il Condominio, in persona del suo amministratore, prevedeva l'impegno della impresa costruttrice a eseguire eventuali pignoramenti per somme rimaste impagate esclusivamente nei confronti dei condomini che si fossero resi morosi e ad agire contro gli altri solo in caso di accertata incapienza degli stessi, riesce difficile negare che esso mirava proprio a escludere la secca applicazione della regola per cui i condebitori sono tenuti in solido, così integrando il titolo previsto dall'art. 1294 c.c..

Non è superfluo aggiungere che l'accordo, col suo trasparente intento di elevare a condizione dell'azione esecutiva di MAR la morosità del condomino o, alternativamente, l'infruttuosità dell'azione esecutiva nei confronti di tutti i morosi, è maturato in un assetto ordinamentale in cui era assolutamente maggioritaria la tosi della natura solidale della responsabilità dei singoli condomini per le obbligazioni contratte dal condominio verso i terzi, tesi solo di recente smentita dalle sezioni unite che, rivisitando la vexata quaestio, ne hanno invece affermato la natura parziaria (Cass. sez. un. 8 aprile 2008, n. 9148). Il revirement si è giovato dei concorrenti rilievi che la solidarietà passiva esige, in linea di principio, la sussistenza non soltanto della pluralità dei debitori e dell'identica causa dell'obbligazione, ma altresì della indivisibilità della prestazione comune, di modo che, in mancanza di quest'ultimo requisito e in difetto di un'espressa disposizione di legge, l'intrinseca parziarietà dell'obbligazione prevale; che l'obbligazione ascritta a tutti i condomini, ancorchè comune, è divisibile, trattandosi di somma di denaro; che la solidarietà del condominio non è contemplata da alcuna disposizione di legge e che l'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 1123 c.c., impone di escludere che possa distinguersi tra profilo esterno e profilo interno dell'obbligazione; che, infine, in dipendenza del difetto di struttura unitaria del condominio, l'amministratore vincola i singoli nei limiti delle sue attribuzioni e del mandato conferitogli in ragione delle quote.

4.2 L'adesione del collegio a tale orientamento non consente tuttavia di ritenere assorbita ogni altra questione posta dalla presente controversia e guadagnato tout court l'approdo dell'accoglimento del secondo motivo di ricorso.

E invero, il mutamento del diritto vivente in punto di natura delle obbligazioni contratte dall'amministratore in nome e per conto del condominio non incide sul carattere disponibile della relativa disciplina e, quindi, sulla perdurante operatività dell'accordo transattivo del gennaio 1998, così imponendo la verifica della sussistenza di quell'elemento da esso elevato a condizione di legittimità dell'azione esecutiva proposta, nei confronti di uno solo dei condomini, per tutte le somme rimaste impagate: col solo effetto che la regolamentazione pattizia, che nel pre-

cedente assetto interpretativo si prestava a essere qualificata come limitativa della solidarietà, ora appare limitativa della parziarietà.

Ciò posto, ritiene il collegio che sussistano gli elementi per escludere l'esito positivo dello scrutinio, non essendo stata impugnata, in sede di gravame, l'affermazione del giudice di prime cure in ordine alla mancanza di prova della morosità del F..

La linea difensiva di Mar si è invero incentrata nella stentorea reiterazione dell'assunto, per vero ininfluente, che l'opponente compariva tra i condomini a suo tempo indicati come morosi dall'amministratore, senza confrontarsi con gli argomentati richiami svolti, nella sentenza di primo grado, alla documentazione prodotta dall'opponente, successiva a quella versata in atti da MAR, dimostrativa del venir meno della morosità del F. ben prima dell'inizio dell'azione esecutiva.

Ne deriva che, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, in accoglimento del secondo motivo di ricorso, cassata la sentenza impugnata, deve essere accolta l'opposizione alla esecuzione proposta dal F..

Segue la condanna di MAR s.r.l. al pagamento delle spese del giudizio di gravame e di quello di cassazione.

P.Q.M.

La Corte:

Rigetta il primo motivo di ricorso; accoglie il secondo; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e, decidendo nel merito, accoglie l'opposizione all'esecuzione. Condanna MAR s.r.l. al pagamento in favore di F.M. del spese del giudizio di appello, liquidate in complessivi Euro 2.400,00, (di cui Euro 200,00, per spese) e di quelle del giudizio di cassazione, liquidate in complessivi Euro 1.700,00, (di cui Euro 200,00, per spese), oltre spese generali e accessori, come per legge.

IL COMMENTO

1. Il caso e i due orientamenti giurisprudenziali.

Il caso sotteso all'importante e articolato intervento delle Sezioni Unite della Cassazione[1] è molto frequente: riguarda l'inadempimento del corrispettivo dovuto per lavori di manutenzione straordinaria eseguiti in un edificio condominiale.

Il Presidente del Tribunale di Bologna ingiunge al condominio e a due condomini in solido di pagare alla società creditrice il saldo richiesto. I due condomini propongono opposizione al decreto ingiuntivo adducendo di aver adempiuto *pro quota*, in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, alle obbligazioni assunte nei confronti della società appaltatrice.

La questione giuridica posta all'esame delle Sezioni Unite attiene alla controversa natura delle obbligazioni condominiali: solidali o parziarie.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, la responsabilità dei singoli condomini per le obbligazioni a carico del condominio ha natura solidale. La Cassazione, in diverse pronunce, ha affermato che il principio generale sancito dall'art. 1294 c.c. (c.d. presunzione di solidarietà passiva) non è derogato dall'art. 1223 c.c. Quest'ultima norma, continua la Suprema Corte, sebbene stabilisca che le spese riguardanti le parti comuni «sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno», pone un criterio che opera soltanto nei rapporti interni tra condomini, non anche nei confronti del creditore il quale beneficia della solidarietà[2].

E' evidente come questa soluzione, funzionale a una maggior tutela del credito, avvantaggi il creditore il quale, interpellato inutilmente il condominio nella persona dell'amministratore, potrà agire per l'intero importo nei confronti del condomino più abbiente. Quest'ultimo, invece, rischia di essere

[1] Cass. Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148, in *Guida al dir.*, 2008, 17, p. 38 ss., con commento di S. CASTRO.

[2] Cass., 11 novembre 1971, n. 3235, in *Foro it.*, 1972, I, c. 2574; Cass., 18 dicembre 1978, n. 6073, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1290; Cass., 5 aprile 1982, n. 2085, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 989; Cass., 17 aprile 1993, n. 4558, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 592 ss.; Cass., 23 febbraio 1999, n. 1510, in *De Jure on line*; Cass., 30 luglio 2004, n. 14593, in *De Jure on line*; Cass., 31 agosto 2005, n. 17563, in *Arch. loc.*, 2006, 2, p. 195 ss. La seconda sentenza (n. 6073/1978) contiene un'ampia motivazione a sostegno della natura solidale delle obbligazioni condominiali. In essa si sostiene che non vi è alcuna norma che deroghi al principio generale di solidarietà passiva sancito dall'art. 1294 c.c. Gli artt. 754 e 1295 c.c., sulla divisibilità tra i coeredi dei debiti ereditari in proporzione della rispettiva quota, derogano al principio generale espresso dall'art. 1294 c.c. Tali norme, proprio in quanto disciplinano un caso in deroga «non sono suscettibili di indiscriminata applicazione ad un ambito del tutto diverso quale quello della proprietà condominiale, tanto più considerando che non è oggettivamente ravvisabile neppure una *eadem ratio*». Neppure l'art. 1123 c.c., continua la sentenza, consente di affermare la natura parziaria delle obbligazioni condominiali, perché il criterio della ripartizione dell'obbligazione in proporzione al valore della proprietà di ciascun condomino opera solo nei rapporti interni ai condomini, come dimostrerebbe anche il comma 2 della medesima norma. Il criterio previsto da questo comma della ripartizione in proporzione all'uso che ciascuno può fare della cosa comune, è - si afferma - di certo inopponibile al creditore.
Nella sentenza in parola vi è un ultimo richiamo normativo a sostegno della solidarietà che, come vedremo meglio in seguito, appare essere il più debole perché privo di approfondimento. I Supremi giudici instaurano un discutibile parallelismo tra comunione e condominio, rilevando che l'art. 1115 c.c., sia pur in «un ambito diverso, ma certamente contiguo, qual è quello della comunione, espressamente qualifica solidali le obbligazioni contratte per la cosa comune».

pregiudicato in quanto si espone all'insuccesso o alle gravi difficoltà - esistenti nei grandi condomini - dell'azione di rivalsa nei confronti dei condomini morosi.

L'orientamento minoritario, invece, afferma che le obbligazioni sorte per la conservazione e per il godimento delle parti comuni sono parziarie[3]. Il debito, quindi, deve essere diviso tra i condomini in proporzione alle rispettive quote di proprietà; di conseguenza il creditore può soddisfarsi su ciascun debitore soltanto per la somma da ciascuno dovuta.

In questa prospettiva, a essere svantaggiato (*rectius*: a non essere assolutamente favorito) è il creditore il quale rischia di non riscuotere una parte del credito. Al contrario il debitore solvente non incorre in alcun pregiudizio perché egli, essendo destinatario di una richiesta di pagamento *pro quota*, non deve farsi carico dell'eventuale insolvenza degli altri obbligati. Chi ha già pagato in proporzione alla propria quota non può essere nuovamente chiamato ad adempiere. La regola della parziarietà impedisce che l'inadempimento dell'obbligazione condominiale da parte di alcuni condomini determini effetti dirompenti sulla vita di quel condomino che abbia, invece, correttamente adempiuto.

Le Sezioni Unite hanno accolto l'orientamento minoritario con una complessa motivazione che, pur esponendosi a forti critiche, cerca di sorreggere una soluzione in equilibrio tra opposti principi.

Di recente la terza sezione civile della Cassazione[4] ha confermato la natura parziaria delle obbligazioni che gravano sul condominio.

[3] Cass., 27 settembre 1996, n. 8530, in *Foro it.*, 1997, I, c. 872 ss., con nota di V. Colonna, *Sulla natura delle obbligazioni del condominio*. La sentenza oltre a concludere che «nessuna disposizione specifica ricollega al condominio negli edifici il principio della solidarietà», esclude il vincolo di solidarietà tra l'amministratore nuovo e i singoli condomini. E' utile riassumere il caso concreto. L'*ex* amministratore di un condominio conviene in giudizio quest'ultimo in persona del nuovo amministratore e tutti condomini morosi, chiedendo la condanna al pagamento in solido della somma che egli ha anticipato durante la sua gestione. Secondo la Suprema Corte, l'ex amministratore può agire cumulativamente nei confronti dell'amministratore del condominio per l'intero importo e nei confronti dei singoli condomini nei limiti della quota di ciascuno.

[4] Cass., 21 luglio 2009, n. 16920, in *Diritto e Giustizia on line*. La lite giudiziaria trae origine da un accordo concluso tra l'amministratore del condominio e il creditore secondo il quale l'esercizio dell'azione esecutiva nei confronti di un solo condomino era condizionata alla morosità di quest'ultimo o, alternativamente, all'infruttuosità dell'esecuzione nei confronti di tutti i condomini morosi. Tale accordo, concluso al tempo in cui l'obbligazione dei condomini era ritenuta solidale dalla giurisprudenza maggioritaria, perseguiva la finalità di escludere l'applicazione dell'art. 1294 c.c. (solidarietà passiva). Oggi, alla luce dell'orientamento delle Sezioni Unite, non occorre più stipulare accordi come questo.

2. Gli argomenti delle Sezioni Unite: natura parziaria delle obbligazioni condominiali.

In virtù dell'orientamento minoritario accolto dalle Sezioni Unite, ciascun condomino risponde delle obbligazioni condominiali in proporzione alla propria quota, tradotta in millesimi, di proprietà. Il creditore non può chiedere a ciascun condomino, come invece avveniva prima della sentenza in commento, l'adempimento dell'intero credito secondo le regole della solidarietà.

Il ragionamento a sostegno muove dall'accoglimento dell'interpretazione più accreditata secondo la quale per aversi solidarietà occorre la contestuale presenza di tre condizioni: 1) pluralità di debitori (o di creditori); 2) unicità della causa dell'obbligazione (*eadem causa obligandi*); 3) unicità della prestazione (*eadem res debita*).

La sentenza, al fine chiarire il rapporto tra solidarietà e divisibilità, si concentra sul requisito dell'unicità della prestazione identificandolo - in modo dubbio - con l'indivisibilità. Il principio generale di solidarietà tra condebitori sancito dall'art. 1294 c.c. opera, per le Sezioni Unite, quando la prestazione comune a ciascun debitore è indivisibile. Se, invece, l'obbligazione è divisibile, si legge nella pronuncia, «il principio della solidarietà passiva va contemperato con quello della divisibilità stabilito dall'art. 1314 cod. civ., secondo cui se più sono i debitori ed è la stessa la causa dell'obbligazione, ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte». Il requisito dell'invisibilità sarebbe, dunque, condizione della solidarietà.

In caso di divisibilità dell'obbligazione, continuano le Sezioni Unite, soltanto un'*espressa disposizione di legge* può stabilirne la natura solidale. Ora l'obbligazione assunta nel c.d. interesse del "condominio" (in realtà da ascrivere ai singoli condomini), consistendo in una somma di denaro, è naturalisticamente divisibile e dunque parziaria in assenza di una disposizione normativa che disponga la solidarietà. Inoltre, si afferma recisamente nella sentenza: «nessuna norma di legge espressamente dispone che il criterio della solidarietà si applichi alle obbligazioni condominiali».

Non l'art. 1115 c.c. perché esso regola le obbligazioni che, concretamente e non per legge, sono state contratte in solido e si applica alla vendita della cosa comune non alle parti comuni dell'edificio contrassegnate dalla normale indivisibilità (art. 1119 c.c.) e dall'assoluta inespropriabilità.

Spostando l'attenzione alla normativa del condominio, le Sezioni Unite individuano, invece, una norma che porrebbe chiaramente, nonostante qual-

che interpretazione contraria, la regola della parziarietà delle obbligazioni assunte nell'interesse dei condomini. E' l'art. 1223 c.c., disposizione da interpretare, secondo i supremi giudici, valorizzando la relazione tra titolarità dell'obbligazione e della cosa. In quest'ottica si coglierebbe come la regola posta dal comma 1 della responsabilità in misura proporzionale al valore della proprietà di ogni condomino nasca per l'appartenenza in comune, in ragione della quota, delle parti condominiali (art. 1117 c.c.). Viene in rilievo la figura delle obbligazioni *propter rem* in virtù del collegamento con la titolarità del diritto reale sulle parti comuni; ora, essendo le obbligazioni assunte nell'interesse dei condomini «naturalisticamente divisibile *ex parte debitoris*, il vincolo solidale risulta inapplicabile e prevale la struttura intrinsecamente parziaria delle obbligazioni»[5].

Le Sezioni Unite rafforzano questo ragionamento richiamando, in chiave sistematica, gli artt. 752, 754 e 1295 c.c. Queste norme stabiliscono la responsabilità *pro quota* dei coeredi per i debiti del *de cuius*, nonché la divisibilità tra gli stessi, sempre in proporzione delle rispettive quote, di uno dei condebitori in solido. La ragione di tale prescrizione risiede nella stretta connessione tra le obbligazioni e la quota ereditaria.

Da ciò la sentenza in commento trae la conclusione che «laddove si riscontra lo stesso vincolo tra l'obbligazione e la quota e nella struttura dell'obbligazione, originata dalla medesima causa per una pluralità di obbligati, non sussiste il carattere della indivisibilità della prestazione, è ragionevole inferire che rispetto alla solidarietà non contemplata (espressamente) prevalga la struttura parziaria del vincolo». Il che accadebbe per le obbligazioni assunte dal condominio per il godimento e la gestione delle parti comuni.

Terminata l'analisi incentrata sulle obbligazioni solidali e parziarie, le Sezioni Unite svolgono un ultimo argomento inerente la natura giuridica del condominio: esse si chiedono se quest'ultimo sia un ente autonomo, con un proprio patrimonio, rispetto ai soggetti che lo costituiscono, ovvero se l'interesse debba essere ravvisato soltanto in capo ai singoli condomini. La sentenza assume una posizione netta a favore di quest'ultima soluzione.

Il condominio, si afferma, non può essere assimilato all' «ente di gestione in senso tecnico» cui la legge assegna determinati compiti (art. 3 l. n. 1589/1956)[6]. Tale ente opera attraverso la società per azioni di diritto comune della quale detiene partecipazioni azionarie, società a sua volta organizzata dallo stesso ente nei modi più opportuni in attuazione delle direttive governative. Sotto il profilo strutturale, l'ente di gestione è dotato di soggettività (personalità giuridica pubblica) e di autonomia patrimoniale, essendo titolare delle partecipazioni azionarie e del fondo di dotazione.

Il condominio, invece, si scrive nella sentenza, «non è titolare di un patrimonio autonomo, né di diritti e di obbligazioni: la titolarità dei diritti sulle cose, gli impianti e i servizi di uso comune fa capo ai singoli condomini». Ciò perché «le obbligazioni contratte nel cosiddetto interesse del condominio non si contraggono in favore di un ente, ma nell'interesse dei singoli partecipanti».

A conferma le Sezioni Unite ricordano che, secondo la giurisprudenza consolidata, «l'amministratore del condominio raffigura un ufficio di diritto privato assimilabile al mandato con rappresentanza» con conseguente applicazione, nei rapporti tra amministratore e ciascun condomino, delle regole sul mandato. Nello svolgimento delle sue attribuzioni (art. 1130 c.c.) l'amministratore, continua la sentenza, non può impegnare i condomini oltre il diritto che ciascuno di questi ha nella comunione ai sensi di legge, degli atti di acquisto e delle convenzioni (in dottrina si parla di mandato *pro quota*). Nei limiti di tale diritto l'amministratore rappresenta i singoli condomini; si consideri che se l'amministratore agisce o è convenuto in giudizio per la tutela di un diritto di cui siano titolari determinati condomini, solo questi ultimi partecipano al giudizio e rispondono delle conseguenze.

In sostanza con questo ragionamento si vuol rilevare che se i condomini attribuiscono al mandata-

[5] Le Sezioni Unite rigettano l'opinione della rilevanza meramente interna della regola, sancita dall'art. 1123 c.c., secondo cui le spese per le parti comuni si dividono in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascun condomino. Secondo tale opinione il creditore può chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione al singolo condomino; quest'ultimo, eseguito il pagamento, ha diritto di agire in regresso nei confronti degli altri coobbligati. Nella sentenza, invece, si afferma che «la mera valenza interna del criterio di ripartizione raffigura un espediente elegante, ma privo di riscontro nei dati formali».
Le Sezioni Unite respingono anche un altro argomento addotto a sostegno della solidarietà: il criterio «dell'uso che ciascuno può farne», sancito dall'art. 1123 co. 2 c.c., sarebbe inopponibile da parte di ciascun condomino al creditore perché piuttosto generico. In verità, secondo i Supremi giudici, vi potrà essere qualche difficoltà nel precisare l'uso diverso, ma non un'impossibilità di delimitare con precisione l'ambito di responsabilità di ogni singolo condomino.

[6] Assimilano, invece, il condominio all'ente di gestione Cass., 2 ottobre 1992, n. 10835, in *Foro it. on line*; Cass., 11 dicembre 1993, n. 12208, in *Arch. loc.*, 1994, p. 303 ss.; Cass., 28 gennaio 2000, n. 976, in *Arch. loc.*, 2000, p. 417. Secondo questa ricostruzione il condominio è un ente titolare dei diritti previsti dalla legge ed è gravato dagli obblighi per la gestione delle parti comuni, la cui titolarità spetta altresì al condominio.

rio un potere limitato in ragione della loro quota non si può ritenere che essi siano vincolati oltre il limite della stessa come accadrebbe qualora alle obbligazioni assunte dall'amministratore in rappresentanza dei condomini si ritenesse applicabile la regola della solidarietà.

La decisione delle Sezioni Unite, nonostante le pregnanti critiche della dottrina, è stata di recente confermata dalla Cassazione[7] la quale ha ribadito che la solidarietà passiva esige la sussistenza non solo della pluralità dei debitori e dell'identica causa dell'obbligazione, ma altresì della indivisibilità della prestazione comune.

Prima di esaminare alcune di queste critiche dottrinali indirizzate soprattutto all'idea che l'indivisibilità sia condizione della solidarietà, è utile fare un cenno alle implicazioni pratiche dell'orientamento delle Sezioni Unite sul rapporto obbligatorio. Se l'amministratore non adempie l'obbligazione assunta, il creditore dovrà rivolgere la richiesta di pagamento a tutti i condomini condebitori inadempienti, ognuno responsabile in proporzione alla propria quota di proprietà. Tale richiesta, tuttavia, per essere formulata correttamente, dovrà essere preceduta dall'esame delle tabelle millesimali finalizzato a determinare le singole quote debitorie. Il credito, quindi, si fraziona in tante parti quanti sono i debitori.

Se l'inadempimento permane, il creditore, terminato il processo (ingiuntivo o ordinario di cognizione) di accertamento del credito, dovrà avviare tante azioni esecutive quanti sono i debitori inadempienti (*id est*: più precetti, più pignoramenti distinti).

3. Dubbi sulla motivazione delle Sezioni Unite. L'unicità della prestazione e l'indivisibilità.

Uno degli argomenti centrali delle Sezioni Unite s'incentra sull'indivisibilità, reputata requisito essenziale della solidarietà. Se l'obbligazione è divisibile, si afferma, «il principio della solidarietà passiva va contemperato con quello della divisibilità stabilito dall'art. 1314 c.c.», disposizione, questa, che sancisce la responsabilità *pro parte* se la prestazione è divisibile. Solo un'*espressa previsione legislativa*, continua la sentenza, può stabilire che un'obbligazione divisibile sia soggetta alla regola della solidarietà.

E' agevole obiettare che gli artt. 1292 e 1294 c.c. non prescrivono l'indivisibilità tra i caratteri della solidarietà. Ciò trova conferma nell'interpretazione sistematica da cui emerge come la solidarietà sia compatibile soprattutto con la divisibilità della prestazione. Un'attenta dottrina ha nettamente distinto i piani dell'indivisibilità e della solidarietà: il primo attiene alla natura della prestazione, il secondo al modo di attuazione del rapporto obbligatorio[8]. Soffermiamoci su quest'affermazione.

L'art. 1314 c.c. stabilisce che ove la prestazione sia divisibile ciascun debitore risponde solo per la parte cui è tenuto, ma ciò accade, sempre ai sensi di questa norma, solo se «l'obbligazione non è solidale»[9]. Ne consegue che l'interprete deve anzitutto verificare se l'obbligazione sia solidale; solo qualora non lo sia si applicherà la disciplina delle obbligazioni divisibili[10].

---

[7] Cass., 21 luglio 2009, n. 16920, cit.

[8] Secondo F. D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, p. 82 ss., ID., voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, 1979, p. 338, la solidarietà è una modalità tipica di attuazione del rapporto obbligatorio, invece indivisibilità e divisibilità costituiscono un modo di essere della prestazione. La solidarietà è dunque compatibile con la divisibilità; essa, osserva M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. it.*, 1965, p. 676, «può costituire anzitutto una modalità dell'obbligazione parziaria» la quale resta frazionabile nei rapporti interni (art. 1298 c.c.). La solidarietà deve essere distinta anche dall'indivisibilità della prestazione come si desume chiaramente dall'art. 1317 c.c. nella parte in cui, in relazione alle obbligazioni indivisibili, subordina l'applicabilità delle norme sulla solidarietà ad una verifica di compatibilità. A tal proposito la dottrina ha distinto dalle obbligazioni solidali le obbligazioni ad attuazione congiunta (o collettive) in cui la prestazione deve essere adempiuta contemporaneamente da tutti i debitori (è il caso dei componenti di un'orchestra che si obbligano a suonare in un concerto). L'effetto tipico dell'obbligazione solidale risiede, invece, nell'adempimento dell'intera obbligazione da parte di uno solo dei debitori. Su questi aspetti cfr. anche U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 170, p. 198; A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, 1979, p. 303 ss.

[9] R. CICALA, *Divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 483, afferma che se l'oggetto della prestazione è divisibile, l'obbligazione è parziaria soltanto se non opera la solidarietà (art. 1314 c.c.). Qualora ciò avvenga - soggiunge l'A. - e vi sia una pluralità originaria di debitori (o di creditori) «l'obbligazione non esiste neppure per un momento come rapporto unico (…). Si costituiscono senz'altro (…) tante obbligazioni quanti sono i soggetti. Si ha la nascita contemporanea di più obbligazioni, una pluralità originaria di rapporti corrispondente alla pluralità originaria di soggetti». In ordine all'obbligazione pecuniaria a carico del condominio, quindi, la divisibilità dell'oggetto della prestazione (il denaro) non implica affatto parziarietà, ossia divisione tra i coobbligati.

[10] A. DI MAJO, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali: l'eterno ritorno - l'attuazione parziaria delle obbligazioni condominiali; una restaurazione ottocentesca del* favor debitoris*?*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, p. 773 ss., critica la motivazione delle Sezioni Unite nella parte in cui riconosce supremazia al principio di divisibilità (art. 1314 c.c.) su quello di solidarietà. L'A. ricorda che lo spirito del codice civile del 1942 è stato di rafforzare le ragioni del creditore rispetto a quelle del debitore, la cui difesa era stata assunta dai codificatori dell'Ottocento quale obiettivo da perseguire. Difatti, nel previgente sistema normativo la solidarietà operava se risultava prevista da una fonte puntuale come un contratto o una norma di legge (*favor debitoris*). La presunzione di solidarietà passiva,

In sostanza la norma postula la compatibilità tra divisibilità e solidarietà; opinando diversamente, l'inciso «e l'obbligazione non è solidale» apparirebbe scorretto (o almeno inutile) perché se la solidarietà opera soltanto qualora l'obbligazione sia indivisibile, come ritengono le Sezioni Unite, è contraddittorio subordinare all'assenza della solidarietà la regola applicabile alla prestazione divisibile.

In verità, nell'opinione delle Sezioni Unite, l'inciso non è inutile se letto nel senso che la solidarietà deve essere oggetto di una riserva di legge. In altri termini, per i Supremi giudici, è come se l'art. 1314 c.c. stabilisse «e l'obbligazione non è solidale per espressa disposizione di legge»: ciò significa che se la prestazione è divisibile e non vi è una legge che, nel caso concreto, sancisca esplicitamente la solidarietà, si applicherà la regola dell'adempimento *pro quota*.

Quest'interpretazione, tuttavia, non è convincente perché l'art. 1314 c.c. non pone una riserva di legge, ma condiziona la disciplina della divisibilità all'assenza della solidarietà la quale, invero, può essere esclusa (e non prevista) in forza della legge o del titolo come sancisce l'art. 1294 c.c. La solidarietà passiva, quindi, qualora la prestazione sia divisibile, non deve essere espressamente prevista bensì esclusa.

Tale conclusione sembra pacifica, ma occorre verificarne la tenuta su un piano sistematico; qui si rinvengono, nuovamente, argomenti a sostegno della solidarietà delle obbligazioni condominiali.

L'art. 1317 c.c. sancisce che le «obbligazioni indivisibili sono regolate dalle norme relative alle obbligazioni solidali»; ora se nonostante questa prescrizione si vuol ritenere con le Sezioni Unite che l'art. 1294 c.c. sia applicabile soltanto se l'obbligazione è indivisibile, è evidente come quest'ultima norma perda gran parte della propria utilità[11]. Anzi, si sovvertirebbe la presunzione di solidarietà passiva[12] la quale può essere disattesa, giova ripeterlo, da un'espressa disposizione di legge o da una deroga contenuta nel titolo.

Tale deroga si riscontra, com'è noto, in tema di responsabilità dei coeredi. Secondo un'interpretazione dottrinale gli artt. 752 e 754 c.c. riguardano due distinti ambiti del rapporto obbligatorio. La prima norma disciplina i rapporti interni tra i condebitori, prevedendo la ripartizione del debito in proporzione alle quote ereditarie. La seconda attiene ai rapporti esterni, stabilendo espressamente, in deroga al principio di solidarietà, che i coeredi rispondono nei confronti dei creditori del *de cuius* in proporzione alla loro quota ereditaria.

Da questa disciplina si può trarre, pertanto, un argomento da opporre al *decisum* delle Sezioni Unite. Esattamente si può sostenere che l'art. 1123 c.c. si riferisca ai rapporti interni tra i condomini, essendo simile all'art. 752 c.c.; e, si aggiunga, mancherebbe nella normativa sul condominio una disposizione analoga all'art. 754 che stabilisca espressamente, nei rapporti esterni, la responsabilità *pro quota* dei singoli condomini per le obbligazioni assunte dall'amministratore del condominio.

Alla luce di quanto esposto le Sezioni Unite si espongono a critica nel ritenere l'indivisibilità presupposto indefettibile della solidarietà, instaurando così una discutibile coincidenza tra unicità della prestazione (*idem debitum*) e indivisibilità. Invece, secondo attenta dottrina «la disciplina dettata dagli artt. 1292 ss. per l'obbligazione solidale fa riferimento all'ipotesi dell'obbligazione solidale divisibile»[13]. Ne consegue che la divisibilità dell'obbligazione pecuniaria dei condomini apre alla solidarietà passiva alla luce del principio generale sancito dall'art. 1294[14].

La sentenza in commento, tuttavia, non è del tutto criticabile se si considera che il vero fondamento della stessa è la centralità della quota nel condomi-

---

osserva Di Majo, è dipesa dall'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali e dalla conseguente «commercializzazione delle prime».

[11] A. Di Majo, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali, op. loc. cit*., argomenta la rilevanza esclusivamente interna della parziarietà delle spese assunte per le parti comuni (art. 1123 c.c) dagli artt. 38, 1115, 2267 c.c. Tali disposizioni intendono impedire che obbligazioni con causa comune si dividano «tra la pluralità di debitori, pregiudicando in tal modo le ragioni creditorie».

[12] S. Pellegatta, *Il dogma della solidarietà e il problema delle obbligazione condominiali (a un anno da Cass., Sez. Un., 8.4.2008, n. 9148)*, in *Nuova giur. civ. comm.*,2009, p. 142 ss. Abbiamo già ricordato che il legislatore del 1942 ha rovesciato la prescrizione contenuta nell'art. 1188 del previgente codice civile secondo cui l'obbligazione in solido non si presumeva, ma doveva essere espressamente stabilita. Il nuovo codice ha scelto, invece, la solidarietà passiva quale regola generale di responsabilità dei condebitori in quanto, secondo la Relazione ministeriale al codice civile del 1942, si è inteso tenere conto della comunione di interessi, fatto che, normalmente, lega più soggetti obbligati per un solo debito. In alcuni casi, tuttavia, il codice vigente sancisce espressamente la solidarietà, mancando la «comunione di interessi» cui fa riferimento la Relazione: artt. 1944, 1272, 1273 e 2054.

[13] Così R. Cicala, *Divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, cit., p. 489 nel prosieguo della nota 113.

[14] N. Izzo, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali* (…), in *Corr. giur*., 2008, 6, p. 773 ss., afferma che le predette norme successorie costituiscono un'eccezione alla presunzione di solidarietà passiva, pertanto ogni deroga a tale principio generale necessita di un'espressa previsione di legge. Le Sezioni Unite invece, secondo l'A., capovolgono la relazione tra norma generale e speciale nel reputare appartenente alla prima categoria l'art. 1123 c.c. la quale al contrario attiene alla «ripartizione interna della prestazione unitaria dovuta nei rapporti esterni».

nio[15]. Tale aspetto diviene decisivo, sebbene non immune da rilievi, se legato all'esatto significato dell'*idem debitum*, requisito, questo, dell'obbligazione soggettivamente complessa che deve essere tenuto distinto dall'indivisibilità.

Occorre allora verificare se sia possibile limitare dall'interno l'ambito applicativo generale della solidarietà passiva, accertando se, in ordine alle obbligazioni condominiali, sussista l'*idem debitum*.

Secondo un'impostazione seguita dalle Sezioni Unite, la struttura del condominio escluderebbe l'unicità della prestazione. Ogni condomino assume un'obbligazione calcolata sulla base dei millesimi di proprietà posseduti; si hanno quindi tante obbligazioni diverse perché differente è l'importo della somma dovuta. L'amministratore di condominio, si osserva, agisce sì come rappresentante di tutti i condomini, ma senza unificare questi ultimi in un centro unitario di imputazione. Egli conclude tanti singoli *mandati con rappresentanza* quanti sono i condomini, di conseguenza l'obbligazione assunta dallo stesso nei confronti di un terzo si frazionerebbe in relazione a ogni mandato e ciascuna frazione rimarrebbe autonoma dalle altre. La motivazione, quindi, per escludere la solidarietà, fa leva sull'inquadramento giuridico dei rapporti tra amministratore e condomini e sui limiti ai poteri del primo[16].

Seguendo questa linea di ragionamento incentrata sulla struttura del condominio si potrebbe concludere che il criterio della responsabilità «proporzionale al valore della proprietà di ciascuno» sancito dall'art. 1123 c.c., abbia, sebbene la norma non lo affermi espressamente, rilevanza esterna. Dovrebbe, pertanto, escludersi la correttezza di quel confronto cui si è innanzi accennato tra l'art. 1123 c.c. e gli artt. 752 e 754 c.c., confronto che era apparso proficuo per argomentare a favore della solidarietà delle obbligazioni condominiali[17].

Non si può nascondere, tuttavia, che i dubbi sulla solidità della ricostruzione compiuta dalle Sezioni Unite permangono ugualmente perché la tesi della responsabilità solidale vanta consistenti riscontri normativi. Oltretutto l'obbligazione assunta dall'amministratore del condominio, poiché soddisfa un interesse comune a tutti i condomini, renderebbe unitaria la loro prestazione. Da alcune sentenze della Cassazione si può, infatti, dedurre che la comunanza degli interessi tra i condebitori non è fine a se stessa, ma s'inserisce nelle vicende del gruppo costituito per realizzare un fine collettivo, sovraordinato rispetto a quello contingente dell'adempimento delle obbligazioni[18].

L'unità della prestazione, conseguenza del fine comune, potrebbe pertanto essere reputata prevalente sulla centralità delle quote nel condominio con conseguente applicazione della solidarietà passiva, la cui funzione è garantire il creditore rendendo più sicuro il soddisfacimento del suo diritto[19]. Insomma, il rilievo della quota di proprietà sulle parti comuni quale strumento che regola la vita del condominio non appare decisivo per affermare la parziarietà delle obbligazioni condominiali.

Se le tesi della solidarietà annovera argomenti più persuasivi rispetto alla tesi della parziarietà, è pur vero che quest'ultima realizza un maggior equilibrio tra la posizione creditoria e debitoria, in ossequio all'esigenza di giustizia sostanziale[20]. Abbiamo già osservato come la parziarietà protegga il condomino adempiente dal rischio, causato dall'inadempimento altrui, di dover affrontare costi ingenti e imprevisti, con ripercussioni negative sulla

---

[15] S. PELLEGATTA, *Il dogma della solidarietà e il problema delle obbligazione condominiali*, cit., p. 149.

[16] Afferma Cass. Sez Un., 8 aprile 2008, n. 9148, cit., p. 41-42, che «l'amministratore non ha certo il potere di impegnare i condomini al di là del diritto, che ciascuno di essi ha nella comunione, in virtù della legge, degli atti d'acquisto e delle convenzioni. In proporzione a tale diritto ogni partecipante concorre alla nomina dell'amministratore e, in proporzione a tale diritto, deve ritenersi che gli conferisca la rappresentanza in giudizio. (…) Pertanto, l'amministratore – in quanto non può obbligare i singoli condomini se non nei limiti dei suoi poteri, che non contemplano la modifica dei criteri di imputazione e di ripartizione delle spese stabiliti dall'art. 1123 c.c. – non può obbligare i singoli condomini se non nei limiti della rispettiva quota».

[17] Oltretutto gli artt. 752 e 754 c.c. disciplinano le conseguenze di un fatto sopravvenuto (la morte del debitore) che modifica il lato passivo dell'obbligazione. L'obbligazione condominiale, invece, non è toccata da alcun cambiamento riguardante la parte che aveva assunto l'obbligazione.

[18] Cass. 22 luglio 2002, n. 10683, in *Arch. civ.*, 2003, p. 528 ss.; Cass., 20 maggio 2004, n. 9591, in *Resp. civ.*, 2005, p. 703 ss.; Cass., 4 maggio 2005, n. 9213, in *Foro it. on line* (sulla legittimazione attiva esclusiva dell'aministratore quando la controversia riguarda la gestione del bene comune e non i diritti su un servizio comune); Cass., 26 settembre 2005, n. 18730, in *Guida al dir.*, 2005, 44, p. 61 ss.; Cass., 29 marzo 2007, n. 7711, in *Arch. loc.*, 2007, 5, p. 482 ss. (sulla modifica della delibera assembleare nell'interesse collettivo). In queste sentenze la decisione è motivata con la rilevanza dell'interesse collettivo della comunità condominiale.

[19] C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 695, il quale riprende il pensiero di Barassi.

[20] Anche A. DI MAJO, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali*, cit., p. 775, nonostante le critiche che egli rivolge alla motivazione delle Sezioni Unite, riconosce che la soluzione della parziarietà delle obbligazioni solidali sia in armonia con l'esigenza di giustizia sostanziale. I condomini, afferma l'A., «pur soggetti al principio di maggioranza nelle decisioni condominiali, confidano ragionevolmente nel fatto che ad essere assunte sono obbligazioni *collettive*, la cui sorte si intende condividere ma appunto "collettivamente" e non *uti singuli*. (…) la soluzione contraria esporrebbe i singoli condomini ad anticipare somme (e ciò in base ad iniziative peraltro unilaterali del creditore) con il rischio [già sopra segnalato] di non poterle recuperare neanche in sede di rivalsa verso gli altri condomini».

propria vita e su quella dei familiari. Ciò dipende dalla cospicua diffusione della cooperazione edilizia, dalla costruzione di nuovi edifici e di quartieri che ha portato a un'importante concentrazione di persone nello stesso edificio o nel medesimo complesso residenziale (supercondominio)[21]. E' evidente, quindi, come l'inadempimento di un numero consistente di condomini rischi di pregiudicare o di annientare il patrimonio del condomino adempiente.

Le Sezioni Unite sono state attente a quest'aspetto, rilevando come la soluzione della parziarietà, accolta in ossequio ai principi delle obbligazioni soggettivamente complesse «appare adeguata alle esigenze di *giustizia sostanziale* emergenti dalla realtà economica e sociale del condominio negli edifici. Il criterio della parziarietà non costringe i debitori ad anticipare somme a volte rilevantissime in seguito alla scelta (inattesa) operata unilateralmente dal creditore. Allo stesso tempo [soggiungono i Supremi giudici] non si riscontrano ragioni di opportunità per posticipare la ripartizione del debito tra i condomini al tempo della rivalsa, piuttosto che attuarla al momento dell'adempimento». Spetterà al creditore «cautelarsi in vari modi» per sopperire alla parziarietà e, più precisamente, all'eventuale inadempimento di uno o più condomini.

4. Rilevanza dell'interesse comune nelle obbligazioni solidali, natura e riforma del condominio.

Sotto il profilo concettuale e giuridico la solidarietà e l'indivisibilità appaiono due nozioni da tenere distinte: la prima è un modo tipico di attuazione del rapporto obbligatorio, la seconda è un carattere della prestazione. Se tra esse, come ha chiarito la dottrina[22], vi può essere un rapporto di complementarità o di autonomia appare arduo condividere l'affermazione delle Sezioni Unite, riproposta dalla recente pronuncia della Cassazione[23] che si annota, secondo cui la solidarietà richiede l'indivisibilità.

I motivi di questo dissenso possono così sintetizzarsi. In primo luogo solidarietà e indivisibilità sono governate da differenti *rationes*: la prima rafforza la probabilità di conseguire la prestazione, la seconda garantisce l'unicità della stessa alla luce dell'inidoneità del suo oggetto a essere frazionato in parti[24]. L'art. 1317 c.c., inoltre, dimostra la frizione che può esservi tra solidarietà e indivisibilità, subordinando alla compatibilità con quest'ultima la disciplina della prima.

Essere tenuti all'adempimento per la totalità prescinde, dunque, dalla natura della prestazione, la quale può essere divisibile o indivisibile. Piuttosto, per chiarire meglio quando i condebitori siano obbligati in solido, occorre soffermarsi sul fondamento della solidarietà per verificare se esso ricorra con riguardo all'obbligazione assunta dal condominio.

Nonostante le difficoltà incontrate dalla dottrina a individuare un fondamento unitario del fenomeno della solidarietà, si può affermare che esso risieda, almeno nelle obbligazioni solidali «ad interesse comune»[25], nella comunione d'interessi. Nella Relazione al codice civile del 1942 si afferma, per giustificare l'introduzione del principio della solidarietà passiva, che «assai di frequente, là dove più debitori sono obbligati per un solo debito, essi sono legati intimamente dalla comunione di interessi». Quest'ultima sussiste quando vi sia un interesse comune che trascenda i singoli interessi individuali; il che spiegherebbe come un singolo rapporto possa influenzare gli altri (artt. 1292, 1300 co. 1 e 1301 co. 1 c.c.).

---

[21] M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006, p. 153-157.

[22] Osserva F. D. BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, cit., p. 341, che, normalmente, alla indivisibilità della prestazione corrisponde un'attuazione solidale del rapporto (al fine di proteggere, in fase esecutiva, l'unità della prestazione indivisibile), ma vi sono anche casi di «obbligazioni indivisibili con pluralità di soggetti, alle quali non corrisponda un'attuazione solidale» (si è già ricordato l'esempio delle obbligazioni indivisibili ad attuazione congiunta). In tal senso oltre a M. Giorgianni (cfr. *supra* nota 8) anche R. CICALA, *Divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, cit., p. 484-485, il quale pone in luce che la riserva di applicabilità (della disciplina della solidarietà) posta dall'art. 1317 c.c. e le apposite norme dettate per l'obbligazione indivisibile lasciano intendere che l'obbligazione indivisibile possa non essere soggetta alla disciplina dell'obbligazione solidale.

[23] Cass., 21 luglio 2009, n. 16920, cit., condivide che «la solidarietà passiva esige, in linea di principio, la sussistenza non soltanto della pluralità di debitori e dell'identità della causa dell'obbligazione, ma altresì dell'indivisibilità della prestazione comune».

[24] *Amplius* R. CICALA, *Divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, cit., p. 484 ss., il quale rileva che l'indivisibilità, rendendo impossibile il frazionamento in parti dell'oggetto dell'obbligazione, «opera anche nei confronti degli eredi del debitore o di quelli del creditore» (cfr. l'art. 1318 c.c. e, nel senso opposto, con riguardo alla solidarietà cfr. l'art. 1295 c.c.).

[25] La dottrina, com'è noto, distingue nell'ambito delle obbligazioni solidali quelle «ad interesse comune» e «ad interesse unisoggettivo». In queste ultime, diversamente dalle prime, l'obbligazione solidale sorge da fatti distinti sebbene collegati tra loro e la solidarietà soddisfa l'interesse di un solo debitore; manca, quindi, l'*eadem causa obligandi*. Ciò accade nelle ipotesi di accollo ed espropriazione cumulativi (artt. 1272 co. 1 e 1273 co. 3 c.c.), nonché di fideiussione (art. 1944 c.c.), in relazione alle quali si è parlato di solidarietà «impropria» o «spuria». La distinzione in parola ha rilevanza pratica perché la regola della divisione dell'obbligazione tra i diversi debitori solidali (art. 1298 c.c.) non si applica alle obbligazioni «a interesse unisoggettivo», e, ovviamente, il regime delle eccezioni potrà ricevere una diversa regolamentazione (cfr. 1297 e 1945 c.c.).

Non basta un semplice legame comunitario rilevante sul piano economico ma vi deve essere «una vera e propria comunione del debito»[26]. Nel senso che le varie situazioni di rapporto obbligatorio facenti capo ad una pluralità di debitori «presentino un forte grado di connessione (…), perché lo scopo (economico) cui tendono i rapporti è il medesimo»[27].

Ciò sembra realizzarsi proprio nelle obbligazioni assunte dal condominio dove la conservazione, il miglioramento o l'uso più comodo delle parti comuni costituiscono un interesse comune ai singoli condomini. Certo, ogni condomino ha un diritto sulle cose comuni proporzionato al valore del piano o porzione di piano che gli appartiene (art. 1118 c.c.) e può anche opporsi a una determinata proposta sulla gestione della proprietà comune. Tuttavia non si riscontrano diritti diversi, autonomi e inconciliabili, anzi, è agevole rilevare che, una volta intervenuta la delibera dell'assemblea, le singole posizioni dei condomini non sono più scindibili né individuabili. La delibera, nell'esprimere la volontà collettiva dei partecipanti, persegue l'interesse unitario del condominio e di tutti i condomini, anche dei dissenzienti, la cui posizione contraria non ha più rilevanza[28], salvo nei casi di patologia della stessa delibera (art. 1137 c.c.).

Nelle obbligazioni assunte dal condominio, quindi, non si distingue un interesse individuale e specifico di ciascun condomino, piuttosto vi è una forte convergenza delle posizioni dei singoli, espressa dalla delibera assembleare. Tale convergenza, che rappresenta il presupposto di fatto della solidarietà, unitamente alla «medesima prestazione» (art. 1294 c.c.), connotato normativo della stessa[29], fa propendere per l'applicazione della solidarietà alle obbligazioni condominiali sussistendone tutti gli elementi.

Se quest'interpretazione che fa leva sull'interesse comune e le critiche, già esaminate, rivolte alle Sezioni Unite sono fondate, cosa rimane dell'articolata motivazione dei Supremi giudici a sostegno della parziarietà delle obbligazioni condominiali?

Si può osservare come uno degli argomenti centrali su cui fa leva la sentenza, incentrato sull'art. 1123 c.c., non persuada del tutto. In essa si afferma che dal tenore letterale di tale disposizione non emerge affatto che il criterio della divisione delle spese «in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno» valga solo nei rapporti interni e non anche nei confronti dei creditori del condominio. Eppure questa constatazione così perentoria si mostra debole se, come già rilevato, s'inserisce l'art. 1223 nell'ambito dei principi e delle regole della solidarietà, valorizzando l'interpretazione sistematica rispetto a quella letterale.

Parimenti non sembra decisivo a sostegno della parziarietà il *revirement* delle Sezioni Unite sulla natura giuridica del condominio il quale, secondo l'orientamento accolto, non può essere assimilato all'ente di gestione perché la titolarità dei diritti sulle parti comuni fa capo ai singoli condomini e non a un soggetto distinto da questi. Quest'affermazione non è decisiva per escludere la responsabilità solidale dei condomini nei confronti del creditore.

Sulla natura giuridica del condominio la dottrina ha molto discusso dividendosi tra sostenitori delle teorie individualistiche e collettivistiche. Non è possibile in questa sede dare conto della varietà delle posizioni, ma è sufficiente cogliere un dato su cui converge un ampio consenso degli studiosi. Se le posizioni individualiste offrono un'interpretazione riduttiva del dato normativo mentre quelle collettivistiche eccedono nell'attribuire al condominio la personalità giuridica[30], si deve almeno riconoscere l'intenzione del legislatore di unificare, attraverso alcuni strumenti, le situazioni soggettive individuali, alla luce dell'interesse condiviso al godimento

[26] F. D. Busnelli, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, cit., p. 337.

[27] Così A. Di Majo, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, cit., p. 309, il quale afferma che «la solidarietà non è forma «concreta» di un assetto di interessi, normativamente tipizzato e previsto, ma forma «astratta» la cui applicazione potrà rivelarsi necessaria (ed opportuna) in tutte quelle ipotesi in cui ricorrano figure «sintomatiche» via via individuate da massime di esperienza e dai criteri elaborati dagli interpreti (in ordine al modo di disporsi degli interessi)».

[28] Osservano F. A. Marina-G. Giacobbe, voce *Condominio negli edifici*, in *Enc. dir.*, 1961, p. 820, che «il principio maggioritario [che presiede al funzionamento dell'assemblea] tende a svincolare il rapporto di condominio dalle posizioni individuali dei singoli partecipi. [Questi ultimi] perdono la loro individualità giuridica che si dissolve nella collegialità delle manifestazioni volitive». Ciò si evince dall'art. 1137 co. 1 c.c., e dal divieto per il condomino di sottrarsi, attraverso la rinuncia al diritto sulle parti comuni, al contributo alle spese di conservazione di queste ultime.

[29] A. Di Majo, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, cit., p. 311, distingue l'elemento normativo della «medesima prestazione» dai «presupposti e referenti» che devono giustificare l'impiego della solidarietà, respingendo l'approccio, talvolta fatto proprio dalla giurisprudenza, che valorizza ora l'uno ora l'altro.

[30] M. Dogliotti, *Comunione e condominio*, cit., p. 158 ss., dà conto anche delle teorie elaborate prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942; F. Girino-G. Bartoli, voce *Condominio negli edifici*, in *Digesto, sez. civ.*, 1988, p. 403 ss.; M. Basile, voce *Condominio negli edifici*, in *Enc. giur.*, 1988, p. 8, esclude che l'insieme dei condomini sia provvisto di personalità giuridica, né l'ordinamento ha configurato il condominio come soggetto di diritto ulteriore rispetto ai singoli partecipanti; C. M. Bianca, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 502, distingue tra «contitolarità dei diritti e organizzazione dei contitolari, centro di imputazione di diritti e doveri».

delle cose comuni. Tali strumenti sono l'assemblea, l'amministratore e il regolamento condominiale i quali rivelano una configurazione unitaria del condominio - nel senso di collettività[31] - e quindi dei soggetti portatori delle rispettive situazioni soggettive[32].

L'esistenza di un centro d'interesse (il condominio), disciplinato allo scopo di perseguire una finalità propria di tutti i condomini (gestire e godere le cose comuni), richiama il principio generale della solidarietà passiva in caso di assunzione di un'obbligazione da parte del condominio. Sussisterebbero, invero, tutti gli elementi normativi della solidarietà sopra esaminati nonché l'unico interesse che lega tutti i condebitori. Sostenere la parziarietà in assenza di convincenti riferimenti normativi e di principi desumibili dal sistema appare davvero una forzatura; certo, la parziarietà ha il pregio non trascurabile di tutelare maggiormente il condomino adempiente sul quale non ricadrebbero le conseguenze negative dell'inadempimento di altri condomini. Siamo, tuttavia, sul piano non del diritto vigente ma di quello da porre.

Le Sezioni Unite, invece, hanno accolto l'orientamento minoritario della parziarietà spingendo, di conseguenza, le parti a dare un nuovo assetto alla rispettiva posizione contrattuale. Più esplicitamente, il futuro creditore del condominio (*id est*: dei singoli condomini) pretenderà, in fase di trattativa, una fideiussione a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, ovvero, in alternativa, stipulerà un'assicurazione. Il che, naturalmente, comporterà un aumento del corrispettivo a carico dei condomini per l'opera o per il servizio reso.

Vi è, tuttavia, un'altra soluzione che avrebbe il pregio di non incrementare i costi a carico del condominio. L'amministratore, prima di stipulare il contratto con l'impresa o la società che ha fornito il preventivo più basso, provvederà, in esecuzione della delibera assembleare, all'acquisizione *pro quota* della provvista (art. 1130 co. 1 n. 3 c.c.). Egli, in caso d'inadempimento di un singolo condomino, potrà ottenere un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo (art. 63 co. 1 disp. att. c.c.).

Che cosa accade se l'amministratore rimanga inerte? Vi sono profili di responsabilità dello stesso? Nel corso delle ultime legislature sono state predisposte articolate proposte di legge (p.d.l.). La più recente[33], volta a «ricomporre in modo sistematico e organico la materia del [condominio]», affronta, con equilibrio, il problema della responsabilità dei condomini e dell'amministratore[34] nei confronti sia del condominio sia dei creditori di quest'ultimo. L'art. 9 della p.d.l. prevede un nuovo art. 1129 c.c. il cui comma 9 pone a carico dell'amministratore l'obbligo di agire per la riscossione forzosa delle somme dovute al condominio «entro quattro mesi dal giorno in cui il credito è divenuto esigibile», salvo espressa dispensa deliberata dall'assemblea. «In mancanza [di dispensa], scaduto il termine, gli obbligati in regola con i pagamenti *sono liberati dal vincolo di solidarietà*». L'amministratore, quindi, se

[31] Secondo F. D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 185-186, «per dare rilevanza giuridica ad una situazione di interesse comune a più soggetti, non c'è alcun bisogno di escogitare un soggetto complesso, che serva a tradurre in unità formale l'effettiva pluralità degli interessati; basta il semplice dato normativo dell'attribuzione di un unico diritto soggettivo (rispecchiante detto interesse) senz'altro in capo alla pluralità stessa: la quale allora, per *la forza di coesione che esercita la comunanza di interesse*, si qualifica come una vera e propria collettività» (corsivo mio). Emerge, continua l'A., un «punto di saldatura tra le posizioni dei singoli interessati» che non si sostanzia in una «supersoggettività ma [si colloca] sul piano della titolarità. [La] contitolarità, se intesa in senso rigoroso, costituisce l'espressione di un interesse comune ad una collettività di soggetti».

[32] Cfr. *amplius* F. A. MARINA-G. GIACOBBE, voce *Condominio negli edifici*, cit., p. 819-823, i quali ritengono che «allo scopo di strutturare le rispettive posizioni dei condomini e di operarne la convergenza verso l'unitaria piattaforma costituita dal *comune interesse*, il legislatore ha articolato una serie di strumenti (assemblea, amministratore, regolamento) diretti a realizzare l'unificazione organica delle situazioni soggettive individuali, afferenti, nel loro contenuto obiettivo, nell'unitario interesse dell'uso della cosa comune». Gli autori aggiungono che «la unitarietà di interesse che sta alla base di un complesso di situazioni oggettive organicamente collegate da un tipico ed insostituibile nesso di funzionalità, *implica la valutazione unitaria delle situazioni obiettivate* che, incidendo sulla rispettiva titolarità, determina la *considerazione unitaria dei soggetti portatori delle rispettive situazioni*» (corsivo mio).

[33] Proposta di legge 14 luglio 2009, n. 2608, in *www.camera.it* (progetti di legge), *Modifica al codice civile e altre disposizioni concernenti la disciplina del condominio negli edifici*. Una delle linee guida che hanno ispirato tale p.d.l. consta - si legge nella relazione - nel «regolare la gestione [del condominio] su livelli accettabili di trasparenza e di responsabilità nei rapporti tra i partecipanti e nei confronti dei terzi». Questa frase sottende la consapevolezza da parte del legislatore di nodi cruciali del condominio: la tutela dei condomini e dei terzi attraverso l'accesso a certe informazioni, le responsabilità dei primi e dell'amministratore e la tutela del creditore nei confronti del condominio. Sul primo aspetto vi sono delle norme pregevoli: 1) si prevede l'istituzione del registro dell'*anagrafe condominiale* contenente una serie di informazioni, fornite dai singoli condomini, tra le quali i dati catastali di ciascuna unità immobiliare e delle attività svolte in attuazione delle norme di sicurezza (art. 10); 2) si istituiscono altresì tre registri: dei verbali delle assemblee, della nomina e revoca dell'amministratore e della contabilità (in quest'ultimo sono annotati in ordine cronologico i singoli movimenti in entrata e in uscita, cfr. art. 10); 3) si stabiliscono obblighi di trasparenza a carico dell'amministratore (art. 9 che introduce l'art. 1129 co. 3). Sui profili di responsabilità ci soffermeremo brevemente nel testo.

[34] Cass., 13 ottobre 2009, n. 39959, in *www.Cassazione.net*, sulla responsabilità dell'amministratore del condominio qualora l'inerzia di quest'ultimo sia stata la causa determinante dell'incidente.

è inerte nel decorso del tempo legale, non potrà richiedere ai condomini adempienti *pro quota* l'adempimento dell'intero, anzi egli risponderà insieme con agli inadempienti «delle somme non riscosse e dei danni che ne sono derivati»[35].

E' importante sottolineare che il venir meno del vincolo di solidarietà attiene, nel caso in esame, al rapporto tra condomini e condominio. Quanto, invece, al rapporto tra condomini e creditori del condominio la regola è diversa. Secondo l'art. 19 della p.d.l., che riscrive l'art. 63 disp. att. c.c., i creditori «non possono pretendere il pagamento dai condomini in regola con i versamenti se non dopo l'escussione degli altri condomini [non adempienti]». I creditori, quindi, afferma sempre l'art. 19, possono esercitare «le azioni che spettano all'amministratore nei confronti dei condomini inadempienti», ma a favore degli altri condomini in regola con i pagamenti opera il *beneficium excussionis*.

La norma bilancia adeguatamente la posizione contrattuale delle parti: essa non cancella la solidarietà ma ne subordina l'applicazione alla preventiva escussione dei condomini morosi. Solo se all'esito del procedimento esecutivo residui ancora un credito, il creditore potrà beneficiare della solidarietà rivolgendosi per l'intero agli altri condomini.

In conclusione: la soluzione delle Sezioni Unite è argomentata con una motivazione decisamente controversa, pertanto è senz'altro auspicabile un intervento legislativo che componga con più equilibrio[36], in un nuovo quadro normativo, l'interesse del creditore e di quei condomini non morosi nell'adempimento dell'obbligazione.

---

[35] L'amministratore, inoltre, stabilisce l'art. 9 del p.d.l. n. 2608/2009 ai commi 11 e 12 n. 6 del nuovo testo dell'art. 1129, può essere revocato dall'autorità giudiziaria su richiesta di ciascun condomino «se vi sono fondati sospetti di gravi irregolarità [come] l'aver omesso di agire ai sensi del nono comma per la riscossione delle somme dovute al condominio entro il termine ivi indicato e l'aver omesso di coltivare diligentemente l'azione e la conseguente esecuzione coattiva». Un'altra norma interessante che ha lo scopo di responsabilizzare l'amministratore, incentivando la correttezza del suo operato, è contenuta nel comma 5 del nuovo art. 1129. Si stabilisce che l'amministratore nominato, salvo espressa dispensa da parte dell'assemblea, debba prestare «*idonea garanzia* per le responsabilità e gli obblighi derivanti dall'espletamento del suo incarico per una valore non inferiore agli oneri prevedibili della gestione annuale. In mancanza sono privi di efficacia la nomina o il rinnovo dell'incarico».

[36] Sulla funzione del diritto quale strumento per comporre conflitti d'interessi in atto e sul rapporto tra diritto ed etica cfr. le pagine ancora attuali di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1951, Esi rist. 1998, p. 11-25.

SULL'EQUITA' ED I PRINCIPI INFORMATORI DELLA MATERIA

Di Mario Mauro

SOMMARIO: 1. Lo spunto - 2. L'art. 113 c.p.c., evoluzione storica – 2.1. La legge 399 del 1984 e il riferimento ai **principi regolatori** *– 2.2. L'art. 21 della l. 374 del 1991 e la scomparsa del riferimento ai principi regolatori – 2.3. L'intervento della Corte Costituzionale l'introduzione dei* **principi informatori** *della materia - 3. Il diritto vivente sui* **principi informatori** *della materia - 4. Applicazioni pratiche – 5. Riflessioni conclusive.*

1. Lo spunto

La presente riflessione si propone di ripercorrere le modifiche a cui è stato sottoposto l'art. 113 c.p.c. e di isolarne alcune applicazioni pratiche.

Lo spunto arriva da una sentenza a sezioni unite della Cassazione[1]. Rispetto alla complessità di altri precedenti giurisprudenziali, i Giudici si sono interessati ad una fattispecie concreta molto semplice, che può anche far sorridere. Un tifoso, in occasione delle semifinali di Champions League del maggio 2003, aveva organizzato con alcuni amici un ritrovo nella propria abitazione per assistere alle partite. Durante lo svolgimento degli incontri, il reiterato comportamento del telecronista, il quale non si limitava esclusivamente a commentare la partita ma, allo stesso tempo, reclamizzava un settimanale sportivo in cui si sarebbero potuti leggere ulteriori approfondimenti, aveva infastidito a tal punto lo spettatore da portarlo a rivolgersi al Giudice di pace. Il ricorrente rilevava che a tale attività pubblicitaria non faceva seguito sullo schermo l'indicazione "messaggio promozionale": la condotta del telecronista - a detta del tifoso - concretizzava una forma di pubblicità occulta, con "conseguente alterazione psichica e stress" per lo spettatore.

[1] Cass., sez. un., 29 agosto 2008, n. 21934, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1258, con nota di G. PONZANELLI

Instaurato il giudizio, si costituivano R.T.I. S.p.A. e Mediaset S.p.A. eccependo, in via preliminare, il difetto di giurisdizione del giudice adito e, nel merito, la circostanza che non si era trattato di pubblicità occulta, bensì di autopromozione.

Tuttavia, il Giudice di Pace di Napoli rigettando le eccezioni e le difese, condannava le convenute al pagamento di una sanzione a titolo di risarcimento del danno pari ad € 100. Infatti, il messaggio del telecronista venne interpretato non come una forma di autopromozione, bensì come un'iniziativa pubblicitaria finalizzata ad acquistare una rivista di cui si indicava anche il prezzo[2]. In questi termini, la pubblicità avrebbe determinato un danno esistenziale da *stress*, in quanto il messaggio non era stato inviato seguendo la normativa legale che prevede modalità ben precise e facilmente rilevabili dall'utente.

A questa sentenza, seguì ricorso immediato per Cassazione, affidato a due motivi: uno di giurisdizione, per cui la domanda doveva essere decisa dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (AGCM); l'altro relativo al giudizio di equità, perché il Giudice di pace nella stesura della motivazione aveva violato i *principi informatori della materia*, di cui all'art. 113 c.p.c. [3]

Secondo le Sezioni unite[4] il rispetto dei principi informatori «non vincola il Giudice di pace all'osservanza di una regola ricavabile dal sistema ma costituisce unicamente un limite al giudizio di equità al fine di evitare qualsiasi sconfinamento nell'arbitrio: ne consegue che il ricorso per Cassazione contro le sentenze del Giudice di pace deve essere diretto non già a denunciare l'inosservanza di una regola, bensì il superamento di quel limite e pertanto il ricorrente non solo deve indicare il principio informatore che si intende violato ma deve anche specificare in quale modo la regola equitativa posta a fondamento della pronuncia violata si ponga con esso in contrasto al fine di consentire al giudice la verifica della sua esistenza e della sua eventuale violazione»[5].

2. L'art. 113 c.p.c., evoluzione storica

L'art. 113 c.p.c. è stato sottoposto ad un lungo processo di modifiche, iniziate nel 1984, anno in cui l'art. 3 della legge 399 riguardante il giudizio innanzi al giudice conciliatore ed il procedimento innanzi al pretore ne modificò il disposto nel modo seguente: «Il conciliatore decide secondo equità osservando i principi regolatori della materia». Successivamente, la legge 374 del 1991 riguardante l'istituzione del Giudice di pace eliminò la subordinata «osservando i *principi regolatori* della materia». Infine, la Corte costituzionale, nel 2004, con una sentenza additiva ha dichiarato l'illegittimità della norma, nella parte in cui non prevede che il giudice debba osservare i *principi informatori* della materia[6].

Ripercorrere così brevemente le vicende giuridiche mette in luce alcune delle innumerevoli problematiche ermeneutiche che la norma ha suscitato: cosa si intenda con equità e quali spazi occupi; cosa siano i principi informatori e dove si possano rinvenire; in cosa si distinguano dai principi regolatori; che estensione dover dare alla nozione di materia[7].

Lo spirito di fondo dello scritto è leggere la norma alla luce delle modifiche del Legislatore e delle interpretazioni ed integrazioni giurisprudenziali, che purtroppo in questa materia non hanno mai operato in un contesto di dialogo costruttivo.

Basta ricordare una discrasia del sistema. Da una parte, l'art. 113 c.p.c. prevede che la sentenza del Giudice di pace debba essere conforme ai *principi informatori* della materia la cui violazione è oggetto di ricorso diretto in Cassazione. Dall'altra, si contrappone il terzo comma dell'art. 339 c.p.c. relativo all'appellabilità delle sentenze. In quest'ultima norma, a seguito della riforma del 2006, si prevede che le sentenze del Giudice di pace pronunciate secondo equità siano appellabili esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, per violazione delle norme costituzionali o comunitarie ovvero dei *principi regolatori* della ma-

[2] G. di Pace Napoli, 31 marzo 2005, in *Foro it. on-line*

[3] Così come modificato da Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2357, con nota di R. GIORDANO, *Giudice di pace e giudizio di equità necessario: un effettivo ritorno al passato?*

[4] Per completezza, le Sezioni unite rigettano il primo motivo di ricorso, sostenendo che l'AGCM non è un'autorità giurisdizionale, ma un'Autorità Amministrativa. Pertanto, in merito al giudizio promosso dal ricorrente, non si profila una questione di giurisdizione. Infatti la questione verte intorno all'risarcimento di un danno causato al consumatore, materia in cui l'Autorità Garante non ha giurisdizione.

[5] Cass., sez. un., 29 agosto 2008, n. 21934, cit.

[6] Corte Costituzionale, 6 luglio 2004, n. 206 in *Foro it.*, 2007, I, c. 1365, con nota di P.C. RUGGIERI, *Il giudizio di equità necessario, i principi informatori della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace a norma dell'art. 113, comma 2 c.p.c.*

[7] Tra le principali monografie in tema di equità si segnalano: M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006; G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001; C. M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959.

teria[8]. Ne deriva che, mentre per il ricorso diretto in Cassazione è onere della parte individuare i *principi informatori* che si intendono violati, relativamente all'appello la norma fa riferimento ai *principi regolatori*. Orbene, non si può certo sostenere che il legislatore, novellando l'art. 339 c.p.c. non fosse a conoscenza del fatto che la Corte Costituzionale nel 2004 avesse modificato l'art. 113 c.p.c. introducendo il limite dei *principi informatori*[9]. Pertanto sembra di dover concordare con quella parte di dottrina che legge, in tale incoerenza sistematica, la volontà del legislatore di dare una risposta alle ingerenze della Corte costituzionale nella sfera del potere legislativo riservato al Parlamento[10].

Da ultimo, si porta all'attenzione anche la recente introduzione dell'art. 360 *bis* c.p.c., a norma del quale il ricorso per Cassazione è inammissibile quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei *principi regolatori* del giusto processo[11].

Infine, è da segnalare una recentissima sentenza della Cassazione dove, insieme ai principi informatori, c'è un riferimento anche ai principi generali. Relativamente ad una fattispecie di risarcimento danni riportati da una vettura per aver percorso una strada comunale dissestata, priva di segnaletica indicante i lavori in corso, in motivazione si legge: «le sentenze pronunciate dal giudice di pace in controversie di valore non superiore ad Euro 1.032,91, da ritenersi sempre pronunciate secondo equità, anche quando il giudice abbia fatto applicazione di una norma di legge, sono ricorribili in Cassazione, con riferimento al n. 3 dell'art. 360 c.p.c., per violazioni della Costituzione, del diritto comunitario, dei principi generali dell'ordinamento e, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 206 del 2004, dei principi informatori della materia»[12].

Questi pochi accenni evidenziano la complessità della materia e le difficoltà a fare un minimo di ordine.

2.1. La legge 399 del 1984 e il riferimento ai *principi regolatori*

Nel corso dell'esposizione, il problema interpretativo relativo all'art. 113 c.p.c. verrà scisso in due per poi essere ricomposto, vertendo in merito alla nozione di *equità* e di *principi regolatori della materia*.

Il punto da cui muovere è la legge 399 del 1984 la quale subordinò il giudizio di equità al rispetto dei principi regolatori della materia.

Equità. Nell'interpretazione inizialmente fornita dalle Sezioni unite della Cassazione nel 1991[13] il giudizio non deve basarsi sull'intuizione soggettiva del giudicante che trova nella propria coscienza la regola non scritta per risolvere il singolo caso. Ciò perchè il diritto scritto e l'equità non ineriscono a due ordinamenti distinti.

Escluso il carattere soggettivo e particolare della regola, questa deve essere ricondotta all'ambito dei valori positivi immanenti alla società in generale o, quanto meno, alla comunità a cui appartengono le parti in causa. Pertanto, può pacificamente accadere che un determinato caso concreto esiga di essere interpretato e giudicato alla luce di valori oggettivi e sociali, non ancora tradotti in norme giuridiche[14]. Anzi, la Cassazione disse allora qualcosa in più sostenendo che il giudice «*troverà nella norma di legge una regola corrispondente a quella equitativa, ed applicando la prima, cionondimeno, emetterà un giudizio equitativo*»[15].

Principi regolatori della materia. Tuttavia, se davvero così fosse stato, si sarebbe offerto uno

[8] Tale articolo è stato introdotto l. 2 febbraio 2006, n. 40, legge di due anni successiva rispetto all'intervento della Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 206, *cit.*

[9] Vi sono due sentenze della Cassazione che hanno messo in luce la differenza tra i principi regolatori ed informatori. Cfr. Cass., 11 gennaio 2005, n. 382, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1353, con nota di R. MARTINO, *Decisione equitativa e "principi informatori della materia"* e in *Corr. giur.*, 2005, p. 500, con nota di GHIRARDI, *Oggetto dell'opposizione all'esecuzione e decisione di equità anche su questioni processuali secondo la Suprema corte alla luce dell'ultimo intervento della Consulta*. Di contenuto omogeneo anche Cass., 17 gennaio 2005, n. 743, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1815, con nota di R. GIORDANO *La Corte di cassazione, il giudizio di equità necessario e una discutibile interpretazione della sentenza n. 206 del 2004 della Corte costituzionale*.

[10] Cfr. P. C. RUGGIERI, *il giudizio di equità necessario, i principi informatori della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace a norma dell'art. 113, comma 2 c.p.c.*, cit.

[11] Si riporta il nuovo testo dell'articolo. Art. 360 bis. Inammissibilità del ricorso. Il ricorso è inammissibile: 1. Quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2. Quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo.

[12] Cass., 22 aprile 2009, n. 9558, in *DeJure*.

[13] Cass., sez. un., 15 giugno 1991, n. 6794 in *Foro it.*, 1991, I, c. 2717, con nota di M. MONNINI e in *Corr. giur.*, 1991, p. 998, con nota di L. F. DI NANNI. Prima di tale sentenza, la dottrina si divideva tra chi leggeva il giudizio di equità in termini soggettivo-intuitivi e chi, diversamente, sosteneva che la novella legislativa avesse introdotto un giudizio di natura oggettiva. Cfr. V. VARANO, *Equità (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989; A. DE CUPIS, *Giudice, equità e diritto privato*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 377; VALENTE, *Il giudice conciliatore e l'equità (le vie del successo o del nuovo letargo)*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 321.

[14] Cass., sez. un., 15 giugno 1991, n. 6794, *cit.*

[15] Cass., sez. un., 15 giugno 1991, n. 6794, *cit.*

strumento che avrebbe consentito al giudice di decidere solamente sulla base dei limiti interni imposti dall'equità, senza alcuna individuazione dei limiti esterni entro cui questa operi. Al fine di scongiurare il rischio, la nozione di principi regolatori fungeva da contro-bilanciamento. Tali principi non erano circoscritti alla *ratio* sottesa ad ogni norma, ma erano quelli della materia, non in astratto con la valenza di istituto, ma in concreto, identificandosi con l'oggetto della causa[16].

Da ciò, un duplice corollario. In primo luogo, nonostante l'apparente unicità, l'attività dell'organo giudicante si distingueva in due fasi, isolare l'istituto giuridico entro cui ricondurre il fatto concreto e il giudizio: la decisione secondo equità poteva essere estesa ad entrambe. In secondo luogo, il ricorrente in Cassazione non poteva limitarsi ad assumere l'esistenza del vizio, ma era necessario che indicasse, seppure in maniera generica, quali fossero i principi regolatori che si ritenevano violati e/o falsamente applicati[17].

2.2. L'art. 21 della l. 374 del 1991 e la scomparsa del riferimento ai *principi regolatori*

A distanza di poco tempo dalla pronuncia a Sezioni unite, la legge 374 del 1991, introducendo la figura del Giudice di pace, modificò anche la formulazione dell'art. 113. Scomparve il riferimento ai principi regolatori della materia in favore della seguente dicitura, «il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede lire 2.000.000». La riformulazione suscitò innumerevoli problemi, al punto da sviluppare un contrasto interpretativo che può essere così riassunto:

a) Nonostante la mancanza di un espresso riferimento ai principi regolatori, la loro osservanza resta comunque doverosa quando si pronunciano sentenze secondo equità, in armonia con il sistema che prevede per tali sentenze la sola ricorribilità per Cassazione, senza esclusione del profilo di violazione o falsa applicazione di norme di diritto[18].
b) La soppressione del riferimento ai principi regolatori comporta solo la soppressione di tale limite ai poteri equitativi del giudice. A costui si impone di procedere alla qualificazione giuridica dei fatti ed all'esame delle conseguenze, potendo peraltro derogare alle norme di diritto e applicare principi equitativi enucleabili da giudizi di valore conformi al comune sentire[19].
c) Il giudizio secondo equità si articola in due momenti: l'individuazione della regola di diritto applicabile alla fattispecie e l'attenuazione nel momento decisorio della regola individuata in ragione delle condizioni sociali, economiche ed istituzionali nelle quali si collocano gli interessi in gioco[20].
d) La pronuncia secondo equità è soggetta esclusivamente al vincolo Costituzionale ed ai principi generali dell'ordinamento. Con la conseguenza che, non essendo più necessaria l'individuazione dei principi regolatori (quindi, la qualificazione del rapporto secondo diritto), il potere decisionale equitativo riguarda non solo la determinazione delle conseguenze giuridiche, ma anche la qualificazione del fatto controverso[21].
e) La controversia inferiore al valore di 2.000.000 delle vecchie lire è sempre decisa secondo equità, nonostante sia stata applicata una specifica norma di legge corrispondente all'equità[22].

La questione non aveva solamente rilevanza dottrinale, ma implicava cospicui risvolti processuali, in relazione ai vizi da poter dedurre in Cassazione. Infatti, mentre nell'ultima ipotesi l'unico motivo rilevante poteva essere esclusivamente l'*error in procedendo* sfuggendo il giudizio secondo equità da ogni motivazione nel merito, nel caso *sub* a) erano ammessi tutti i possibili tipi di *errores in iudicando*[23].

[16] Cass., sez. un., 15 giugno 1991, n. 6794, *cit.*

[17] Cass., sez. un., 15 giugno 1991, n. 6794, *cit.* di cui si riporta la massima: «I *principî regolatori della materia* non sono soltanto quelli ricavabili, in via d'astrazione, dalla *ratio* sottesa alle singole norme, ma anche e soprattutto quelli che costituiscono le linee-guida della disciplina concreta sottoposta all'esame del conciliatore - oltre, implicitamente, alle norme della costituzione - in modo che il giudizio d'equità non contraddica l'ordinamento né confligga con l'esigenza di tutela giurisdizionale dei diritti delle parti, secondo una regola di legge controllabile in Cassazione».

[18] Cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 1998, n. 10904 in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 713

[19] Cass., 28 agosto 1998, n.8569, in *Foro it.*, 1998, I, 3170, con nota di M. Monnini

[20] Cass., 2 aprile 1998, n. 3397, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3030; Cass. , 24 agosto 1998, n. 8397, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3030, con nota di G. Giacalone

[21] Cass., 20 febbraio 1998, n. 1784, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3175, con nota di M. Monnini

[22] Cass., 11 giugno 1998, n. 5794, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3172, con nota di M. Monnini

[23] Per completezza, si riportano in nota le conseguenze sulle possibili implicazioni in punto di impugnazioni innanzi alla Cassazione.

Tali interpretazioni, tanto differenti tra loro, avevano un unico punto in comune: il problema della necessità o meno dell'individuazione della norma di diritto applicabile, prima di procedere all'applicazione dei principi equitativi al caso concreto.

Al fine di dare una risposta uniforme alla questione, nel 1999 intervennero le Sezioni unite[24], le quali, attraverso un ragionamento chiaro e lineare, garantirono anche continuità con quanto deciso nel 1991. Vediamone più da vicino i termini.

In via preliminare, le soluzioni estreme *sub* a) e *sub* e) furono scartate, in quanto la prima avrebbe svuotato di ogni significato le modifiche legislative apportate, mentre la seconda avrebbe finito per legittimare l'arbitrio del giudice, stante la censura per i soli *errores in procedendo*.

Muovendo dal presupposto che non ci deve essere contrapposizione tra diritto scritto ed equità, vennero scartate le soluzioni *sub* b) e c). Infatti queste, riferendosi l'una al *comune sentire* e l'altra ad un'*attenuazione delle conseguenze*, facevano riferimento ad un'equità che opera come strumento vicario rispetto al diritto scritto. Vale a dire, condurre l'equità ad una mera attenuazione delle conseguenze o ad un'incontrollabile comune sentire vanificherebbe il significato della norma che ha una portata ben più ampia e significativa.

Fu, invece, ritenuta prevalente la tesi *sub* d), secondo la quale il potere del giudice di decidere secondo equità investe non solo le conseguenze giuridiche, ma anche la qualificazione del fatto controverso. Pertanto, si esprime una equità c.d. *formativa* o *sostitutiva* e non *correttiva* o *integrativa*, la quale «si fonda su di un giudizio di tipo intuitivo (ancorché fondato su valori oggettivi preesistenti nella realtà sociale) e non di tipo sillogistico, perciò non richiedente la preventiva individuazione della norma astratta applicabile al caso concreto e prescindente da ogni indagine relazionale tra tale norma e i suddetti valori emergenti dalla realtà sociale»[25].

Resta da esaminare il problema dei limiti a cui andava incontro il giudizio di equità.

Come già era stato precisato dalle Sezioni unite del 1991, il giudice, nell'esercizio del potere equitativo sarebbe stato sempre e comunque sottoposto alla Costituzione, in quanto implicitamente previsto dagli artt. 54 e 101 Cost., e alle norme comunitarie[26].

Sotto il profilo del controllo di legittimità, ne derivava che la sentenza, pronunciata secondo equità, era ricorribile per Cassazione per violazione delle norme processuali ai sensi dei numeri 1, 2 e 4 dell'art. 360 c.p.c.; nonché ai sensi del numero 5 del medesimo articolo, quando l'indicazione del criterio di equità era inficiato da un vizio tale da risolversi in mera apparenza o in assoluta contraddittorietà della motivazione; mentre, la censura per violazione di legge, di cui al n. 3 dell'art. 360 c.p.c., si ammetteva solo in caso di inosservanza o errata applicazione delle norme costituzionali e comunitarie.

Diversamente, in relazione ai principi generali dell'ordinamento, la Cassazione affermò, senza dare adito a possibili dubbi, che «non può ritenersi assoggettabile a controllo di legittimità il mancato rispetto da parte della sentenza emessa secondo equità di tali principi generali, perché, dal momento che gli stessi non sono altro che norme di diritto, in siffatto modo si finirebbe per legittimare una censura per violazione di legge di carattere sostanziale, esclusa sulla base delle precedenti osservazioni»[27].

Allo stato odierno, pur ammettendo che il giudizio secondo equità si estende sia al fatto che alle conseguenze, il problema dei limiti a cui questo va incontro, è profondamente mutato.

2.3. L'intervento della Corte Costituzionale l'introduzione dei principi informatori della materia

a) Riccorribilità per Cassazione, senza esclusione del profilo di violazione o di o falsa applicazione delle norme di diritto di cui all'art. 360, n. 3 c.p.c.

b) Ricorribili in Cassazione in relazione ai vizi previsti ai numeri 1, 2, 3, 4, 5 dell'art. 360 c.p.c.; ma in relazione al n. 3 sono ricorribili unicamente per le violazioni della Costituzione, del diritto comunitario, dei principi generali dell'ordinamento e della legge processuale; mentre, in relazione al n. 5 sono ricorribili per vizi motivazionali in relazione agli accertamenti di fatto posti a base del giudizio di equità.

c) L'erronea applicazione delle norme applicabili è censurabile sulla base del n. 3 dell'art. 360 c.p.c., mentre l'operazione di temperamento non potrà essere sottoposta ad alcun controllo, nemmeno per supposta incongruità sull'apprezzamento dei dati sociali, economici ed istituzionali.

d) Insindacabile in Cassazione l'individuazione del criterio su cui si fonda il giudizio equitativo e la conformità di esso ai valori direttamente emergenti dalla realtà sociale. Rimane soggetta al controllo di legittimità la motivazione in ordine al criterio di equità adottato solo nelle ipotesi di assoluta mancanza di essa o manifestamente contraddittoria.

e) Impugabile solamente in riferimento ad *errores in procedendo* e non anche *in iudicando*.

[24] Cass., sez. un., 15 ottobre 1999, n. 716, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3243, con nota di R. MARTINO

[25] Cass., sez. un., 15 ottobre 1999, n. 716, *cit.*

[26] Nonostante, allo stato attuale, il rispetto della normativa comunitaria sia espressamente prevista dalla Costituzione (art. 117), precedentemente alla modifica il rapporto di subordinazione della legge ordinaria veniva ricondotto al principio di gerarchia delle fonti.

[27] Cass., sez. un., 15 ottobre 1999, n. 716, *cit.*

A seguito di un intervento della Corte Costituzionale[28], nel 2004, la norma fu sottoposta ad un ulteriore cambiamento terminando, almeno per il momento, il suo percorso evolutivo. Iniziando dalle conclusioni, la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 113, comma II, c.p.c. nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare *i principi informatori della materia.*

Individuato il risultato, è utile ripercorrere brevemente l'*iter* logico seguito dalla Corte Costituzionale, al fine di isolare le lacune della precedente interpretazione e le ragioni che hanno fatto propendere per la dicitura *informatori* e, di conseguenza, in cosa si distinguano dai precedenti principi *regolatori*.

La questione sollevata dal giudice *a quo*[29] riguardava, nei suoi termini essenziali, la compatibilità di un giudizio di equità con il principio di legalità su cui si fonda tanto la garanzia di tutela giurisdizionale dei diritti di cui all'art. 24 Cost., quanto la soggezione del giudice alla legge di cui all'art. 101 Cost.

La Consulta sostenne che l'art. 113 c.p.c., così come interpretato dalle sezioni unite, esprimesse una visione di netta separazione tra legge ed equità[30]. Infatti, nonostante quest'ultima trovi il suo limite nella Costituzione e nel diritto comunitario, le fonti sarebbero rinvenute in principi esterni all'ordinamento. Tuttavia, in un sistema caratterizzato dal principio di legalità, la sola funzione che alla giurisdizione di equità possa riconoscersi «è quella di individuare l'eventuale regola di giudizio non scritta che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche della fattispecie concreta, alla stregua dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva».

A fronte di questa constatazione, la Corte Costituzionale ricondusse a legittimità la norma impugnata sottoponendola al limite dei *principi informatori della materia.* Ne deriva la ricorribilità per Cassazione delle relative sentenze, ai sensi del n. 3 dell'art. 360 c.p.c., per la violazione di detti principi.

E' stato evidenziato in dottrina[31] che tale sentenza suscita una serie di perplessità, scegliendo come *modus operandi* quello della sentenza additiva per *principi generali*[32], in una misura così ampia da sconfinare con la competenza del legislatore.

3. Il diritto vivente sui *principi informatori della materia*

La decisione della Consulta postula un problema di esegesi sull'espressione *principi informatori della materia,* soprattutto in riferimento alla precedente nozione di *principi regolatori*[33].

Adottando un criterio semantico, i due riferimenti ineriscono a settori differenti. Parafrasando le parole della Cassazione, i principi regolatori sono quelli che si traggono dal complesso di norme che *in concreto* disciplinano una materia. Vale a dire, non preesistono, ma sono ricavabili, in via di generalizzazione, dalle specifiche norme in concreto dettate[34].

Diversamente, il principio informatore è quello cui ci si ispira nel porre una determinata regola e, in quanto tale, preesiste a questa. Esso costituisce il principio tenuto presente per dettare la norma[35], costituendone un *prius.*

Nel 2008, ritornando alla sentenza da cui si erano prese le mosse, sono intervenute le Sezioni unite che, chiamate a risolvere un conflitto di giurisdizione ai sensi dell'art. 374 c.p.c., hanno riconfermato quanto appena sostenuto e specificato chiaramente gli strumenti tramite i quali si possa legittimamente

[28] Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 206, *cit.*

[29] Nello specifico, il Giudice di Pace di Trento.

[30] Dubbi interpretativi erano stati precedentemente evidenziati anche dalla giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., 11 maggio 2004, n. 8948

[31] M. MAFFUCCINI, *Equità del giudice e potere arbitrario tra storia e attualità: riflessioni a margine di C. Cost., 6.7.2004, n. 206 e di Cass., 11.1.2005, n. 382,* in *NGCC,* 2006, II, p. 56 e ss.

[32] Sul *vulnus* inferto dalle sentenze additive di principio cfr. Cass., 15 giugno 1994, n. 5814, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2118. In dottrina cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998.

[33] Tale distinzione ha portato tra i primi commentatori ad un acceso dibattito dottrinale ancora non risolto, cfr. G. FINOCCHIARO, *L'improbabile "quadratura" costituzionale dell'equità necessaria,* in *Giur. it.,* 2005, p. 540; I. FERRANTI, *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e le conseguenze sul piano processuale della riconciliazione fra diritto ed equità operata dalla Corte Costituzionale,* in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2922; R. MARTINO, *Decisione equitativa e principi informatori della materia,* in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1353; L. ZANUTTIGH, *Lo scandalo dell'equità "a canone inverso",* in *Corr. giur.*, 2005, p. 514; R. GIORDANO, *La Corte di cassazione, il giudizio di equità necessario e una discutibile interpretazione della sentenza n. 206 del 2004 della Corte costituzionale,*cit.; C. ASPRELLA, *Riflessioni a margine al significato semantico e alla interpretazione giuridica dei "principi informatori" della materia,* in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1369.

[34] Cfr. Cass., 11 gennaio 2005, n. 382, *cit.*; Cass., 17 Gennaio 2005, n. 743, *cit*. E' opportuno ricordare che i principi regolatori non sono scomparsi dal nostro ordinamento. Questi, infatti, sono richiamati dall'art. 339 c.p.c.

[35] Cass., 17 gennaio 2005, n. 743, cit. poi confermata anche da Cass., 23 maggio 2006, n. 12147, in *Giust. civ.*, 2006, 9, p. 1706

impugnare una sentenza emessa secondo equità[36]. Recuperando quanto sostenuto in altre precedenti pronunce[37], si legge nella sentenza che il rispetto di tali principi costituisce unicamente un limite al giudizio di equità al fine di evitare qualsiasi sconfinamento nell'arbitrio. Ne deriverebbe che il ricorso diretto per Cassazione, non si configurerebbe tanto come violazione di una norma, quanto piuttosto come sconfinamento del limite. Stando così le cose, «il ricorrente non solo deve indicare chiaramente il principio informatore che si assume violato ma deve anche specificare in qual modo la regola equitativa posta a fondamento della pronuncia impugnata si ponga con esso in contrasto al fine di consentire al giudice la verifica della sua esistenza e della sua eventuale violazione».

Pertanto, stante l'implicazione processuale della sentenza additiva della Corte Costituzionale, è indispensabile cercare di capire il riferimento ai principi informatori.

Alcune caratteristiche sono già emerse dallo studio delle pronunce:

- non coincidono con i precedenti principi regolatori, in quanto si tratta di regole astratte che hanno ispirato una determinata disciplina generale;
- costituiscono il limite delle pronunce secondo equità.

Da questi due punti di partenza, si può ricavare una regola operativa idonea a coglierne il reale significato, in una prospettiva funzionalista. Infatti, partendo dal presupposto che i principi informatori sono diversi, non solo dai regolatori, ma anche dall'equità (di cui costituiscono un limite), bisogna interrogarsi su come si strutturi il rapporto tra equità e principi informatori. Quindi, mentre attraverso il richiamo ai principi regolatori, la pronuncia di equità si risolveva in un procedimento deduttivo dalla norma particolare all'enucleazione di un principio generale per poi individuare la regola secondo equità, ora lo schema di movimento è mutato.

Il riferimento ai principi informatori imporrebbe al giudice non di individuare la regola muovendo da questi. Bensì, il giudizio si articolerebbe in maniera autonoma e non lineare, entro il recinto stabilito, oltre che dalla Costituzione e dal diritto comunitario ed internazionale, anche dai principi informatori.

Inoltre, si può trarre un ulteriore corollario. Muovendo dalla considerazione che un unico principio generale possa essere soggetto a diverse concretizzazioni, la scelta normativa del legislatore si configura come una delle molteplici possibilità di concretizzazione del principio. Vale a dire, è accettabile che il giudice, nel decidere sul caso concreto, possa giungere a conclusioni differenti da quelle a cui è giunto il Parlamento, purché sia coerente con i limiti a cui si accennava poco sopra. Usando le parole della Cassazione, «il legislatore è soltanto tenuto all'osservanza dei principi ricavabili dalle norme costituzionali e, nel dettare la disciplina di una determinata materia, ha la possibilità di scegliere tra diverse opzioni, tutte rispettose del precetto costituzionale, anche se in concreto differenti tra loro; il giudice di pace, nell'individuare la regola da applicare al caso concreto, fermo restando che egli deve rispettare le norme costituzionali e comunitarie, non deve necessariamente attenersi alla regola individuata in concreto dal legislatore per disciplinare quella determinata materia, e neppure ai principi che per generalizzazione da quelle singole regole possono trarsi, ma può scegliere quella soluzione che, tenuto conto del caso concreto, meglio realizzi il principio cui si è ispirato il legislatore, purché anche egli si ispiri allo stesso principio»[38].

Per il momento si tengano momentaneamente da parte tali conclusioni parziali, le quali saranno poi riprese ed approfondite al paragrafo 5 per una breve riflessione conclusiva.

4. Applicazioni pratiche

Così ricostruita la giurisprudenza in tema di equità e principi informatori, è opportuna una breve rassegna giurisprudenziale, al fine di esaminare come la stessa Cassazione abbia concretizzato le proprie riflessioni.

Alcune pronunce sono tese ad individuare la *ratio* della norma per poi ricavarne il principio. Ad esempio, in materia di condominio, costituisce principio informatore la legittimità della riscossione dei contributi condominiali da parte dell'amministratore sulla base del bilancio preventivo regolarmente approvato, in attesa della sua sostituzione con quello definitivo[39]; oppure, rimanendo nello stesso ambito, l'imposizione al condominio dell'obbligo di corrispondere le spese per la conservazione ed il godimento delle parti comuni, ripartite in misura proporzionale alla proprietà di ciascuno (c.d. millesimi)[40].

Ancora, nel settore della circolazione stradale e risarcimento del danno, costituisce principio informatore della materia quello secondo cui chi eserciti

[36] Cass., sez. un., 29 agosto 2008, n. 21934, *cit.*
[37] Cass., 17 gennaio 2005, n. 743, *cit.*; Cass., 23 maggio 2006, n. 12147, *cit.*
[38] Cass., 17 gennaio 2005, n. 743, *cit.*
[39] Cfr. Cass., 29 settembre 2008, n. 24299 in *DeJure*.
[40] Cfr. Cass., 27 aprile 2006, n. 9641 in *DeJure*.

sul veicolo un potere, anche soltanto materiale, è legittimato ad agire in relazione al danno subito, nonché quello della cosiddetta incontrovertibilità, secondo il quale la questione della titolarità attenendo ad uno degli elementi costitutivi del diritto dell'attore, ove non sia soggetta a contestazione da parte delle controparti, deve ritenersi incontrovertibile[41].

Ricorrendo ai principi informatori è stata cassata una sentenza relativa ad un'azione risarcitoria relativa ad un illegittimo accertamento tributario. Nella fattispecie, il danno di fastidio e stress lamentato dal ricorrente innanzi al giudice di pace è stato ritenuto privo di un, sia pur presuntivo, supporto probatorio e, quindi, inidoneo a fondare una pretesa risarcitoria[42].

Passando a norme di carattere generale, «l'art. 2043 cod. civ. fissa i principi informatori della responsabilità civile, ai quali anche il giudice di pace nel giudizio di equità deve attenersi»[43]; l'art. 2934 sulla prescrizione rientra anch'esso[44]; come pure l'art. 2697 che regola la distribuzione dell'onere della prova tra le parti[45].

Lo stesso dicasi relativamente alla buona fede. La Cassazione sostiene che tra i principi informatori della materia rientra la buona fede nell'esecuzione del contratto, la quale è espressione del principio costituzionale di solidarietà sociale, requisito etico di condotta delle parti e vero e proprio dovere giuridico[46].

In materia di interpretazione del contratto, si è ritenuto «che costituisce principio informatore della materia del contratto che il suo contenuto va anzitutto determinato in relazione al risultato dell'indagine ermeneutica volta a risalire alla comune intenzione delle parti» e non può ritenersi rispettato se tale volontà è ricostruita sulla base della opinione di uno solo dei contraenti[47].

È da segnalare ancora una sentenza del 2007, dove in motivazione si legge che «la normativa dettata dal Codice civile in materia di protezione del contraente debole (art. 1341 c.c.) non rientra nei principi informatori del contratto»[48]. Il caso riguardava il rigetto di un'opposizione a decreto ingiuntivo, il quale era stato emesso per ottenere il pagamento del corrispettivo di un contratto di assistenza software. L'accordo prevedeva una clausola di tacita proroga o rinnovazione del contratto senza che si richiedesse la seconda firma, come previsto dall'art. 1341. Nonostante ciò, la Cassazione confermò il rigetto dell'opposizione sostenendo che nel corso dell'istruttoria era emerso (a) che le parti intrattenevano relazioni contrattuali da più di dieci anni, (b) che la clausola era stata predisposta nell'interesse di entrambe e fosse stata specificamente approvata sulla base dell'ultimo periodo riportato nel contratto stesso prima della data e della sottoscrizione, (c) che non si trattava né di contratto concluso attraverso moduli o formulari né il caso rientrava nel primo comma dell'art. 1341. Pertanto, secondo la Suprema Corte, il Giudice di pace «non ha violato le norme costituzionali, nonché quelle comunitarie di rango superiore a quelle ordinarie, né i principi informatori della materia».

Infine, da ultima si ricorda la nota sentenza del novembre del 2008[49] in tema di danno non patrimoniale, secondo la quale anche il diritto vivente creatosi su una norma ha le caratteristiche per diventare principio informatore della materia. Infatti, in motivazione si legge, «la norma (n.d.r. art. 2059 c.c.) nella lettura costituzionalmente orientata accolta da queste Sezioni unite, in quanto pone le regole generali della tutela risarcitoria non patrimoniale, costituisce principio informatore della materia».

Anche qui, si può tracciare una brevissima conclusione parziale che, coordinata alle precedenti[50], darà luogo a qualche spunto di riflessione finale. Dalla casistica giurisprudenziale emerge un elemento interessante: i principi informatori quali, ad esempio, la buona fede, l'interpretazione del contratto secondo la comune intenzione delle parti, il risarcimento del danno ingiusto e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. non sono solo un limite alla regola equitativa; sotto un'altra prospettiva, esprimono anche valori a cui l'ordinamento tende e che devono essere tutelati. Infatti la buona fede è espressione del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.; l'interpretazione del contratto secondo la comune intenzione delle parti concretizza la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.); il risarcimento del danno ingiusto dà un

[41] Cfr. Cass., 6 luglio 2006, n. 15356 in *DeJure*.
[42] Cfr. Cass., 13 giugno 2008, n. 15986 in *DeJure*
[43] Cfr. Cass., 23 maggio 2006, n. 12147, in *Giust. civ.*, 2006, 9, p. 1706.
[44] Cfr. Cass., 14 marzo 2006, n. 5462 in *DeJure*.
[45] cfr. Cass., 27 luglio 2006, n. 17144 in *Dejure*; Cass. 6 maggio 2005, n. 9403
[46] Cfr. Cass., 29 maggio 2007, n. 12644, in *Giust. civ.*, 2008, 4, p. 1015. Il caso riguarda l'attività professionale svolta da un avvocato dipendente di una società. Costui, nonostante la conclusione volontaria del rapporto di lavoro con l'impresa per cui lavorava, continuava a rappresentarla in giudizio in virtù di una procura generale revocata solamente due mesi dopo la cessazione del rapporto lavorativo. I Giudici di legittimità cassano la sentenza del Giudice di pace per violazione della buona fede nell'esecuzione del contratto e non riconoscono all'avvocato alcun compenso per l'attività professionale svolta.
[47] Cfr. Cass., 26 marzo 2005, n. 6553 in *DeJure*.
[48] Cass., 27 febbraio 2007, n. 4436 in *DeJure*.
[49] Cass., 11 novembre 2008, n. 26972
[50] Cfr. par. 3.1.

significato all'art. 24 cost. ed è posto a tutela di interessi giuridicamente rilevanti dell'individuo.

5. Riflessioni conclusive

Dalle vicende a cui è stato sottoposto il secondo comma dell'art. 113 c.p.c. affiora il problema della dialettica fra diritto ed equità[51].

Scindendo la questione, bisogna chiedersi:

- che cosa siano i principi informatori;
- quali siano i criteri che, tra una molteplicità di soluzioni possibili, inducano il giudice a preferirne una.

Per rispondere, bisogna preliminarmente isolare i punti fermi a cui si è giunti nel corso della trattazione.

a) Il giudizio secondo equità ha natura giuridica. Ciò è espressamente statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza del 2004[52] e trova conferma nell'art. 339 c.p.c. Secondo tale norma, la sentenza del Giudice di pace resa ex art. 113.2 c.p.c. può essere appellata: (i) per violazione delle norme sul procedimento; (ii) per violazione di norme costituzionali; (iii) per violazione di norme comunitarie; (iv) per violazione dei principi *regolatori* della materia.

Inoltre, è anche ricorribile direttamente per Cassazione ed è onere del ricorrente non solo allegare i principi informatori che si reputano violati, ma anche «specificare in quale modo la regola equitativa posta a fondamento della pronuncia violata si ponga con essa in contrasto al fine di consentire al giudice la verifica della sua esistenza e della sua eventuale violazione»[53]

b) Uniformandosi all'interpretazione fornita dalle sezioni unite del 1999[54], il giudizio secondo equità tocca tanto le conseguenze quanto la qualificazione del fatto portato a conoscenza del giudice.

c) Secondo due sentenze del 2005[55] i principi informatori sono diversi dai principi regolatori perché diversa è la loro funzione. Infatti, nell'interpretazione fornita dalle Sezioni unite nel 1991, i principi regolatori «non sono soltanto quelli ricavabili, per via di astrazione, dalla ratio sottesa alle singole norme» ma sono quelli che si deducono dall'intera concreta e specifica materia[56]. In altri termini, rispetto alla normativa cui fanno riferimento sono un post. Diversamente, il principio informatore è un prius, «è quello cui ci si ispira nel porre una determinata regola e, in quanto tale, preesiste alla regola»[57].

d) Sotto un profilo operativo, la Cassazione mette chiaramente in luce che il giudice di pace «non dovrà individuare la regola equitativa, traendola dalla disciplina in concreto dettata dal legislatore»[58] , così come avveniva per i principi regolatori; invece, il principio informatore diventa limite all'equità e la *regula aequitatis* non dovrà contrastare con questo. Ne deriva che il risultato a cui giunge il giudice potrebbe anche essere diverso da quello positivizzato dal legislatore, ma non per questo da considerarsi extra-giuridico se conforme alla Costituzione, alle norme comunitarie e ai principi informatori[59].

Coordinando tra loro queste premesse, si può offrire una risposta alle domande e, allo stesso tempo, ricostruire sistematicamente il giudizio secondo equità ex art. 113, comma 2, c.p.c.

Infatti, la giurisprudenza della Cassazione è maggiormente indirizzata a evidenziare i limiti di controllo che la medesima può effettuare in sede di impugnazione anzichè determinare quali attività il Giudice di pace debba svolgere quando pronuncia secondo equità.

Andando con ordine, relativamente alla nozione di principi informatori, la Suprema corte, pur mettendo in evidenza la funzione da questi svolta, non ne offre una definizione compiuta.

Infatti, servendosi della nozione altrettanto controversa di principi regolatori, definisce gli uni per mezzo degli altri.

Ad ogni modo, allo stato attuale, nella materia la Giurisprudenza ha abbandonato il riferimento ai principi regolatori, preferendo, coerentemente alla

[51] Già Aristotele nell'*Etica Nicomachea* aveva studiato la questione, V, 10, 1137b, 11-27 (edizione di Bekker): «ciò che produce l'aporia è il fatto che l'equo è si giusto, ma non è il giusto secondo la legge, bensì un correttivo del giusto legale. Il motivo è che la legge è sempre una norma universale, mentre in alcuni casi singoli non è possibile trattare correttamente in universale. (…). Quando, dunque, la legge parla in universale, ed in seguito avviene qualcosa che non rientra nella norma universale, allora è legittimo, laddove il legislatore ha trascurato qualcosa e non ha colto nel segno, per aver parlato in generale, correggere l'omissione, e considerare prescritto ciò che il legislatore stesso direbbe se fosse presente, e che avrebbe incluso nella legge se avesse potuto conoscere il caso in questione. Perciò l'equo è giusto, anzi migliore di un certo tipo di giusto, non del giusto in senso assoluto, bensì del giusto che è approssimativo per il fatto di essere universale. Ed è questa la lettura dell'equo: un correttivo della legge, laddove è difettosa a causa della sua universalità». La traduzione è di C. Mazzarelli in ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Milano, 1996, p. 222

[52] Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 206, *cit.*

[53] Cass., sez. un., 29 agosto 2008, n. 21934, *cit.*

[54] Cass., sez. un., 15 ottobre 1999, n. 716, *cit.*

[55] Cfr. Cass., 11 gennaio 2005, n. 382, *cit.* e Cass., 17 gennaio 2005, n. 743, *cit.*

[56] Cass., sez. un., 15 giugno 1991, n. 6794, cit.

[57] Cfr. Cass., 11 gennaio 2005, n. 382, *cit.* e Cass., 17 gennaio 2005, n. 743, *cit.*

[58] Cfr. Cass., 11 gennaio 2005, n. 382, *cit.*

[59] Cfr. Cass., 11 gennaio 2005, n. 382, *cit.*

decisione della Corte Costiuzionale, il concetto di principi informatori.

Di questi, in relazione al ruolo svolto, sono ricavabili almeno due definizioni:

(a) ispirazione del giudice nel porre una determinata normativa[60];

(b) limite al giudizio secondo equità[61].

Tuttavia, tali interpretazioni spiegano solamente la funzione da attribuire ai principi in questione, senza individuarne l'origine. La circostanza conduce all'interrogativo se, a prescindere da ciò, esista un nucleo essenziale il quale si possa successivamente declinare in differenti significati. Da un esame della casistica giurisprudenziale si era giunti alla conclusione parziale che i principi informatori sono posti a presidio di un interesse che l'ordinamento intende proteggere[62]. Si tratta, pertanto, di capire da dove derivi tale interesse o, in altri termini quale sia la fonte. Se l'ordinamento esprime un'esigenza di coerenza e sistematicità, i principi informatori non possono derivare da elementi extragiuridici altrimenti non ci sarebbe alcun controllo su questi, con tutti i rischi che ne deriverebbero. Pertanto, devono necessariamente essere ricavati da una fonte legale. Escludendo la legge ordinaria di cui sono ispirazione e non potendo, allo stesso tempo, essere superiori alla Costituzione, sembra coerente concludere che si situano in una posizione intermedia tra queste fonti del diritto.

E se l'ordine costituzionale tende alla realizzazione di valori ed istanze sociali, i principi informatori sono espressione più specifica di beni costituzionalmente protetti. Con ciò non si intende concludere ipotizzando una nuova categoria di fonti inespresse del diritto. Piuttosto, sono da interpretarsi come il risultato di una mediazione tra interessi astratti espressamente tutelati dal testo costituzionale ed esigenze concrete manifestate dalla collettività. Quindi, nel passaggio dalla Costituzione alla legge, un ruolo fondamentale avranno i principi informatori che, da una parte, costituiscono l'antecedente logico del testo normativo da pubblicare e, dall'altra, rendono più concreto un bene giuridico astratto, portandosi con sé le esigenze manifestate dalla società.

Chiarito dove si collochino e quale sia la loro origine, è possibile dare una risposta anche alla seconda domanda, la quale deve essere ulteriormente articolata in due sotto-problemi. Svolgendo il pensiero, quando la Cassazione sostiene che il ragionamento del Giudice di pace è un *giudizio intuitivo e non sillogistico*, l'affermazione va inquadrata in una logica di confronto tra il giudizio *stricto iure* e quello di equità. Mentre il primo consiste in una delle soluzioni possibili previste espressamente dalla norma, il secondo, trovando la propria fonte in un principio, può prendere molteplici direzioni, tutte possibili e tutte coerenti con il punto di partenza. Pertanto, si tratta di cogliere (a) le modalità di individuazione e (b) l'efficienza della *regula aequitatis.*

Sotto il primo profilo, (i) le norme di diritto scritto avranno un particolare rilievo, nei termini in cui possono aiutare il giudice a qualificare i fatti di causa[63]; (ii) l'obbligo di motivazione consente di verificare la razionalità ed il percorso logico attraverso il quale il giudice è arrivato all'elaborazione della specifica regola; (iii) il vincolo del precedente garantisce maggiore certezza ai rapporti giuridici ed accresce il valore normativo della regola individuata[64]. Orbene, questi sono tutti elementi che, concorrendo insieme, sono in grado di controllare ed aiutare il giudice nella sua decisione. Ma il discorso non può dirsi così concluso.

Il diritto stesso offre un ulteriore strumento che consente di elaborare la regola applicabile al caso concreto: l'analogia. Recentemente, in dottrina[65], è stato sostenuto che, basandosi la decisione ex art. 113, comma 2, c.p.c. su principi generali, questa non si discosta molto dalle ipotesi in cui il giudice, nelle pronunce *stricto iure*, ricorre all'*analogia iuris*. Infatti, secondo l'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, qualora il giudice non riesca a risolvere il caso applicando una specifica norma o un'altra che regoli casi simili, dovrà trovare una soluzione deducendola dai principi generali dell'ordinamento.

Sebbene si possa parlare di somiglianza, non si può sostenere che ci sia totale coincidenza poiché, relativamente all'analogia, esiste un divieto di applicazione delle norme eccezionali al di fuori dei casi in esse regolati (art. 14). Diversamente, non sembra che ci siano ragioni per escludere l'estensione di queste ultime anche in fattispecie non contemplate dalle medesime. Infatti, l'ambito semantico del concetto di *materia*[66] ha portata settoriale ed in questa rientrano norme generali, particolari ed anche eccezionali. Quindi, dal principio che

[60] Cfr. Cass., 11 gennaio 2005, n. 382, *cit.* e Cass., 17 gennaio 2005, n. 743, *cit.*

[61] Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 206, *cit.* ma anche Cass., 11 gennaio 2005, n. 382, *cit.* e Cass., 17 gennaio 2005, n. 743, *cit.*

[62] Cfr. par. 4.

[63] Cfr. R. MARTINO, *Decisione equitativa e principi informatori della materia*, cit., p. 1368

[64] Sul vincolo dello *stare decisis* e sul ruolo del formante giurisprudenziale cfr. Cass., 11 giugno 2009, n. 13530, in *DeJure* e Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *DeJure.*

[65] G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri,* cit., p. 112 e ss.

[66] Con Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 206, *cit.*, è bene ricordarlo, è stato introdotto il limite dei *principi informatori della materia.*

ha informato una determinata norma eccezionale non è da escludersi che possa derivare un'ulteriore applicazione differente *dai casi e dai tempi in ess(a) considerati*, senza però uscire dal limite della stessa materia.

Ad ogni modo, nonostante tale macroscopica eccezione, anche l'analogia servirà a guidare il giudice nel suo *iter* decisionale.

Sotto il secondo profilo, il rispetto, oltre alla Costituzione e alla disciplina comunitaria, dei principi informatori è uno strumento per valutare l'efficienza della *regula aequitatis*. Studiando la questione attraverso la lente delle fonti del diritto, si è detto che i principi informatori esprimono interessi protetti dall'ordinamento che devono essere tutelati e situazioni giuridiche di cui le parti hanno diritto a beneficiare. Di conseguenza, la loro violazione, unitamente alla Costituzione ed alla normativa comunitaria, va a turbare un equilibrio che la regola equitativa è chiamata a ripristinare. Pertanto, l'equità si configura come un rimedio efficiente solo se crea un bilanciamento tra situazioni giuridiche, lese dalla singola fattispecie concreta portata a conoscenza del giudice.

In questi termini, una valutazione in merito all'efficienza, insieme ai criteri prima evidenziati, riesce a giustificare le ragioni che hanno spinto il giudice a preferire una determinata soluzione al conflitto tra le molte ipotizzabili. Vale a dire, a fronte di molteplici decisioni tutte conformi a diritto, il giudice sceglierà la più efficiente, quella cioè in grado di creare il miglior bilanciamento possibile degli interessi dedotti nel rapporto giuridico.

E' così emersa la natura rimediale dell'equità. Questa, infatti, non opera in maniera autonoma e svincolata dal sistema giuridico; bensì, è finalizzata a ristabilire un ordine che trova la propria fonte nella Costituzione e deve essere coerente con i principi che da questa discendono. Sotto il profilo dell'autorità giudicante, se la sentenza è finalizzata a risolvere una crisi e ristabilire un ordine, l'equità è strumento per risolvere una conflittualità tra le parti, ripristinando un equilibrio[67] che trova la propria fonte nella Costituzione e viene descritto nei principi che questa pone.

In quest'ottica perde di pregio anche la distinzione tra principi informatori e principi regolatori. Ed infatti, pur accettando la loro distinzione sotto il profilo teorico, nella loro applicazione pratica la distinzione diventa evanescente.

In una sentenza del 2006[68] si dice che è principio informatore quello del «diritto delle vittime al risarcimento totale dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, conseguenti alla lesione di diritti umani fondamentali» mentre, parafrasando la motivazione, è principio regolatore l'interpretazione dell'art. 2059 c.c. di cui alle sentenze gemelle del 2003[69]. Volendo soprassedere sulla circostanza che l'interpretazione fornita dalle Sezioni unite nel 2008 relativamente all'art. 2059 è stata definita dalle stesse *principio informatore*, non si colgono le motivazioni per cui etichettare diversamente due principi se entrambi sono a presidio di un interesse che il nostro ordinamento intende proteggere e che trova la propria fonte nella Costituzione. E, durante il percorso che trasforma il bene giuridico in principio che limita il giudice nella propria decisione, non si incontra nessun elemento significativo che giustifichi una distinzione tra i due.

Così ricomposto il problema, resta infine da chiedersi se le considerazioni fin qui svolte siano limitate e circoscritte all'art. 113, comma 2, c.p.c. oppure siano valide anche in tutte le altre ipotesi in cui l'ordinamento attribuisce al giudice il potere di decidere secondo equità. Nonostante manchi una previsione espressa in tal senso ed in giurisprudenza il richiamo ai principi informatori sia circoscritto alle decisioni del giudice di pace (che non superino gli € 1.100), non sembra corretto trarre da ciò una risposta negativa.

Infatti, se i principi informatori alla loro base postulano l'esistenza di un bene giuridico che trova la propria fonte in un diritto costituzionale, la loro violazione inciderebbe indirettamente sulla norma che lo prevede, ancorando di conseguenza la decisione a criteri extragiuridici.

Vediamo più da vicino qualche esempio. Quando l'art. 2056 c.c. vincola il risarcimento da lucro cessante al parametro dell'equità non si può assolutamente sostenere che ciò consenta al giudice di riconoscere al danneggiato un ristoro patrimoniale maggiore rispetto al danno effettivamente subito, a prescindere che l'autorità competente sia il Tribunale o il Giudice di pace. E lo stesso può dirsi in riferimento all'art. 1226 c.c. Ancora, l'integrazione secondo equità di cui all'art. 1374 non può portare allo squilibrio tra le prestazioni.

Orbene, se si condivide l'assunto che prestazioni tra loro equilibrate e risarcimento adeguato del danno siano principi informatori di specifiche materie, la conclusione che questi vincolino esclusivamente il Giudice di pace condurrebbe ad esiti paradossali.

Ciò trova conferma nella richiamata sentenza del 2006 relativa al danno subito dai prossimi congiunti a seguito della morte del parente investito da

[67] Parola che con equità ha in comune la radice *aequus*.
[68] Cass., 12 luglio 2006, n. 15760
[69] Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828

un acqua-scooter[70]. In tale fattispecie la Cassazione estende le considerazioni relative ai principi informatori anche alle controversie di competenza del Tribunale. Secondo i giudici, se nella determinazione equitativa del risarcimento non si considerasse il principio informatore dell'integrale risarcimento del danno, la decisione rasenterebbe l'arbitrio.

E ciò è da considerarsi valido anche per qualunque altra materia in cui ci sia un riferimento all'equità perché, qualora così non fosse, si giungerebbe ad esiti del tutto arbitrari e non controllabili. Infatti, se i principi informatori discendono direttamente da una norma costituzionale, per converso la violazione dei primi condurrebbe ad una violazione indiretta della seconda.

Inoltre, se i principi informatori sono quelli che hanno ispirato il legislatore[71], la loro violazione da parte di un qualunque giudice violerebbe lo scopo che una determinata normativa si prefigge e la sentenza emessa sarebbe sicuramente appellabile o oggetto di ricorso in Cassazione per violazione di legge.

Insomma, da qualunque profilo si voglia guardare la questione, l'unica soluzione è quella prospettata. Infatti, una sentenza emessa dal Tribunale che non rispetti i principi informatori della materia è il risultato di un'attività arbitraria del magistrato giudicante, viola indirettamente principi costituzionali e si pone in contrasto con la normativa vigente.

Ciò che differisce è l'intensità con cui i principi informatori rilevano nelle materie di competenza del Giudice di pace. Infatti, se quest'ultimo può anche non applicare alla lettera una specifica disposizione, da ciò nasce l'esigenza di precisare espressamente i limiti dell'attività decisionale. Diversamente, il primo limite che un Giudice del Tribunale incontra è il rispetto del diritto scritto, senza tuttavia dimenticare che il diritto scritto trova ispirazione nei principi informatori che lo hanno modellato e che quindi vincolano qualunque giudice se non direttamente, almeno indirettamente.

Concludendo, in questo panorama la Giurisprudenza dell'ultimo decennio ha offerto una lettura dell'equità in termini rimediali. Infatti, si atteggia come uno strumento trasversale che, operando entro gli schemi del diritto, è in grado di valorizzare le peculiarità del caso concreto predisponendo risposte adeguate alle nuove istanze sociali; e, allo stesso tempo, garantisce soluzioni coerenti con l'ordine costituzionale e con i beni giuridici che questo esprime e tutela. Le parole della Corte Costituzionale colgono l'essenza della giudizio secondo equità la cui funzione è «quella di individuare la regola di diritto non scritta che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua tuttavia dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva: principi che non potrebbero essere posti in discussione dal giudicante, pena lo sconfinamento nell'arbitrio».

[70] Cass., 12 luglio 2006, n. 15760

[71] Cfr. Cass., 11 gennaio 2005, n. 382, *cit.* e Cass., 17 gennaio 2005, n. 743, *cit.*

THE INTERPRETATION OF GOOD FAITH AND ACCORDING TO HUMAN RIGHTS, FUNDAMENTAL FREEDOMS AND CONSTITUTIONAL LAWS IN THE COMMON FRAME OF REFERENCE (ART. 1:102 DCFR)

Di Giuseppe Vettori

***SUMMARY:** 1. Interpretation and rights. - 2. Interpretation in accordance with good faith and fair dealing (8: 102 I lett. g, DCFR and art. 1366 Italian Civil Code). - 3. If one party has better rights than the other. 3.1 Interpretation in accordance with good faith in France. 3.2 The relevance of the text in common law. 3.3. Interpretation in accordance with good faith and sectoral regulation in Italy. 4. Art. 1:102 DCFR and interpretation according to human rights, fundamental freedoms and constitutional laws.*

1. Interpretation and rights.

Whenever there is an artistic, literary or legal objective expression, our interpretation comes into play. This has led some authoritative authors to search for a common element therein[1] - to reproduce someone else's thought and thus discover the spectacular, orchestral, literary and philosophic key to the work that is the object of exegesis. Within such a hypothetical *genus*, legal interpretations play a specific role dictated by the peculiarity of each text. They must lay down a principle so as to decide on or to take stands over a conflict of interests, over a demand for protection or over a relevant ascertainment.

The DCFR confirms well-known rules and lays down some new provisions. Art. 1:102 says that the rules are to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and any applicable constitutional laws. Chapter 8 on the *Interpretation of contract*[2] includes a number of ambiguous

[1] E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milan 1949.

[2] Section I contains seven provisions: *General rules* (8:101), *Relevant matters* (8:102), *Interpretation against party supplying term* (8:103), *Preference for negotiated terms* (8:104), *Reference to contract as a whole* (8:105), *Preference for interpretation which gives terms effect* (8:106), *Linguistic*

provisions, some laborious compromises and some new provisions.

The fundamental principle is the need to reconstruct the common intention of the parties, even where this differs from the literal meaning of the words (8:101 I). Importance is attached (according to a common law rule, embodied in art. 8 1 CVIM) to awareness of the true intention of a party if, at the time of the conclusion of the contract, the other party was aware, or could reasonably be expected to have been aware, of such intention (8:101 2). An objective criterion is thus once again applied (8:101 3) as to the meaning a reasonable person would give to the contract, thus adding a further specification with respect to the Lando Principles. Such an application is allowed if the intention cannot be established under the previous criteria, and if the question arises with a person who is not a party to the contract or who, by law, has no wider rights than such a party, provided the former has relied on the contract's apparent meaning (8:101 3 a and b). Regard may be had, in particular (8:102 I), to the circumstances in which the contract was concluded (including preliminary negotiations), to the conduct of the parties (even subsequent to contractual conclusion), to similar terms and practices established between the parties, to the meaning commonly given to such terms, to the nature and purpose of the contract, to usages and good faith. We thus find another new provision with respect to the Lando principles. It is specified (8:102 2) that where an issue arises in relation to a person, first, who is not a party to the contract (or an assignee) or second, who, by law, has no better rights than such a party, but who has relied on the contract's apparent meaning, regard may be had to external circumstances only to the extent that those circumstances were known to, or could reasonably be expected to have been known to that party, subject to the general principle of good faith.

These criteria are followed by a provision on non-individually negotiated contract terms (8:103 - 8:104), by a reference to the contract as a whole (8:105), a principle on the preference for interpretation which gives terms effect (8:106), and a provision on linguistic discrepancies (8:107).

I will deal with one issue only: the role of good faith and the importance of such a criterion where one party, by law, has better rights than the other (8:101 3 lett. b; 8:102 DCFR).

discrepancies (8:107). Section 2 contains only one provision among *General rules* on the issue of interpretation of juridical acts and a provision on analogy.

2. Interpretation in accordance with good faith and fair dealing (8: 102 I lett. g, DCFR and art. 1366 Italian Civil Code).

The rule has always given rise to doubts and questions, especially when identifying which solutions are in line with good faith, and how such a criterion adds a further meaning to what is already envisaged in subjective and objective interpretative criteria (8:101, 8:102; art.s 1362 and 1367 Italian Civil Code)[3].

According to Italian law, interpretation in accordance with good faith is that which is in line with "the intentions of the parties and the purpose they pursue in their negotiations". Yet, it has been observed that respect for the parties' common intention is already requested by art. 1362. Hence, if an intention exists and is well-known, "there is no need for art. 1366 to give it further strength"[4].

Having abandoned the equivalence between good faith and intention, a more objective meaning has been upheld, whereby good faith underlines the importance of "mutual fair dealings between the parties"[5]. Yet, this definition adds nothing to the meaning of art.1366.

The idea of a link between good faith and the principle of reliance is very widespread. According to Cesare Grassetti, "[I]f a party is entitled to interpret a given statement in a given way (…), such a way shall be relevant for the law, and the person who has made the statement cannot claim a different meaning"[6]. According to this view, to interpret a statement in accordance with good faith means to put oneself in the position of the person who takes cognizance thereof. Yet, such an argument is not convincing, since "the contract is not the isolated statement of one person to another, rather a set of mutual statements: a unitary text endorsed by both parties. There is not a declarant and an addressee; rather, the two contractors assume

[3] See on this point and the following reasoning, R. SACCO, *L'interpretazione, in* R. Sacco and G. De Nova, *Il contratto, in Tratt. dir. civ.*, ed. by R. Sacco,Torino, 2004, p. 369 foll.*;* N. Irti, *Testo e contesto*, Padova, 1966, p. 25; but also C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983, p. 108; M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione. Contributo ad una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961, p. 143; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 163 foll.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione dei contratti e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 273; see the essay by V. CALDERAI, *La teoria classica dell'interpretazione dei contratti. Origini, fortuna e crisi di un paradigma dogmatico*, in *Diritto Privato*, 2003, p. 344 foll.

[4] R. SACCO, *ibid.*, p. 375 foll.

[5] C. GRASSETTI, *ibid.*, p. 197.

[6] As above., *ibid.*

both roles"[7]. What is more, there is not only an intended and communicated plan, but rather a heteronomous content to be identified in practice.

The reliance theory has been enriched by two further ideas. On the one hand, priority is given to the meaning that both parties wanted the text to have - although this mirrors either "a code that is common to the parties or an objective meaning" which art. 1362[8] already implies. Hence, once more, art. 1366 amounts to a repetition. On the other hand, relevance is given to the predisposition of the contract, though this is already governed by articles 1341 and 1370 Italian Civil Code, and by special laws on consumers. This leads to the claim that art. 1366 has not been subject to interesting developments since "the applications which it gave rise to before 1942 are now converted into specific legal rules and have thus become autonomous with respect to the matrix that produced them"[9].

Not surprising, therefore, is that deeper meanings have been ascribed to art. 1366, which are not commonly upheld albeit they surely have a justifiable basis. Some argue that art. 1366 applies to the case of unforeseen (and thus unfair) damages, leading to contractual revision or repetition, without altering the risks and duties laid down by the parties. Art. 1366 is used "to rectify contractual details, cancelling what was included therein by claiming the abuse of the other party's weakness, ingenuity or shyness, or the temporary lack of said party's reason"[10]. In legitimacy judgements, it has been held that the general clause enlarges the parties' rights and obligations, so that the interpretative criterion that refers to it requires the interpreter to pay attention to that integration, to identify the actual content of the parties' rights and obligations, and to seek the meaning that is most consistent with the contractors' fair dealing[11]. Interpretative good faith is thus given a complete and useful meaning.

This has been confirmed by a recent judgement by the Italian Court of Cassation[12], which has held that, when a party claims bad faith dealing, and this is ignored by the judge when dealing with the merits, the infringement of the interpretative rule must be claimed in the appeal, or such a right is lost. Hence, there is a strong connection between ascertaining the unfairness of one's conduct and the interpretative rule.

This may appear to be in conflict with the DCFR, whose article III 1:103 is rather ambiguous and which introduces a new provision with respect to the Lando Principles. After confirming the role of the general clause in the *General provisions* (I 1:102) and its impact on *Obligations and corresponding rights*, its application is narrowed. Art. III 1:103 3 says that breach of the duty to act in accordance with good faith does not give rise directly to remedies for non-performance of an obligation, but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have had.

Such a specification is clearly meant to curb the idea that the clause is a general instrument for control[13], so limiting scope for the judge to draw new rights and obligations for the contractors from it[14]. Yet the text, precisely because of its ambiguity, is open to different interpretations. In contrast to the principle upheld by Italian case-law, it says that breach of good faith does not imply non-performance, though this does not mean that the duty of good faith cannot give rise to new

[7] R. SACCO, *ibid.*, p. 408.
[8] As above, *ibid.*
[9] As above, *ibid.*
[10] As above, *ibid.*, p. 410.
[11] The Court of Cassation has expressed doubts, in the ambit of contractual interpretation, as to the opportunity of using other criteria when the literal meaning of the words leads to a certain result. Yet, quite recently, reference has been made to the necessary hermeneutical criterion evoked by the many contractual clauses (1363 Italian Civil Code) (Cass. 11th June 1999 n. 5747, in *Giur. It*, 2000, p. 705) and grounded on a set of behavioural rules of loyalty and fairness (1366 Italian Civil Code) (Cass. 12th November 1992, n.12165, in *Giust. civ. Mass.* 1992, dossier 11) which can lead to identifying instrumental duties to the satisfaction of the contractors, even in the event of mere "conscious and voluntary inertia" (Cass. 17th February 2004 n. 2992, in *Dir. e giust.*, 2004, 13, p. 34).

[12] Cass. 11th August 2000, n. 10705, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1778.
[13] H. BEALE, *General clauses and specific rules in The Principles of European Contract Law: the Good faith clause*, in S. Grundman and D. Mazeaud (eds.), *General Clauses and Standard in European Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 205-218, excludes the possibility that good faith may be an all-inclusive instrument of control and limits its content to a judgment of reasonableness. Conversely, see O. LANDO, *Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?*, in *European Review of Private Law*, 2007, 6, p. 841 foll.
[14] See M. HESSELINK, *Common Frame of Reference & Social Justice*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/04, in http://ssrn.com; and, by the same author, *The concept of Good Faith*, in A.S. Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004; and S. WHITTAKER & R. ZIMMERMAN, *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in R. Zimmerman & S. Whittaker (eds.) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 7-62, 32.

obligations and rights. Indeed, the provision grants the person acting in good faith the right to prevent the other party in bad faith from exercising a right, remedy or defence. Such a broad formulation encompasses the integrating capacity of the clause, which concerns a procedural evaluation of the parties' conduct, enriching the contractors' rights and duties.

The wording of art. III 1:103 3 clearly epitomizes the different approach of common law and civil law jurists.[15] The Anglo-Saxon culture is naturally led to argue in terms of remedies and limits to remedies, while it has always feared the proliferation of rights, especially of unspecified origin. Continental jurists, instead, are used to constructing reasoning based on the definition of subjective positions; according to this approach, the autonomous role of good faith cannot but determine the rise of new rights and duties.

By going beyond both approaches, we may reach agreement on a key point. Good faith is the procedural instrument for the control of the parties' conduct. It is given a general value by art. 8:102 1 lett. g and 2, even where one party has stronger rights than another, and this may be important in outlining the limits of the content of good faith which can emerge *from the parties' common intention, but also from rights and duties to be reconstructed in the concrete regulation of the case, by applying special rules in the field and the principles of art. 1:102*. Let us examine both cases.

3. If one party has stronger rights than the other.

3.1 Interpretation in accordance with good faith in France.

The French *code civil* does not expressly refer to *bonne foi* as a criterion for interpretation. Its provisions on execution (1134)[16] and on contractual integration (1135)[17] contain a reference to the general clause. However, quite gradually, the idea of a "*procédé de forçage*" of contract and of an intervention on its content have gained ground[18].

Besides, the entire section of the *Code civil* dealing with interpretation (the current art. 1154[19]) is based on the idea of identifying the contractors' common intention ("*La règle des règles*" according to Demolombe) and the most recent doctrine specifies that, when construing such common intention, the interpreter must refer to other criteria, including good faith[20]. There follows the traditional separation between *interprétation subjective*, which is meant to "reveal" the contractual content, and *interprétation objective (ou constitutive*), which "determines it". It is precisely with respect to the last criterion that good faith acquires relevance, through articles 1134(3), 1135, and 1160.

The *Avant-projet de réforme* contains some important new provisions. It suggests including the section "*De l'interprétation et de la qualification*", immediately after the "*Dispositions Générales*", in Chapter III (*De l'effet des obligations*), numbered from 1136 onwards. The wording of art. 1135 is unaltered, while an extremely important new point is included in the provisions on interpretation. A new provision (art. 1139) is formulated, whereby "The contract shall be interpreted according to reasonableness and equity"[21]; the comment in the notes specifies that such criterion is viewed as a useful instrument for the "*contrôle de l'équilibre contractuel*," according to objective criteria of interpretation: *raison* and *équité*. Thanks to the latter, one must "first seek the grounds for the existence of the agreement, which are in themselves

[15] See F. VIGLIONE, *L'interpretazione del contratto nella common Law inglese. Problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p.134 foll.

[16] According to art. 1134(3) « Elles doivent être exécutées de bonne foi » where reference is made to « conventions légalement formées ». These provisions remain unaltered in the Avant projet.

[17] The provision states: "les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature", where the notion of «equity» is interpreted more or less like that of good faith.

[18] V. L. MESTRE, A. LAUDE, *L'interprétation «active» du contrat par le juge*, in AA. VV., *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-Marseille, 1993. A relevant scope of application concerns information obligations, especially of professional figures, that have been extended by case-law through art. 1135. The same reference represents the basis for new developments in the case-law on surveillance obligations (e.g. of hoteliers for their clients' chattels Civ. Cass, 13th October 1987, Bull. civ., I, n. 262, p. 190).

[19] According to this provision «On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes». The wording remains unaltered in the *Avant projet*, just like the "position" of the article at the beginning of the section on interpretation. The numbering of articles changes, since the interpretation provisions are included immediately after the "General Provisions" relating to "Contractual Effects".

[20] J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, 3rd ed., Paris, 2001, p.18.

[21] «Le contrat s'interprète en raison et en équité».

evidence of the parties' intention, their interests and will, which cannot however be *inéquitable*".

In this respect, art. 1140-1 is emblematic: derogating from art. 1140 ("in doubt, the contract is to be interpreted against the creditor and in favour of the debtor"), it says that, "when the contractual content results from the dominant influence of a party, the contract shall be interpreted in the other party's favour". This is defined as *contrôle de l'unilatéralisme licite,* and is frequently applied to consumer contracts as well as "business to business" relationships[22].

3.2 The relevance of the text in common law.

The essential criterion for the English Judge's interpretation is his strict endorsement of the literal meaning of the contract (*parol evidence rule*). It is this principle that case law has always referred to, ignoring all criticisms of the idea of language univocality. Hence, the judge's interpretation follows merely technical criteria that are intended to reconstruct the parties' will, as evidenced in the contract. Such an idea is in line with the classic conceptualization of the contract as the synthesis of two autonomous wills (individually identifiable), and an expression of the parties' natural contrast.

The goal that is thus pursued is that of guaranteeing the certainty of the contract's effects, since no judicial intervention can change them in a way that is not in line with the parties' express will. There follows the exclusive role of the contract, the irrelevance of the context and, in general, of any elements that are external to it. Hence, jurists are generally distrustful of flexible and apparently indefinite concepts such as good faith[23]. This clause, as has been said, implies "a systematic analysis or a subjective approach," and thus "unquestionable negative effects on the efficiency of decision-making processes",[24] as well as longer proceedings and a greater number of disputes between private individuals.

However, such basic considerations do not exhaust the issue of interpretation in the English legal system, since the common law tradition has been integrated with rules that in fact often overlap with those used in civil law systems[25], even without expressly resorting to the idea of good faith. Casebooks are certainly lacking in precedents on the use of good faith for interpretation purposes[26], in line with the general diffidence towards it as a criterion.[27] Still, since the late 1980s onwards, this situation has changed as the result of some important judgements[28] and, most of all, due to the European Union's regulations expressed through Directives. A lively doctrinal debate has ensued[29].

The lack of a general principle of good faith does not prevent judges from intervening in the contract (*construction*) and integrating it, through hermeneutical experiments of an objective kind, and affecting the traditional role given to the will expressed in the contract. This is occurring together with the emergence, in recent case-law, of a tendency to underline the contractors' duty of diligence even in the pre-contractual stage[30].

---

[22] Equally significant is the formulation of art. 1141, which is not included in the current structure of the Code: "The interpretation of the contract is grounded on the analysis of all its elements. Failure to consider its essential elements entails misinterpretations (*dénaturation)*". The provision expresses the division of powers between judges deciding on the merits and legitimacy judges, in line with the theory of *dénaturation.* The latter gives rise to an evaluation under law, which may be censured before the *Cour de Cassation*, unlike the interpretation which is left to judges deciding on the merits of the case.

[23] TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law of How Unifying Law Ends up in New Divergences*, 61 (1988), MLR11; R. BROWNSWORD et al, *Good Faith in Contract: Concept and Context, in*; R. BROWNSWORD et al. (eds) *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Darmouth Ashgate, 1999.

[24] F. VIGLIONE, *L'interpretazione del contratto nel Common Law inglese. Problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, fasc. S1, p. 142

[25] F. VIGLIONE, n. 24 above, p. 157 foll.

[26] Recently, K. LEWINSON, *The interpretation of Contracts*, 3rd ed. , London, 2004.

[27] The sole relevant exception is, R. POWELL, *Good Faith in Contracts*, (1956), 9, *Current legal Problems*, 16.

[28] *Banque Financiere de la Cite SA v Estgate Insurance Co. Ltd* (1987) 2 All ER, 923 ; *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* (1989) QB, 433.

[29] Cfr. R. BROWNSWORD, *Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law*, in *Good Faith in Contract, Concept and Context*, Ashgate, Darmouth, 1999 ; ID., *Contract Law. Themes for the Twenty-First Century, Oxford*, 2006; ID., *Good Faith in Contracts. Revisited*, (1996) 49, *Current Legal Problems*, 111. The author reconstructs three doctrinal approaches to the idea of good faith as a general principle: a negative one, a neutral one and a positive one, and evidences the reasons underpinning them. We first need to clearly identify the idea of good faith. In this respect, the said doctrine mentions three models: *good faith requirement*, which is applied to the idea of fair dealings, already recognized in given fields; *good faith regime*, which concerns the standards for fair dealings resulting from a cooperation principle. Lastly, the so-called *visceral justice*, a model however to be excluded (see in this respect BRIDGE, *Good Faith in Commercial Codes*, in *Good Faith in Contract, Concept and Context*, *ibid*, p. 140. See also J. F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Aldershot, Darmouth, 1991

[30] On the point, see R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano, 2003, p. 49 foll., 52 foll.

3.3 Interpretation in accordance with good faith and sectoral regulation in Italy.

The reference in the DCFR to interpretative criteria in the event of a disparity of power reflects a problem felt in every national system, whose general laws[31] must be re-assessed in light of special laws on consumer contracts and on business contracts.

Italian doctrine has delivered different interpretations on the matter. For some, a non-negotiated contract between a professional and a consumer should be interpreted by reconstruing the "parties' common intention" (meant as "the parties' intended result"[32]). Other authors believe that the criterion of subjective interpretation cannot be applied to non-negotiated contracts between professionals and consumers, giving various reasons for this[33].

However, while the criterion of the parties' common intention is not very useful if the contract is not individually negotiated, the good faith criterion remains useful nonetheless. Indeed, as indicated above, the criterion has a key role in fixing the contract's content and in underlining the parties' rights and obligations arising from the contract and from law. Such a role is very useful in the interpretation of contracts between professionals and consumers.

As regards business to business contracts, the two conclusions outlined above apply. The notion needs to be subdivided into a different number of negotiations, depending on whether we are dealing with unilaterally negotiated contracts (between professionals and consumers), where the considerations just outlined apply, or bilateral contracts, which in turn need to be separated into contracts between businesses, free from significant asymmetries (B to B) and contracts where the parties' positions differ substantially due to subjective or objective circumstances (B to b)[34]. Indeed, it is now increasingly obvious that the interpretative criteria must be diversified according to the specific way in which private autonomy is expressed[35].

The doctrine has supported different theories[36]. As already noted, we need to diversify the many contractual figures. In these contracts, we need to examine the special laws that are meant to protect the entrepreneur-contractor (against abuse of economic dependence, franchising and payment terms) and the juridical regulation of the market which each single negotiation is part of[37]. The relevant provisions can help us integrate the rights and duties prescribed by law or by the contract, and this cannot but affect interpretative criteria. Once more, then, good faith has a positive role, since it requires the interpreter to consider the parties' different power, which is made relevant by special laws, and to interpret the contract in line with relevant special criteria.

4. Art. 1:102 and interpretation according to human rights, fundamental freedoms and constitutional laws.

The interpretative rule on respect for fundamental rights and freedoms requires a premise. The Charter of Fundamental Rights confirms the distinction between rights and principles. The explanation of art. 52, referred to by the new art. 6 of the Treaty of Lisbon, is extremely clear. According to article 51, principles may be implemented through legislative or executive acts, so that they are relevant to judges only when the regulations concerned are construed or subject to control, without leading to direct claims against the European Union institutions or the authorities of Member States[38]. This is said to be in line with the

[31] The articles on contractual interpretation are affected, in each legal system, by these different positions. See, in particular, art.s 1362-1371 Italian Civil Code; art. 1140-1 of the French *Avant projet* whereby "*Toutefois, lorsque la loi contractuelle a été établie sous l'influence dominante d'une partie, on doit l'interpréter en faveur de l'autre"* ; and the articles of the DCFR 8:103 on *Interpretation against party supplying term* and 8 :104 *Preference for negotiated terms.*

[32] For a useful reconstruction of the different positions, see B. Sirgiovanni, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 729 and note 28.

[33] A. Genovese, *Contratti standard e interpretazione oggettiva*, Milan, 2004, p. 26 foll.; G. Stella Richter, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim.*, 1997, p. 1027.

[34] See C. Scognamiglio, *I contratti di impresa e la volontà delle parti contraenti*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, ed. by P. Sirena, Milano, 2006, p. 493 foll.; G. Vettori, *I contratti di distribuzione*, *ibid*, p. 482 foll..

[35] See A. Rizzi, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milan, 2002.

[36] A. Genovese, *Contratti standard e interpretazione oggettiva*, *ibid.*, p. 70 foll.

[37] G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 5, p. 21 foll.

[38] G. Vettori, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 4, p. 5 foll.; by the same author, *Il diritto dei contratti fra Costituzione,Codice civile e Codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 784 foll.

European Court of Justice's case-law[39], and with the approach to «principles» taken by the constitutional systems of Member States, especially in the field of social laws. By way of example, we may refer to the principles recognized in articles 25, 26 and 37 of the Charter. Moreover, in some cases, an article of the Charter may contain elements of both a right and a principle, such as articles 23, 33 and 34[40].

Certainly[41], the distinction between rights and principles is an expedient way to limit creative interpretations. In truth, however, it only prompts a careful specification of the desirable relationship between the contract, the Charter and case-law, which is now meaningfully dealt with by art. 1:102, whereby all provisions of the DCFR are to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights, fundamental freedoms and any applicable constitutional laws.

Such a provision gains importance if we specify how an interpretative criterion, grounded on a principle, should apply. In order for the criterion in question to apply, a rule must be laid down by the legislator or created by the judge through an act of interpretation, i.e. without creating a new right, since the case falls within his juridical scope if there exists a principle. Such a method uses a *canon for juridical construction* derived from the case through different kinds of interferences and deductions[42]. This creates the rule for the decision, though it may also be used as an exegetic canon of the contract, provided the points mentioned here are borne in mind.

The judge is subject only to the law[43], which governs also the relationship between citizens' equality and disparity of power (art. 3)[44]. The Constitution guarantees the equality of subjective situations (rights, obligations, powers, duties) before the law and the judge, since each right and interest is equally recognized (art. 24) and is assessed by an independent and impartial judge (art.111). This means that eventual disparities of power between contractors cannot be ascertained and decided on the level of subjective situations, which are equal for all. Equality needs to be guaranteed through the judicial ascertainment of disparity, which will be exclusively based on the implementation of a provision, on the proper use of general clauses, and on the juridical qualification of a fact which justifies a differential treatment[45].

Hence, the DCFR's reference to interpretative criteria in the event of a diversity between parties' rights, and to the general role of good faith is important. From it, and the legal criteria laid down by the Italian legislator, it can be inferred that the judge must (under art. 1366 Italian Civil Code and under DCFR, when the text has a binding value) construe the contract in line with the parties' common intention and ascertain the rights deriving from special laws. This must be done in accordance with fundamental freedoms which, through good faith, become exegetic criteria and conformity parameters for the legal meaning of the contract.

This does not conflict with the foundation of the provision that protects a party's reliance on the reasonable meaning and content of the parties' statements and conducts, and thus their conformity to the parties' common intention, integrated by fundamental rights and freedoms.

---

[39] Cf., in particular, the case-law about the «precautionary principle» of article 174, paragraph 2 of the EC Treaty (replaced by article III-233 of the Constitution): TPG judgement of 11th September 2002, case T-13/99 Pfizer v. Council, with many references to case-law precedents and a number of judgments on article 33 (former 39) as to the principles of agricultural laws, e.g.: Court of Justice judgement, case C-265/85 Van den Berg, Racc. 1987, page 1155: analysis of the principle of stabilization of C 310/458 IT European Union Official Journal 16.12.2004 market and reasonable expectations.

[40] See G. VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali*, *ibid*., p. 5 foll., from which I draw my remarks.

[41] In the European Council conclusion (Brussels, 21-22 June 2007), it is said that the Charter of Fundamental Rights has a juridical value, by referring to art. 6 of the Treaties, by recalling Chapter VII on interpretation and application (without prejudice to Poland's unilateral declaration and to the additional protocol requested by the United Kingdom).

[42] G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione,Codice civile e codici di settore*, *ibid*, p. 787.

[43] Jurisdictional value is thus connected to popular sovereignty, and the idea of being subject to the law specifies such a connection. The judge's activity does not take the shape of political participation, rather it is an intellectual activity and any other power or judge cannot interfere with it. The judge is not even subject to Parliament, since he can raise a question of constitutionality with respect to an ordinary law. Therefore, the judge participates in enforcing the general will, often treading a subtle line reserved to politics which, together with law, is a social science after all.

[44] See A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una Giustizia "non amministrativa"*, Milan, 2005, p.115, 116, 117-118, 121-122.

[45] A. ORSI BATTAGLINI, *ibid*., p. 117.

RECENSIONE DE "IL TEMPO E IL CONTRATTO. ITINERARIO STORICO-COMPARATIVO SUI CONTRATTI DI DURATA" di Massimiliano Granieri

A cura di Francesca Lucchesi

SOMMARIO: 1. Il tema del volume – 2. Cenni storici – 3. Il tempo come elemento di struttura dei contratti di durata – 4. L'analisi economica – 5. Le sopravvenienze – 6. La prospettiva rimediale

1. Il tema del volume

Il volume[1] affronta in prospettiva comparatistica "i contratti di durata", tema attualissimo e di estremo interesse per chiunque voglia cementarsi oggi con il diritto dei contratti.

L'espressione individua un tema riconducibile alla più ampia area dei contratti d'impresa ove il tempo costituisce un elemento di struttura e non una mera coordinata, in quanto il bisogno e l'interesse delle parti è soddisfatto attraverso la prosecuzione o la reiterazione della esecuzione del contratto. Gli esempi spaziano dal contratto di subfornitura, ai contratti di distribuzione e di somministrazione.

L'Autore offre un prezioso quadro ricostruttivo dei diversi profili. Dal tessuto storico in cui per prima è emersa l'esigenza di regolare tali ipotesi contrattuali, alla prospettiva economica dell'integrazione verticale, a quella fenomenologica e patologica, sino ad illustrare il tema in una prospettiva più ampia e sistematica. Vediamo come.

Chiara è la premessa metodologica. Il volume si struttura attorno a tre «assunti», i quali vengono individuati come «il minimo comun denominatore del movimento del diritto dei contratti nel presente momento storico».[2]

[1] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico – comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

[2] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 20

Il primo concerne il tema dei contratti di durata sotto il profilo economico e nella sua dimensione strutturale.

Il secondo riguarda la tradizionale conformazione del diritto dei contratti, incentrata su un modello sincronico e sulla conseguente anacronistica indifferenza verso le fattispecie di durata.

Il terzo, infine, valorizza il contratto inteso come fenomeno che si colloca all'interno di un contesto economico che il medesimo contribuisce a creare e che viene ad essere dallo stesso influenzato[3].

Tre i livelli di indagine. Quello empirico che implica necessariamente un'analisi anche economica del contratto come «strumento di organizzazione e regolazione di un segmento del mercato, secondo le ragioni che spingono alla loro adozione».

Quello giuridico «delle norme formali e operazionali».

Quello metagiuridico che «si affranca dal particolarismo» per incontrarsi «con altri sistemi di norme e con altre riflessioni rivenienti dalla trasversalità del tema ad altre scienze sociali»[4].

A tutto ciò è utile premettere qualche cenno storico.

2. Cenni storici

Negli ultimi anni il «sogno di stabilità» dei codici ottocenteschi[5], formati da un sistema chiaro e semplice, è sfumato e con esso è tramontato anche il modello monolitico e universalizzante del contratto che trova le sue radici nel codice napoleonico.

Il diritto dei contratti è mutato per effetto di fattori endogeni e circostanze esterne. Al suo interno sono emerse le aree del diritto dei consumatori e dell'impresa.

La tipologia contrattuale dei contratti di durata, il cui termine, precisa l'Autore, evoca un'accezione descrittiva e non una categoria ontologica dai contorni definiti, è emersa con difficoltà nel mondo del *common law* , in cui il genere si confronta con quello dei *relational contracts*. L'ordinamento italiano si è segnalato, invece, tra i primi, per essersi interrogato sulla peculiarità dei contratti commerciali e sulla idoneità del tipo contrattuale della vendita a disciplinarli idoneamente. I frutti di quella riflessione sono stati considerati come modelli dalla Germania che si apprestava ad interrogarsi sulla possibilità di ammodernare il BGB in ordine all'adeguamento del contratto a lungo termine.

Soltanto dopo il secondo dopoguerra, quando negli Stati Uniti è fiorito il dibattito della dottrina sui contratti relazionali, quale reazione a quella concezione del diritto contrattuale che gli studiosi di *common law* definivano classico e neoclassico, anche nel vecchio continente si è cominciato parlare di contratti relazionali. Sicché «la recente attenzione ai contratti di durata sollecitata dalle teorie relazionali non è altro che una riscoperta dell'antico, propiziata da un fenomeno di importazione problematica, proprio sul piano delle implicazioni normative»[6].

3. Il tempo come elemento di struttura dei contratti di durata

In quasi tutti i contratti il tempo, così come lo spazio, rappresenta una coordinata delle vicende umane ed un elemento che in tutti i rapporti giuridici si frappone tra la conclusione del contratto e la sua esecuzione. La peculiarità dei contratti di durata è la intensa relazione che si instaura tra il contratto e il tempo, il quale si configura come vero e proprio elemento di struttura. Ne discende che nei contratti di durata ciò che individua la fattispecie contrattuale è «la prosecuzione o la reiterazione della sua esecuzione in maniera proporzionale e funzionale al fabbisogno di una delle parti» e non «la distanza del tempo in sè tra conclusione ed esecuzione»[7]. Si comprende così, come nei contratti di durata il tempo costituisca un elemento che ne caratterizza la funzione.

L'Autore individua nel contratto di somministrazione, la cui causa è connotata dal carattere ripetuto delle prestazioni, il paradigma del contratto di durata avente ad oggetto obbligazioni ad esecuzione continuata o periodica.

Il legislatore ha previsto per questo tipo di contratto una disciplina dell'inadempimento eccezionale rispetto a quella generale della risoluzione per inadempimento. Si prevede, infatti, che l'inadempimento della singola prestazione rilevi in quanto sia idoneo a ripercuotersi sul rapporto e dunque ad incidere sulla fiducia nei futuri adempimenti.

---

[3] Sul punto si veda G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, pp. 11-12: «Sovente si rende necessaria una visione dell'assetto negoziale non più inteso come singolo contratto isolato, ma come frammento di un'attività dell'impresa la cui valutazione è strettamente connessa con il contesto economico e con la struttura del mercato in cui essa insiste; elementi questi, entrambi esterni rispetto al contenuto del contratto, ma che possono incidere, in certi casi, sulla sua validità ed efficacia».

[4] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 20.

[5] G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 2, p. 241.

[6] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 23.

[7] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 32.

Attraverso lo strumento dei contratti di durata i contraenti, i cui rapporti sono legati da vicende economiche e giuridiche, perseguono l'interesse comune di organizzazione e continuazione dell'impresa. Emerge palesemente una difficoltà da parte del modello che assume come paradigma il contratto con cui si realizza uno scambio istantaneo, a regolare un genere di relazioni in cui le parti non si limitano a descrivere lo scambio istantaneo di ricchezza ma pianificano un'operazione di durata per la realizzazione di un interesse comune. Sul piano rimediale l'alternativa tra risoluzione e inadempimento, presentata dal modello classico, si rivela insufficiente.

Ciò che consente di superare la visione classica del diritto dei contratti «è l'integrazione della teoria relazionale con alcuni studi economici». Proprio il dibattito che è sorto intorno alla figura dei contratti relazionali nata negli Stati Uniti e sottoposta ad aspre critiche, ha condotto ad individuare la fattispecie dei contratti di durata. Sul punto, però, si precisa che: «il rapporto tra contratti di durata e contratti relazionali non è..di corrispondenza biunivoca. I due sistemi non coincidono: sebbene tutti i contratti di durata presentino una componente relazionale, anche in ragione della esposizione al tempo, non è vero che tutte le fattispecie relazionali siano anche di durata nel senso qui inteso»[8].

Da qui muove l'analisi dell'Autore nella prospettiva economica, che rivela «l'esistenza di una funzione tipica e discriminante svolta dalla fattispecie in esame»[9].D'altra parte proprio il fatto che i contratti di durata rappresentino uno degli strumenti per mezzo dei quali si realizza il fenomeno economico dell'integrazione verticale determina la rilevanza di tali fattispecie per la disciplina economica.

4. L'analisi economica

I contratti di durata presentano caratteristiche relazionali in quanto al loro interno si creano «vincoli di reciprocità ed interdipendenza» ed al contempo «sono incompleti perché così vogliono le parti (per opportunismo o razionalità limitata) e per l'azione incontrastabile del tempo sulla vita del rapporto».

Il persistente interesse di una delle parti e la impossibilità di una istantanea soddisfazione giustificano «la necessaria estensione temporale del rapporto»[10].

Dal punto di vista delle funzioni «si connota come di durata tutto il complesso di fattispecie contrattuali per mezzo delle quali i diversi momenti di un processo *lato sensu* produttivo sono collegati per esigenze di stabilità e coordinamento di una organizzazione». Il contratto di durata consente così di svolgere «una funzione per così dire assicurativa nel senso che l'organizzazione dei rapporti è pensata per assorbire l'incertezza e consentire[11] la programmazione»[12].

La concezione classica e i tre postulati della perfetta razionalità dei soggetti, perfetta concorrenzialità del mercato, assenza e sostanziale irrilevanza dei costi transattivi, si rivelano irrealistici non essendo configurabile una transazione con costi transattivi nulli.

I contratti di durata che consentono di rinnovare atti o prestazioni e risparmiare attività individuale rispondono proprio alla esigenza di coniugare la flessibilità con l'economia dei costi, i quali in questo genere di contratti si collocano soprattutto nella fase di esecuzione. Dal punto di vista economico, infatti, sono gli investimenti idiosincratici a creare quasi rendite delle quali il contraente più forte cerca di appropriarsi. In questo ambito la «teorizzazione dell'opportunismo post-contrattuale rappresenta un contributo decisivo al tema dei contratti di durata da parte dell'analisi economica»[13]. Esso rappresenta, infatti, «la fonte delle disfunzioni delle relazioni contrattuali durevoli e uno dei più evidenti segnali della dimensione relazionale»[14].

Per far fronte alle condotte opportunistiche le parti possono avvalersi di strumenti del diritto contrattuale, quali la buona fede e gli obblighi di *best efforts*, che hanno la funzione di garantire flessibilità e al contempo di contenere i contegni opportunistici che possono verificarsi come conseguenza della discrezionalità soprattutto nei rapporti complessi. In questa fase si innesta la riflessione sul problema delle sopravvenienze.

5. Le sopravvenienze

La natura del contratto di durata palesa l'esigenza di circoscrivere i limiti dell'utilizzo del potere contrattuale.

Proprio dal punto di vista della funzione gli obiettivi delle parti consistono nel «fare in modo che la relazione si adatti continuamente al mutare delle variabili interne..ed esterne..al contratto, attraverso il ricorso a particolari clausole di prezzo o di determinazione di aspetti ulteriori»[15]. In tale contesto si

[8] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 60.
[9] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 91.
[10] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., pp. 145-146.

[11] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 147.
[12] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 197.
[13] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 153.
[14] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 156.
[15] Le parti avranno altresì interesse a «limitare al massimo gli incentivi all'inadempimento sul presupposto che la negozia-

rende necessario «gestire al meglio il rischio di opportunismo contrattuale» e «congegnare meccanismi di gestione di eventi straordinari e imprevedibili che possono compromettere l'equilibrio complessivo dell'affare»[16]. Il tema si lega al problema dell'*hold up*, cui si è soliti ricondurre «la fattispecie di approfittamento del vantaggio relativo (non negoziato) di una parte sull'altra»[17].

Ne discende che in questo genere di contratti è «immanente un principio di conservazione» e la buona fede, che garantisce le parti contro i comportamenti opportunistici o ricattatori, si profila come «custode della rinegoziazione»[18].

I rimedi che le parti hanno a disposizione per gestire le sopravvenienze attraverso l'adeguamento del contratto sono affidati all'autonomia privata, in quanto la individuazione della soluzione è rimessa se e al momento in cui dovesse sorgere una circostanza tale da rendere improseguibile il rapporto.

Vi sono poi le fonti eteronome, che concernono eventi capaci di rendere impossibile o impraticabile la prestazione. Si annovera in tale ambito l'art. 1467 c.c. in tema di eccessiva onerosità.

Nei contratti di durata il tema delle sopravvenienze si pone quando il rapporto è ancora in corso. Sorge allora l'esigenza di tutelare quegli investimenti specifici che espongono una parte al potere dell'altra. Con riguardo ai rimedi alternativi all'art. 1467 c.c., al fine di ricercare una soluzione concordata della crisi, si dà atto del dibattito sorto attorno alla possibilità di configurare un obbligo di rinegoziazione di cui sarebbero onerate entrambe le parti[19]. Non solo. Il tema delle sopravvenienze impone di affrontare anche un'altra questione oggetto dell'attuale dibattito della dottrina, relativa alla possibilità di configurare, al di fuori delle norme sulla sopravvenienza, un obbligo di riequilibrio e di intervento del giudice sganciato dalla proposta delle parti. Si segnalano le aperture dei giudici sul punto, la posizione di quella dottrina che mette in guardia contro il pericolo di sovversione del principio dell'autonomia privata che deriverebbe dal concedere al giudice il potere di riscrivere il contratto e la voce di chi precisa non esser più accettabile un astensionismo totale del giudice dal contratto.

Da qui muove la riflessione dell'Autore sulla rilevanza nella fase attuale della «dimensione diacronica che rappresenta la vita della relazione» da cui si trae che le sopravvenienze atipiche costituiscono il segno della insufficienza di una concezione del diritto dei contratti che considera gli eventi straordinari come i soli capaci di rendere la relazione improseguibile. Ed allora «se il diritto si muove ogni riflessione non può che essere *interlocutoria*. L'indissolubilità del vincolo contrattuale per vicende successive alla sua instaurazione sembrava un dogma e non lo è più»[20]. Da qui la conclusione che «rinegoziare un contratto o riformarlo intanto hanno un senso, in quanto permanga un interesse alla prosecuzione del rapporto, manifestata dalla scelta di una fattispecie contrattuale che si riporti ai tipi di durata. Ed è soltanto con riferimento ai contratti di durata che ha senso ipotizzare una lettura unificante delle patologie, come manifestazione di contrarietà al principio di massimizzazione delle utilità congiunte, di compromissione degli investimenti fatti in vista dell'esecuzione, di aspettativa al mantenimento di un rapporto contrattuale che potrebbe essere difficile da rimpiazzare»[21].

6. La prospettiva rimediale

Di sicuro rilievo sono le riflessioni contenute nell'ultimo capitolo relative alla prospettiva rimediale, che rimane il punto più delicato del fenomeno trattato, tutto da ricostruire.

Il diritto non prevede per i contratti di durata un sistema rimediale diverso. Si rende pertanto opportuno «teorizzare e organizzare procedure alternative per la soluzione delle relative controversie, più rispettose della dinamica relazionale»[22]. La relazionalità esige di ricorrere ad un «rimedio che sia..rispettoso del ruolo comunque centrale che la volontà delle parti ha nella dinamica negoziale, ma che allo stesso tempo prevenga o curi le forme di opportunismo che rappresentano la negazione della direttiva di comportamento ispirata alla massimizzazione dell'utilità congiunta delle stesse». In tale ottica si rivela insufficiente sia un approccio di tipo esclusivamente *ex ante*, che legittima un limitato

zione è molto costosa (ed i rimedi, in ipotesi di risoluzione, sono comunque imperfetti) e la ricerca di un altro contraente, in mercati non perfettamente concorrenziali, è difficilmente e altrettanto dispendiosa».

[16] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., pp. 233-234.

[17] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 257. La dottrina neoistituzionalista ha posto l'*hold – up* in relazione all'operare dei costi transattivi sul mercato e alla dimensione degli investimenti specifici che effettuano le parti in vista dell'adempimento (M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 259). Da ciò si trae che vi è una intima connessione tra contratti di durata e la fattispecie che pone il divieto di abuso di dipendenza economica disciplinata dall'art. 9 della L. 192/1998, previsione non limitata al solo rapporto di subfornitura, ma avente portata tendenzialmente estesa a tutti i rapporti tra imprese.

[18] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 261.

[19] Sul punto si veda la lucida analisi svolta da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti di impresa*, Milano, 1996.

[20] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 338.

[21] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 340.

[22] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 417.

intervento del giudice sul contratto, sia ipotizzare che il giudice sia sempre limitato ad un intervento *ex post* di tipo modificativo. La mera adesione all'una o all'altra opzione è insoddisfacente. Si tratta piuttosto di valutare all'interno di un procedimento giudiziale, se le parti hanno rispettato il dovere di buona fede durante la negoziazione; la presenza di cause che impediscono l'adeguamento del rapporto nonostante la volontà di proseguire la relazione; il tentativo di rimuovere le cause che ostano all'accordo. Occorre altresì sanzionare la parte che pone in essere comportamenti opportunistici e «attendere l'aggiustamento spontaneo»[23].

In questa visione si ritiene che la sanzione del giudice sia «un indispensabile passaggio nella vicenda complessa che porta alla soluzione delle controversie relative ai contratti di lunga durata». La prospettiva di un intervento dall'esterno rende, infatti, più concreta la possibilità che le parti cooperino cercando di comporre amichevolmente la controversia. D'altra parte il timore che il giudice riscriva il contratto è «fondata, soltanto fino a che ciò avviene, per così dire, a mano libera; non quando norme e principi accuratamente studiati dettano presupposti, modalità e tempi di un intervento». Ed allora se le parti non saranno in grado di risolvere la controversia, sarà il giudice ad imporre una soluzione. Il fondamento di tale intervento potrà essere individuato, secondo l'Autore, non sempre nella buona fede, ma anche nella «natura equitativa dei procedimenti in alcune controversie»[24]. La buona fede, in ogni caso pone in capo alle parti un dovere di cooperare per consentire alla relazione di adeguarsi. Sicchè la regola diviene il criterio che ispira «l'esecuzione del contratto prima, la sua integrazione progressiva ad opera delle parti ed il supporto giudiziario, successivamente. In ciascuno dei tre momenti essa conserva il significato a suo tempo derivato dalla ricostruzione dei contratti di durata nella prospettiva dell'integrazione verticale»[25]. Si ritiene che anche gli investimenti effettuati in vista dell'adempimento possano imporre un'esigenza di aggiustamento e di prosecuzione del rapporto, circostanze e soluzioni alternative che dovranno essere valutate dal giudice. E se la strada dei risarcimenti e degli indennizzi non può essere percorsa «l'intervento in aggiustamento è pressocchè indispensabile»[26].

Sulla correzione del regolamento da parte del giudice occorre soffermarsi, precisando una diversità di piani.

Innanzitutto occorre fare chiarezza sul ruolo della buona fede e dell'equità.

La buona fede, espressione di un «ordine rimediale che si sovrappone al programma contrattuale»[27], concerne la «costruzione della norma contrattuale»[28]. È una regola che «valuta contegni, reprime abusi, è fonte di diritti e doveri (mentre l'equità corregge modifica, integra il regolamento)»[29].

La buona fede restringe «la libertà di scelta ai fini dell'azione e della qualità del comportamento incidendo direttamente sul contenuto dell'atto», sicchè si pone come «una limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata, quale è comunemente intesa, e più precisamente di una indicazione che incide sui poteri attribuiti ai privati dal primo comma dell'art. 1322 c.c.»[30].

L'equità, invece, non è fonte di diritti e di obblighi per le parti, ma «un criterio di giudizio che non può essere adoperato in relazione a qualsiasi profilo del contratto, ma unicamente per far assumere rilevanza regolamentare a talune circostanze di esso». L'equità non pone un problema di concorrenza tra fonti, ma si concretizza «in un ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti»[31].

L'intervento correttivo del giudice con lo strumento dell'equità è ammissibile solo nei casi previsti dalla legge, estensibili con l'analogia *legis* e *iuris*.

Altro è verificare se nel nostro ordinamento possa dirsi vigente un obbligo di rinegoziazione.

L'obbligo di rinegoziazione è disciplinato nei Principi di diritto europeo dei contratti[32] e nei principi Unidroit[33]. Con la riforma si è inserito nel BGB il § 313, il quale prevede che le parti possano adeguare il contratto qualora le circostanze poste a fon-

[23] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., pp. 421-423.
[24] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 425.
[25] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 426.
[26] M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 427.

[27] A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 354.
[28] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 246.
[29] G. VETTORI, *Commento sub* art. 39, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 416.
[30] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 177-178.
[31] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 176.
[32] L'art. 4:119 dei Principi di diritto europeo dei contratti prevede che il giudice può "modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza. Se la buona fede integra le stesse norme di validità non è affatto azzardato affermare che il giudice possa, in alternativa o in conseguenza dell'annullamento di parte del contenuto, operare quelle modifiche conformi alla intrinseca razionalità dell'operazione voluta dalle parti e rese obbligatorie dalla necessità di un agire corretto in quel determinato contesto
[33] Si tratta dei *Principles of International Commercial Contracts* pubblicati dall'*Unidroit* nel 1994 e successivamente aggiornati nel 2004, consultabili sul sito internet *www.consiglionazionaleforense.it*.

damento del medesimo si siano gravemente modificate successivamente alla sua conclusione tanto che le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero fatto a condizioni diverse se le avessero conosciute. L'adeguamento è possibile se, tenuto conto delle circostanze del caso concreto e della ripartizione contrattuale o legale dei rischi, si verifica un mutamento tale per cui non sarebbe ragionevole «imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato»[34].

Aperture verso la rinegoziazione delle condizioni di contratto sono emerse sia nella dottrina che nella giurisprudenza francese[35]. Autorevole dottrina[36] ritiene che la fonte dell'obbligo di rinegoziazione debba essere rintracciata nella clausola generale di buona fede. L'intervento del giudice è in queste ipotesi mediato dalla violazione di una regola, il dovere di buona fede, che in ogni caso richiede la verifica di alcuni presupposti quali l'esistenza di un contratto a lungo termine, l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare conseguente alla violazione dell'obbligo di correttezza.

Si prospetta anche una soluzione più «audace»[37], ma al contempo rigorosa e coerente con i principi del nostro ordinamento, che ammette possibilità per la parte che non abbia adempiuto all'obbligo di rinegoziazione avente fonte in una clausola espressamente prevista nel contratto, o nella clausola generale di buona fede, di agire per ottenere l'adempimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., chiedendo al giudice che costituisca con sentenza il contratto non concluso[38].

Dalle riflessioni svolte si possono trarre alcune considerazioni. Da un'analisi che contempera norme e principi[39], e che non trascura la prospettiva europea e comparatistica, emerge chiaramente che «la sopravvenienza tipica non deve essere lasciata priva di un rimedio»[40], e che al contempo il sistema delineato dal codice civile offre all'interprete una pluralità di strade da percorrere.

[34] Sul punto cfr.: P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice,* in *Contr. e impr.*, 2005, 2, p. 544 ss.

[35] F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto,* in *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, pp. 179 ss. L'art. 6.2.1. prevede che "in caso di hardship la parte svantaggiata ha diritto richiedere la rinegoziazione del contratto".

[36] V. ROPPO, *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato,* a cura di Zatti e Iudica, Milano, 2001, p. 1047.

[37] V. ROPPO, *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato,* cit., p. 1047.

[38] V. ROPPO, *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato,* cit., p. 1047. L'A. precisa che in questo modo si ottiene un risultato non così eversivo: «equivale a dare alla parte gravata dalla sopravvenienza quello stesso potere d'invocare la riduzione a equità del contratto squilibrato che già spetta in relazione ai contratti gratuiti, e che nei contratti onerosi spetta a controparte (sicchè, più che un rimedio nuovo, si configurerebbe un semplice allargamento della legittimazione a un rimedio già previsto)».

[39] Per la necessità di contemperare principi, diritti e regole si v. G. VETTORI, *Commento sub* art. 1, in *Codice del consumo,* Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, pp. 20 ss.; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009.

[40] R. SACCO – G. DE NOVA, *Il Contratto,* in *Trattato di diritto civile*, tomo II, Torino, 2004, p. 722. L'autorevole dottrina ritiene che «L'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga..si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno».

Persona e Mercato