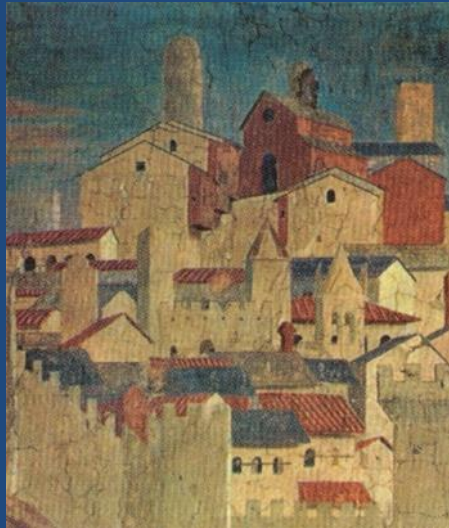


PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2012 - Numero 1

Saggi

- Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012, di Giuseppe Vettori..... p. 3
- Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole, di Giuseppe Vettori..... p. 10
- Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione, di Giovanni Passagnoli..... p. 24

Materiali e commenti

- Tutela del consumatore nel contratto di multiproprietà e nullità, di Antonio Gorgoni..... p. 31
- Danno non patrimoniale e rottura ingiustificata della promessa di matrimonio, di Serena Meucci..... p. 56

Attualità

- Il dialogo tra le Corti europee in numeri. Un confronto tra statistiche giudiziarie, di Mario Mauro..... p. 67

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di direzione: Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.

Comitato dei revisori: Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zaccheo.

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.

ISSN 2239-8570

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; Mario Mauro; Serena Meucci; Giovanni Passagnoli; Giuseppe Vettori.

DIRITTI E COESIONE SOCIALE.

Appunti per il seminario fiorentino del
giorno 8 giugno 2012.

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. La ragione di un contrappunto. – 2. Dimenticare e ricordare. – 3. Verità e giustizia: oltre il positivismo.- 4. Giustizia e coesione sociale: un metodo di lavoro.

1. La ragione di un contrappunto.

Negli ultimi mesi le Istituzioni nazionali e comunitarie hanno posto al centro della loro azione una finalità primaria.

IL Capo dello Stato ha più volte richiamato la necessità di coesione come premessa per una ripresa di fiducia e di credibilità internazionale dell'Italia. Il Primo Presidente della Corte di Cassazione ha aperto la Relazione annuale invitando tutti ad uno "sforzo straordinario di coesione e di azione all'interno di una dimensione europea della giustizia italiana"¹. La Commissione europea, seguendo le indicazioni del Progetto redatto da Mario Monti, si propone di potenziare il Mercato Unico con robuste iniezioni di coesione dinamica. D'altra parte i disagi e le inquietudini, generate dalla crisi in ogni parte dell'Europa, fanno emergere con forza i limiti di tenuta dei legami sociali².

Studiosi ed operatori non possono eludere questa sollecitazione e sta in ciò la ragione di una riflessione comune fra l'Università, le Professioni, la Magistratura in questo momento delicato della nostra storia.

Le motivazioni sono evidenti.

Le analisi economiche scandiscono la fine dell'idea dell' autosufficienza dei mercati e la necessità di ripensare un ruolo delle Istituzioni per ripristinare la legalità contro un potere economico e finanziario che ha condizionato il potere legislativo e moltiplicato a dismisura le disuguaglianze.

La storia italiana ed europea degli ultimi quindici anni pone in luce l'urgenza di una nuova dialettica fra Politica, Economia e Diritto per attuare finalità primarie in modo inedito. Ed è chiaro il perché.

I diritti e i doveri sanciti nell'articolo 2 della Costituzione non sono il fondamento immobile di un ordine precostituito, ma debbono essere riconosciuti e fissati come propri da ogni generazione.

Non credo, come è stato detto, che i giuristi siano responsabili per una massiccia funzione conservatrice³. Certo è che il quadro valoriale del primo dopoguerra è mutato per una serie di fattori evidenti.

¹ E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2011*, Roma, 2012, in www.cassazione.it

² v. P. SCHLESINGHER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Persona e mercato*, 4, 2011, p. 245 (www.personaemercato.it).

³ E. GALLI DELLA LOGGIA e A. SCHIAVONE, *Pensare l'Italia*, Torino, 2011, p.71 ed ivi E. GALLI DELLA LOGGIA, che si esprime così: "in questa funzione conservatrice, gli intellettuali letterati sono stati sicuramente eguagliati, anzi sopravanzati da un altro ceto intellettuale, quello dei giuristi, e in particolare dei costituzionalisti. I costituzionalisti sono diventati una specie di vestali dell'esistente, e dunque carissimi in genere al ceto politico tradizionale



In passato la funzione distributiva aveva avuto come riferimento la stessa generazione. Adesso lo sviluppo del Welfare è condizionato da una logica molto diversa. Il valore ordinante della persona e i diritti sociali sono sottoposti a nuove sfide. Ci sono diritti che debbono essere garantiti comunque⁴, a prescindere da qualsiasi valutazione economica, ma ci sono diritti che fanno emergere un costo di opportunità che esige un nuovo equilibrio fra efficienza ed equità.

Gli economisti indicano alcuni segni.

Il criterio della misurazione del benessere non è solo il PIL, ma il concorso di altri parametri come la sanità, l'istruzione, i servizi, l'ambiente, le garanzie del lavoro. D'altra parte la garanzia dei diritti dipende dalla spesa pubblica finanziata da nuove entrate e da una crescita del Prodotto interno lordo. Da qui il problema di come garantire crescita e diritti⁵.

Le Istituzioni europee fissano l'obiettivo di uno sviluppo sostenibile basato su una crescita equilibrata e un' *economia sociale di mercato altamente competitiva*. Come si è osservato non si tratta di una formula vuota, ma di una clausola generale che deve essere tradotta in principi e regole operative con il concorso di tutte le scienze sociali⁶.

La Politica deve essere capace di dare un contenuto precettivo ad una formula debitrice di diversi modelli, dall'ordo-liberalismo tedesco, al liberalismo economico, alla Dottrina sociale della Chiesa⁷.

⁴ v. Corte Cost., 16 dicembre 2011, n. 329 (rel. Grossi) che dichiara illegittimo l'art. 80, comma 19, L.23 dicembre 2000, n.388 nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione ai minori extracomunitari, legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, dell'indennità di frequenza, la quale si iscrive nel novero delle provvidenze polifunzionali a favore di minori disabili in condizioni disagiate e si tratta, dunque "di uno strumento di ausilio e di assistenza a una categoria "debole" integrante un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento di "bisogni primari" inerenti alla sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare"

⁵ A. MUSTO, *Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona: sintesi critica di un seminario fiorentino*, in *Persona e mercato*, 2, p. 147 ss. (www.personaemercato.it) ed ivi le opinioni riferite di Mario Libertini e Alessandro Petretto.

⁶ V. sul punto S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012; ID., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, in part. p. 227; ID., *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Mercato conc.reg.*, 2004, 1, p. 75 ss.

⁷ v. sul punto W. ROPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*. Con introduzione di S. COTELLESA, e prefazione dal titolo *Libertà e responsabilità: il paradigma di un nuovo progetto editoriale di L. Ornaghi e A. Quadro Curzio*, Il Mulino, 2004; AA.VV., *Luigi Einaudi: Libertà economica e coesione sociale*, a cura di A. Gigliobianco, con prefazione di M. Draghi, Roma-Bari, 2011; *Compendio di dottrina sociale della Chiesa*, 2004; e l'Enciclica di Benedetto XVI *Caritas in veritate*, 2009; su di essa di recente l'analisi di E. BERSELLI, *L'economia giusta*, Torino, Einaudi,

Sarà decisivo il ruolo dei Parlamenti nazionali e delle Istituzioni europee nel dettare e imporre linee nuove all'azione dei governi, ma sarà altrettanto decisivo il ruolo della giurisprudenza e della Scienza giuridica nell'attivare processi di consapevolezza e di sviluppo che non si è saputo, negli ultimi venti anni, promuovere o solo incentivare.

La coesione, insomma, si basa su una dimensione verticale di fiducia in Istituzioni capaci di assicurare eguaglianza ed equità nei rapporti sociali e su di un rinnovato rapporto di cittadinanza da ripensare con il contributo di tutte le scienze sociali, le quali indicano tutte un percorso.

2. Dimenticare e ricordare.

Da fonti molto diverse si traggono indicazioni forti.

La parabola evangelica (Matteo 13.44.52) parla di un padrone di casa che estrae dal suo patrimonio cose nuove e cose antiche e che è pronto a cedere tutto per conquistare un tesoro nascosto. Il Segretario fiorentino, in un lunga lettera, ricorda che "gli uomini hanno successo o meno se il loro ingegno e la loro fantasia, e quindi il loro modo di operare, si adatta alla natura dei tempi e delle cose"⁸.

I Grandi del novecento ci hanno insegnato che l'essere "è la temporalità storica entro cui l'uomo ha una posizione e un progetto", e ci mettono in guardia contro l'eccesso di storia che non si può subire, perché si deve costruire il proprio futuro dimenticando e ricordando insieme, come ogni essere vivente che ha bisogno di luce e di ombre⁹.

Ebbene che cosa dobbiamo dimenticare, quale cultura e quali concetti sono alla base delle difficoltà del presente, quale è (se esiste) il tesoro nascosto da ricercare? Quale natura delle cose occorre seguire per essere in sintonia con i tempi? Quale pietra preziosa può giustificare la rinuncia a molto di ciò che ci è più familiare?

Mi limito a cogliere qualche segno di questo percorso.

2010; da ultimo B. SORGE, *Introduzione alla dottrina sociale della Chiesa*, Queriniana, 2°ed, 2011.

⁸ M. VIROLI, *Il sorriso di Niccolò. Storia di Machiavelli*, Roma-Bari, 1998, p. 93 ed ivi il riferimento alla lettera a Giovan Battista Sederini in *Opere*, a cura di F. Gaeta, Torino, 1984, vol. III, L. 241.

⁹ V. da ultimo sulla costruzione di una identità e sul rapporto fra memoria ed oblio E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, p. 57 e il richiamo a F. NIETZSCHE, *Sull'utilità e il danno della storia per la vita*, Milano, (rist.) 1991; ma v. anche P. ROSSI, *Il passato, la memoria, l'oblio. Otto saggi di storia delle idee*, Bologna, 1991.



Il rapporto Censis sulla situazione sociale del Paese nel 2011¹⁰ fotografa una società fragile perché scossa dalla crisi finanziaria globale e dal debito pubblico, isolata nell'Unione europea, nelle alleanze occidentali, nei mutamenti nel Nord Africa, nelle strategie dei paesi emergenti dell'economia mondiale e eterodiretta dalle agende fissate a Bruxelles. Un paese che ha concentrato il potere decisionale in basso nei meccanismi spontanei del mercato e in alto "negli organismi apicali del potere finanziario", con un esito scontato senza un'inversione di rotta e di sviluppo che non può essere certo affidata ai poteri finanziari. "Perché lo sviluppo si fa con energie, mobilitazioni, convergenze collettive, quindi soltanto se si è in grado di fare governo politico della realtà".

Le risposte alla crisi sono state diverse e articolate fra una minoranza attiva e dinamica pronta alla sfida imprenditoriale, coloro che si sono rifugiati in un mondo chiuso e limitato più adatto ad una alta qualità della vita, un ceto medio impaurito dalla incombente vicinanza della povertà, una fascia marginale sconvolta.

L'uscita dalla crisi passa nell'analisi del Censis da due fattori su tutti.

Da un lato la ripresa di una linea evolutiva fortemente ancorata all'economia reale¹¹.

Dall'altro, l'arricchimento dei rapporti sociali mediante più "articolazione e più relazione" nella gestione del Welfare pubblico, nelle relazioni umane ad ogni livello, nella "tenuta di tutti soggetti intermedi portatori di interessi o di istanze civili". Il tutto con il potenziamento di "nuove sedi e meccanismi di rappresentanza" dove si possa contribuire a vari livelli a riempire il vuoto lasciato dalla "polarizzazione fra il mercato e il soggettivismo etico ad esso connaturale e la verticalizzazione generata dalla finanza. Nuove forme, dunque, di rappresentanza, sociale e politica interpreti di una nuova etica pubblica e di un dinamismo sociale inedito.

Il dato statistico dell'analisi sociologica ha un segno positivo. Indica una "responsabilità collettiva pronta a entrare in gioco, come spesso è accaduto

nei passaggi chiave della nostra storia nazionale". C'è un'alta percentuale di italiani pronti a sacrificare la propria dimensione individuale, resiste il senso della famiglia, la tradizione religiosa, l'amore per il bello. C'è una chiara visione dei fini. Riduzione delle disuguaglianze economiche, moralità onestà e rispetto degli altri, sdegno per l'evasione fiscale.

3. Verità e giustizia: oltre il positivismo.

Le difficoltà del presente inducono dunque a percorrere molti sentieri. Occorre superare confini e steccati, essere capaci di apprendere e di riconoscere. I segni in tutte le scienze sociali sono evidenti.

Il pensiero filosofico, dopo il ripudio delle narrazioni e l'esaltazione della interpretazione, torna a interrogarsi sui fatti e su una verità non offuscata necessariamente da un'Autorità o da una questione di potere¹², non fosse altro perché nell'epoca del postmoderno l'abbandono di ogni fondamento ha liberato la tecnica da ogni limite assoluto sino a rovesciare il rapporto con la politica e l'economia. E' apparso a molti, insomma, che il tramonto della verità è stato anche il tramonto della vera politica e della vera economia.

Ciò interessa anche il diritto dei privati.

La scarsa sensibilità alla teoria della giustizia ha precluso a molti di "attingere alle dee di un programma di ricerca che ha prodotto, negli ultimi cinquanta anni, una fertile ibridazione tra filosofia politica, teoria economica e diritto che ha dato e continua a dare risultati di grande rilievo"¹³.

A ben vedere le diffidenze nei confronti del tema è dovuto in gran parte alla perdurante fortuna del positivismo giuridico, in un momento storico, in cui tale metodo è del tutto inadatto a comprendere la realtà.

In un corso di lezioni del 1962¹⁴ Bobbio ha fissato i caratteri fondamentali di quella teoria, la quale considera il diritto come fatto e non come valore; priva la *regula juris* di qualsiasi connotato valutativo; considera la legge fonte preminente e la norma un comando; si fonda sull'idea di coerenza e com-

¹⁰ V. Censis, *Rapporto sulla situazione sociale del Paese*, Roma 2012, e i Comunicati stampa su www.censis.it

¹¹ "La nostra crescita dell'ultimo mezzo secolo è stata il frutto di processi di sviluppo della soggettività individuale (iniziativa imprenditoriale di piccola e media dimensione, vitalità delle diverse realtà territoriali, coesione sociale, forza economica e finanziaria delle famiglie, diffusa patrimonializzazione immobiliare, radicamento sul territorio del sistema bancario, responsabile copertura pubblica e privata dei bisogni sociali); fattori ancora essenziali per superare la congiuntura negativa e il declinismo." "Potremo superare la crisi attuale se, accanto all'impegno di difesa dei nostri interessi internazionali, sapremo mettere in campo la nostra vitalità, rispettarne e valorizzarne le radici, capire le ulteriori direzioni di marcia".

¹² v. M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012; H. PUTNAM, *Philosophy in an Age of Science*, a cura di M. De Caro e D. Macarthur, Cambridge, Mass, Harvard University Press; e il recente convegno svolto a Bonn il 26 e 27 marzo 2012 dal titolo *Prospects for a New Realism* in www.new-realism.de

¹³ v. il bel volume curato da M. RICCIARDI, *L'ideale di giustizia. Da John Rawls a oggi*, EGEA, Milano, 2010, p. VI ss.; ID., *Le molte virtù della giustizia*, in *Sole24ore*, 1.4.2012.

¹⁴ N. BOBBIO, *Il Positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dottor. Nello Morra*, Giappicchelli Torino, 1963.

pletezza dell'ordinamento; professa un'idea meccanicistica dell'interpretazione. La conclusione è chiara.

Il positivismo può essere considerato come un certo modo di accostarsi allo studio del diritto, una certa teoria e una precisa ideologia del diritto.

6 D'altra parte sin dalla metà degli anni sessanta Dworkin¹⁵ ha ammonito che il positivismo non è il metodo più adatto per comunità giuridiche complesse. La risposta ai suoi critici dopo trenta anni è del tutto convincente. La derivazione del diritto dalla sola legge è un dogma perduto, mentre il tentativo di collegare ad una norma superiore o al consenso generale la giuridicità della regola è ancora più improponibile. Ciò perché si tenta di conservare il nome di positivismo ad una concezione del diritto che è estranea a quel metodo che è tuttora accolto da molta parte della dottrina.

Ne è prova il Dialogo, all'inizio del nuovo millennio, fra Irti, Severino e Mengoni¹⁶.

Irti e Severino avevano opinioni diverse sul ruolo della tecnica¹⁷. Il filosofo pensava ad essa come la potenza più forte, capace di dominare la storia dell'occidente. Irti affermava il primato del diritto che ha scopi e fini a differenza della prima. Entrambi erano d'accordo su di un punto. Il diritto coincide con la norma. Ha un valore procedurale e non di contenuto. Non è espressione del giusto o del vero.

Fra i due si inserì la voce forte di Luigi Mengoni per affermare diverse premesse di Teoria generale.

Nel suo saggio si rifiuta il positivismo radicale che esalta la sola legalità del procedimento, come recipiente capace di accogliere qualsiasi contenuto. Si distingue questa idea radicale dal positivismo di matrice Kantiana, discendente dalla Pandettistica tedesca e da Savigny, per un motivo chiaro. Nell'ottocento il "sistema operava con categorie logiche e neutre, ma in esse erano cristallizzati i valori del giusnaturalismo moderno" (della società borghese e cristiana) che per buona parte del secolo scorso hanno consentito un controllo di coerenza delle leggi con la razionalità e finalità ultima dell'ordinamento¹⁸.

Mengoni respinge entrambe le versioni. La prima perché l'indifferenza ai contenuti lascia solo l'uomo nel creare dal nulla il discrimine fra bene e male, fra giusto e ingiusto. La seconda perché il si-

¹⁵ R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, ora in *I diritti presi sul serio*, Nuova ed. Paolina, Bologna, 2010, p. 37 ss.; R. DWORKIN, *Trenta anni dopo*, in *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 204 ss.

¹⁶ N. IRTI, (a cura di), *Diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p.1 ss.

¹⁷ v. il loro Dialogo su *Diritto e Tecnica*, in *Contr. impr.*, 2, 2001.

¹⁸ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, op. cit., p.5.

stema positivo basato sui valori del tempo era compatibile con una società omogenea e concorde su un blocco di ideali incontrastati, ma non con una società pluralistica, dinamica e complessa come l'attuale¹⁹.

Per essa la sua risposta è una sola. Il sistema costituzionale che ha stabilizzato il punto di vista morale all'interno del diritto positivo, sicché i "*principi morali incarnati nella forma dei diritti fondamentali appartengono al diritto e alla morale, ma sono soggetti ai modi, alle procedure e ai vincoli della argomentazione giuridica*".

Ebbene dopo dieci anni dalla morte di Mengoni la dottrina è ancora spaccata a metà fra chi crede che il diritto abbia un fondamento oggettivo di valori e chi nega tutto ciò, affidandosi alle norme, alla volontà politica e alle ideologie.

L'impressione è che sia necessario una fase di riconoscimento delle ragioni reciproche al fine di tessere un legame che muova da alcuni dati condivisi e il tema della giustizia può offrire un terreno di dialogo se si eviti di rimuoverlo dalla dimensione giuridica e si tenti di tematizzarlo e utilizzarlo in una dimensione tecnica e non solo sapienziale.

4. Giustizia e coesione sociale: un metodo di lavoro.

Negli ultimi dieci anni la letteratura sul tema è stata molto ampia, ma sono stati diversi il metodo, i risultati, l'individuazione del soggetto (legge o giudice) destinatario e protagonista dell'istanza di giustizia²⁰.

Si è ribadita la scontata distinzione con l'idea di giustizia sociale caratterizzata da interventi di solidarietà che trascendono l'ambito delle operazioni negoziali. Si è insistito su di un intervento volto a riequilibrare posizioni individuali che per loro natura competono alla legge e non al giudice. Si è mostrato fastidio verso una valutazione che può solo rappresentare "il fine a cui tende il diritto" e dunque un "valore esterno al sistema giudiziario"²¹.

¹⁹ L. MENGONI, op. cit., p. 6.

²⁰ V. per una brillante sintesi e ricostruzione V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 337ss.; mi permetto di richiamare anche G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; ID., *Diritto dei contratti e "Costituzione europea"*. *Regole e Principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 83 ss.; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 223 ss.

²¹ V. naturalmente le classiche opere di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Milano, Feltrinelli, 1982; ID., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, a cura di E. Kelly, Milano, Feltrinelli, 2002; e da ultimo M.

La diffidenza come si è accennato è dovuta alla perdurante fortuna del metodo positivo e dell'idea di una giustizia procedurale che si riconosce come unica possibile valutazione di competenza del giurista.

Un percorso diverso deve cominciare da qui.

Il perdurante giuspositivismo ha minato la credibilità sociale del giurista nell'immaginario collettivo, nei modelli letterari, nelle caricature dell'ottocento, sino alla recente bassa considerazione sociale delle professioni.

Il problema non è in una dimensione tecnica che non può non appartenere al giurista, impegnato nella funzione primaria di assicurare e garantire un ordine normativo.

La valutazione negativa inizia quando il formalismo esaurisce la forza del sapere di diritto in un'attività puramente tecnica e la riflessione sulla teoria della giustizia può essere uno degli statuti epistemologici per stimolare una consonanza su alcuni aspetti di metodo, muovendo da alcuni dati negativi e da un aspetto costruttivo²².

a) *Il passato da dimenticare.*

Il primo passo non può che essere il ripensamento del relativismo che ha aspetti positivi nel contrapporsi al dominio di assoluti e fanatismi, ma può condurre ad un'assenza di fondamento che induce a credere in qualsiasi cosa, dando prevalenza a una pluralità di interpretazioni fra le quali, senza un vaglio di verità, non può che prevalere quella del più forte. Certo la forza della verità va incanalata molto bene e il giurista non può rinunciare ad una sua competenza.

Un punto debole sta spesso nella aggettivazione del termine che sposta sul sostantivo l'essenza della riflessione, sicché si demanda alla politica ciò che attiene all'equità sociale, alla morale ciò che attiene alla dottrina della Chiesa, all'economia ciò che attiene al funzionamento del mercato, riducendo il ruolo del giurista alla sola giustizia procedurale secondo l'icona dell'equazione fra *contractuel* e *juste*. C'è un limite evidente in tale ragionamento.

RICCIARDI, *L'ideale di giustizia*, op. cit., p. V ss.; e fra i moltissimi riferimenti S. MAFFETTONI e S. VECA (a cura di) *L'idea di Giustizia da Platone a Rawls*, 3° ed., Roma-Bari, 2001; P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000; A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, Torino, 2008; G.A. COHEN, *Rescuing & Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2009; C. DE PASCALE, *Giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2010.

²² Traggo spunti dalla relazione di F. D'AGOSTINO, *Le nuove dimensioni della giustizia*, al Convegno dell'UGCI svolto a Firenze il 21 aprile 2012 dal titolo La giustizia come valore giuridico fondamentale, ed ivi anche la relazione di P. CAPPELLINI, *la giustizia come valore giuridico fondamentale nella storia del diritto*.

E' compito del diritto garantire l'ordine dell'azione formalizzando e oggettivando i vari tipi di soggetti e di attività (creditore, debitore, coniuge, lavoratore, consumatore). Il problema inizia quando dal dato costruttivo si escludono del tutto aspetti oggettivi. Quando il diritto perde la capacità di ascoltare la natura delle cose²³. Ciò è evidente per i diritti.

E' corretto qualificare le situazioni soggettive in modo procedurale ma non è sufficiente. La procedura giuridica non può non avere un aggancio fuori di sé, ai valori costituzionali o ancor più al fondamento antropologico che rende visibile e riconoscibile quel fondamento, a prescindere da presupposti fideistici. Nella storia dell'umanità il riconoscimento della Persona, contro le sue negazioni tragiche, la difesa dell'eguaglianza, la fraternità e le relazioni, in cui il singolo si inverte, sono dati oggettivi che appartengono all'Umanità, in una dimensione giuridica scandita da Dichiarazioni Universali²⁴. I giuristi non possono abdicare alla loro missione che tramanda e garantisce queste conquiste.

Certo ciò separa da sempre chi riconosce la presenza di una giustizia sostanziale da chi, e sono molti di più, respinge tale idea aderendo ad un'idea solo procedurale.

Si può osservare al riguardo che la stessa teoria di Rawls si svolge in una dimensione procedurale della giustizia, ma cerca di tener conto di una serie di interazioni che riguardano aspetti sostanziali²⁵. Alla base c'è la convinzione che non si debba partire da casi individuali, ma da una dimensione istituzionale che può prevenire o regolare la ingiustizia. Ciò mediante l'elaborazione di principi che indirizzino l'azione dei poteri pubblici per garantire un equilibrio collettivo.

La tensione verso quello obiettivo è molto antica. I pensatori greci e romani utilizzano la metafora della gara sportiva necessariamente dotata di regole di cooperazione per il corretto svolgimento. I pensatori illuministi teorizzano una mano invisibile e una società ben governata da regole di *fairness* formulate da uno spettatore imparziale della gara o della competizione che non essendo parte può valutare in modo obiettivo ciò che accade e suggerire in modo imparziale il modo migliore di comportarsi. Rawls muove da qui. Supera l'idea di un ricorso ad soggetto terzo che può portare a perdere la pluralità dei punti di vista e dunque una visione collettiva e

²³ F. D'AGOSTINO, op. cit.

²⁴ G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione europea"*, op. cit., p. 52 e ss. e sul valore antropologico dei diritti ID., *La struttura antropologica dei diritti fondamentali*, in *Itinerari per il III millennio*, Bardi editore, Roma, 2004, p. 324.

²⁵ M. RICCIARDI, *L'ideale di giustizia*, op. cit., p. X ss.

teorizza un contratto sociale costruito in modo astratto ma con punti fermi ben precisi.

Secondo tale teoria, la più meditata e discussa del novecento, le parti che dovessero accordarsi sui principi di giustizia agendo sotto un velo di ignoranza che occulta informazioni particolari sui destinatari, concorderebbero su alcuni elementi essenziali. La necessità di garantire una libertà compatibile con quella degli altri. La presenza di eccezioni giustificate e di alcune ineguaglianze inevitabili, tollerate solo se la diversità sia giustificata da un vantaggio collettivo, si associ ad un regime accessibile con un'equa competizione, sia tale da migliorare le condizioni di chi è più svantaggiato.

In tal modo si coniugano aspetti procedurali e sostanziali ponendo le basi di un corretto funzionamento del mercato concorrenziale in particolare, ma con spunti significativi per la stessa teoria del contratto, delle obbligazioni, e dei rimedi per l'atto e per il rapporto²⁶.

b) *Ricordare e dimenticare.*

Il dato costruttivo inizia dalla osservazione del presente.

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*.

È impossibile un ritorno al passato. La complessità del presente rende inattuale il ritorno all'osservazione e semplificazione di una forma costruita da un ordine stabile ove codice e sistema coincidono. D'altra parte il disordine delle fonti, scandito da una serie di eventi precisi, non giustifica né legittima una forma di nichilismo giuridico non fosse altro perché 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".

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 abbandonare queste pretese di verità e rivalutare le ideologie²⁷. 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

²⁶ Per una critica forte al costruttivismo nella teoria della giustizia v. di recente l'ampia analisi di G.A. COHEN, *Rescuing & Equality*, op. cit.

²⁷ N. IRTI, *La tenaglia*, Roma-Bari, 2008.

non è così perché 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"²⁸ Se il pensare per valori "consente di ripagare il male con il male, trasformando la nostra terra in un inferno, e l'inferno in un paradiso di valori", il rimedio non è l'ideologia che sui valori si fonda ma casomai quello *jus publicum* a cui lo stesso Schmitt si affida "per la sua capacità di contenere e neutralizzare le conflittualità, contro la tendenza a discriminare il nemico"²⁹.

Sono convinto insomma che la dimensione del civilista sia la contemporaneità³⁰ 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, partendo dalle cose e dai fatti.

Ciò non significa abbracciare "un'arcana impenetrabile sapienza quotidiana"³¹, o abbandonare la ineliminabile fatica del concetto. Significa solo che la diffidenza verso l'apertura delle categorie giuridiche al dialogo con le altre scienze sociali e i dubbi di legittimità sull'uso dei principi e delle clausole generali da parte delle Corti e della dottrina non sono oggi giustificati. Essi sono solo 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*³².

In questo contesto il richiamo alla Teoria della giustizia, ai principi e alle clausole generali ha un intento preciso. Sollecitare un problema di ripensamento e adeguamento dei rimedi coniugando eguaglianza e singolarità, con uno sforzo di aggiustamento che è connaturale ad ogni idea sana di giustizia che deve spingersi sempre alla ricerca di "ancora

²⁸ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, ed a cura di Volpi, Adelphi, Milano, 2008, p. 94 ss.

²⁹ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Introduzione di F. Volpi, op. cit., p. 15 ss.

³⁰ Debbo non solo questo all'insegnamento di G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 1229 ss.

³¹ M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. Gitti e G. Villa, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 175.

³² P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, p. 95 ss.



di più e ancora oltre” nell’attribuire a ciascuno quanto è dovuto³³.

Ciò con gli strumenti consueti del giurista. Senza eludere i temi forti della cultura della complessità,³⁴ ma ponendosi in dialogo con altri saperi e con la giurisprudenza nazionale e comunitaria che esalta l’efficienza di un’attività ermeneutica che sappia muoversi fra Costituzione e ordinamento comunitario, legge generale e speciale, principi e clausole generali per fissare la rilevanza di interessi e bisogni nuovi e per creare di rimedi efficienti e adatti ai tempi.

Tutto questo conduce ad una sola consapevolezza .

Si dovrà osservare i fatti e la realtà sociale, ricordare e dimenticare, decostruire le categorie del passato, ordinando anomalie e rimedi secondo ciò che indica il respiro sempre nuovo del mondo.

Solo questo metodo ci consentirà di selezionare le cose antiche da conservare e le cose nuove che giustificano la rinuncia a molto di ciò che ci è stato a lungo familiare. Solo così potremo dare un segnale forte alle nuove generazioni per costruire il loro mondo.

Certo il nostro compito di studiosi e operatori deve avere un orizzonte definito. Nel nostro incontro dovremo cercare di comprendere il presente per cogliere i segni che inducono a ripensare e fissare alcuni aspetti del contenuto delle situazioni soggettive e della proprietà, del contratto e della responsabilità, seguendo un progetto di ricerca, finanziato dal Ministero , che coinvolge otto Università di ogni parte d’Italia.

Ciò senza pensare a conclusioni, impegnative e spesso improponibili, ma con lo spirito del viaggio e con la ragionevole speranza e fiducia nel futuro.

³³ J-L. NANCY, *Il giusto e l’ingiusto*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 28 ss.

³⁴ G. BOCCHI e M. CERUTI, *La sfida della complessità*, Milano, 1985; A. FALZEA, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2007, p. 201 ss., e da ultimo: E. MORIN, *La via. Per l’avvenire dell’umanità*, Cortina Editore, 2012.

IL CONTRATTO SENZA NUMERI E AGGETTIVI. Oltre il consumatore e l'impresa debole.

Di Giuseppe Vettori

| 10

Il Contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole (Giuseppe Vettori)

SOMMARIO: 1. *La globalizzazione fra mito e realtà.* - 2. *Il contratto e i derivati. Le sentenze delle Corti italiane.* - 3. *I rimedi: a) l'obbligo di informazione fra fattispecie e comportamento; b) Causa in concreto e contrarietà a norma penale; c) causa in concreto e nullità del derivato.* - 4. *Oltre il consumatore* - 5. *Il diritto comunitario e la proposta di un Regolamento europeo sulla vendita* - 6. *La Direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori.* - 7. *Diritti fondamentali e contratto.*

1. La globalizzazione fra mito e realtà.

Dieci anni fa un libro¹ di successo analizzava la globalizzazione come tratto del tempo e come netta cesura fra un prima e un dopo. La dimensione giuridica del fenomeno era fissata nel declino del monopolio legislativo degli Stati e nell'imporsi di un ordine che "nasceva dai fatti" e ad essi "si mescolava" rifiutando il canone della conformità per quello della effettività.

Da qui un sistema complesso ove la legge diveniva solo una delle fonti e il diritto si compenetrava con l'esperienza, aggirando la geometria dei codici.

Un impianto, nato in un ambiente di *common law*, pensato non per il cittadino ma per l'*homo oeconomicus*, frutto di un mercato delineato non da un insieme di leggi, secondo un'autorevole analisi², ma da regole e principi inventati dalla prassi, dagli operatori e dalla scienza giuridica con piena efficacia e autorità nel mondo degli affari.

Ai critici più acuti non era sfuggito, già allora, il rischio grave³ di legittimare e incentivare un reticolo giuridico protettivo dei soli traffici commerciali come espressione disinvolta del capitalismo globale⁴. Tuttavia si era indotti all'ottimismo

dall'osservazione dei tratti positivi di questa giuridicità nata dal basso per una serie di motivi.

Anzitutto la capacità di incrinare, con uno scossone, il metodo positivo poco incline a logorarsi nel tempo, in Italia come in Europa, e poi la possibilità di consolidare un pluralismo capace di esaltare e non mortificare una giuridicità che doveva affrancarsi dal formalismo e dall'assolutismo della legge nazionale⁵. L'ottimismo era appena incrinato da un dubbio. Che il diritto liberato dall'autoritarismo politico finisse per cadere nell'abbraccio ancor più arrogante del potere economico e finanziario⁶.

Che cosa è accaduto va oltre quei sacrosanti timori perché la finanzia e la tecnologia hanno fagocitato il mercato, con il diritto che doveva regolarlo, e la politica che doveva indicare fini e obbiettivi. Se un anno fa si poteva esprimere il dubbio di trovarsi in un vero passaggio d'epoca⁷, ora siamo in presenza di qualcosa di più.

Come è stato spiegato autorevolmente⁸, il sistema finanziario ha sfruttato in fretta la dimensione globale grazie alla tecnologia, ma anche alla convinzione che fosse possibile fissare, al di là di rigide regole formali o di contrastanti ideologie, alcuni

⁵ P. GROSSI, *op. loc. cit.*

⁶ P. GROSSI, *op. cit.*, p. 558.

⁷ G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p.1.

⁸ P. SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Persona e mercato*, 4, 2011, p. 245 in www.personaemercato.it. Vedi, anche, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 257 ss.

¹ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione - Diritto e diritti nella società trans-nazionale*, Bologna, 2000; v. ora ID., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012.

² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009.

³ P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 2001, 29, p. 551 ss.

⁴ P. GROSSI, *op. cit.*, p. 557.



principi tali da avvicinare interessi e strumenti capaci di creare e far circolare una nuova ricchezza. Ogni sistema di economia reale ha avuto necessità di beni e di mezzi di produzione e di trasmissione con i relativi costi. La finanza no. Non ha avuto bisogno neppure della carta. Solo di un 'click' per la trasmissione istantanea di dati.

Certo occorre un sistema di controllo, ma gli operatori sono stati abili nel rifiutare regole che avrebbero solo limitato, si diceva, una libertà nata da un ordine naturale delle cose che era stato in grado di assicurare un benessere rappresentato in America dalla ampia possibilità di accesso alla casa di abitazione, e in altri Paesi come la Cina, l'India, la Russia e il Brasile, dall'innalzamento del livello di vita di milioni di persone⁹.

Il metodo seguito è chiaro. Per anni il mercato ha assorbito tutto. I debiti cartolarizzati e sparsi per il mondo erano stati trasformati in tracce telematiche che oscuravano il rapporto di base in sofferenza o le insolvenze sempre più massicce. I mutui stipulati su fittizie garanzie reali non erano stati in grado di assicurare la restituzione delle somme erogate per la prevedibile insolvenza dei creditori e per il crollo del mercato immobiliare. I crediti inesigibili erano frammentati e divisi in tutto il mondo senza possibilità di ricostruire il rapporto originario. Da qui la natura tossica dei titoli¹⁰ e la loro diffusione per un valore che supera di molto il PIL del mondo¹¹.

Quando si è percepita la gravità della crisi l'America, dopo alcune incertezze, con un imponente contributo (oltre settemila miliardi di dollari¹²) ha salvato le banche che hanno ora restituito quegli importi, sviluppato un volume d'affari molto superiore al passato e sono state, in alcuni casi, citate davanti al giudice civile per le responsabilità nella gestione dei rapporti che hanno determinato la crisi¹³.

⁹ P. SCHLESINGHER, cit., p. 246.

¹⁰ P. SCHLESINGHER, cit., p. 247.

¹¹ M. ONADO, *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Roma-Bari, 2009, p. 7 ss. W. N. PALMIERI, *La follia della finanza. Accadde alla luce del sole*, Milano, 2011; G. TREMONTI, *Uscita di sicurezza*, Milano, 2012.

¹² Con riferimento a quanto approvato in America sino al marzo 2009 è stato osservato che la manovra di salvataggio bancario è pari a "7 volte il costo della guerra nel Vietnam; 23 volte il programma spaziale Apollo con cui l'America arrivò sulla luna; 47 volte il Piano Marshall per la ricostruzione dell'Europa occidentale dopo la seconda guerra mondiale" (F. RAMPINI, *Le dieci cose che non saranno più le stesse*, Milano, 2009, p. 7).

¹³ I titoli differenziali hanno un valore che supera di molte volte il PIL del mondo concentrato quasi interamente in un gruppo di poche Banche accusate di recente da parte degli stessi governi di aver fornito false valutazioni sulla qualità e l'affidabilità degli strumenti finanziari che inglobavano i mutui *sub prime* e venivano venduti ad investitori ignari delle scadenti condizioni economiche dei mutuatari e quindi vittime della insolvenza a catena che ha causato ai soli due fondi poi nazionalizzati oltre

L'Europa vive la stagione terribile che tutti conosciamo.

Dopo aver superato, con una sostanziale privatizzazione, il dualismo fra il sistema inglese ove i mercati erano retti da organizzazioni private e il sistema continentale basato su Borse sottoposte ad un controllo pubblico; dopo aver varato nel 1993 la Direttiva Eurosime e poi le Direttive Mifid con un sistema di controlli diversi da Stato a Stato, quel reticolo di regole non ha affatto realizzato un quadro comune, sicché in assenza di controlli omogenei su tutto ha prevalso il contratto di scambio identico per tutti i paesi e fonte di operazioni semplici, ripetute quotidianamente senza grossi problemi di funzionamento o di contenzioso.¹⁴

La fiducia nell'autosufficienza dell'atto di autonomia e delle regole imposte dal solo mercato (non regolato in modo uniforme) è durata a lungo per poi franare improvvisamente nel 2008 in tutti i paesi europei appartenenti o meno all'area della moneta unica varata nel 1999, senza strumenti di rettifica, di adattamento e di superamento delle crisi ricorrenti in ogni mercato.

La fragilità di un'unità monetaria senza un'Unione politica è apparsa quasi subito in evidenza per una serie di paesi (PIGS: Portogallo, Irlanda, Italia, Grecia e Spagna) ove la stabilità monetaria non ha impedito la bassa crescita, la difficoltà di esportare rispetto ai paesi più forti come la Germania, e non ha certo avviato la soluzione dei problemi strutturali interni come il debito pubblico. Le incertezze di questi mesi hanno posto in luce le difficoltà di un'Unione che si propone ora una revisione dei Trattati per avviare, con i soli paesi che accetteranno, nuove regole. Ma le incertezze restano e gravano sul presente come macigni.

Si è detto che questa lunga stagione manca di una narrazione capace di rendere consapevoli e partecipi del proprio tempo. Se è così, come credo, non è forse inutile richiamare un grande libro che seppe percepire i tratti e le reazioni che consentirono all'America di uscire dalla Grande Depressione del

trenta miliardi di danni. La decisione secondo un convincente commento (G. ROSSI, *Se si sveglia la politica e attacca i mercati*, in *il Sole 24ore*, 4 settembre 2011) è tale da vanificare i principi e i miti su cui si è retta l'economia globale. Cade l'idea dell'autosufficienza del mercato come zona giuridica dell'efficienza ed equità degli scambi. Cadono santuari prima ritenuti intoccabili. Acquistano soprattutto centralità le categorie privatistiche e la giustizia civile che si è mostrata nella ricerca della verità processuale in alcuni casi strumento più efficiente della repressione penale e degli Organi di vigilanza. Ad essa in America ricorrono non solo privati e risparmiatori ma le Istituzioni per ripristinare la legalità contro il capitalismo finanziario che aveva condizionato il potere legislativo ed esecutivo ed è ora chiamato a rispondere dei danni al Mercato e alla sua integrità.

¹⁴ P. SCHLESINGHER, cit., pp. 247 - 250.



1939. I volti e i sentimenti delle vittime emerge benissimo da questa bella immagine di una famiglia alla ricerca di lavoro e di un posto in cui vivere: “Le donne osservavano i mariti, per vedere se questa volta era proprio la fine. Le donne stavano zitte e osservavano. E se scoprivano l’ira sostituire la paura nei volti dei mariti, allora sospiravano di sollievo. Non poteva ancora essere la fine. Non sarebbe mai venuta la fine finché la paura si fosse tramutata in furore.”¹⁵

La nostra reazione non può essere che questa. Mutare la paura in azione.

2. Il contratto e i derivati. Le sentenze delle Corti italiane.

Con questo intento è opportuno iniziare la riflessione dai principali protagonisti della crisi: il contratto e i derivati¹⁶, oggetto di attenzione delle nostre Corti Supreme¹⁷.

Una recente sentenza della Corte Costituzionale si basa su una serie di passaggi di estremo interesse ripercorrendo il fondamento, le regole e i principi del mercato e dei contratti finanziari¹⁸. Vediamoli da vicino.

¹⁵ J. STEINBECK, *Furore*, Roma, 2002

¹⁶ La letteratura nazionale sui contratti derivati inizia a farsi particolarmente numerosa. Si veda, tra i lavori più significativi e senza peraltro alcuna pretesa di completezza, le indagini di E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, I, 652 (dove la definizione di derivato, come “contratto con cui si dà un prezzo ad un rischio”); S. GILOTTA, *In tema di interest rate swap* (Nota a T. Lanciano, 6 dicembre 2005), in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 134; SANGIOVANNI, *I contratti derivati fra normativa e giurisprudenza*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, II, p. 39; D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2011, 05, p. 604.

¹⁷ Com’è noto, in modo del tutto opportuno, il t.u.f. non fornisce una definizione o una nozione di contratto derivato (v. sul punto, da ultimo, E. RIGHINI, *Strumenti e prodotti finanziari* (voce), in *Enc. Diritto, Annali*, IV, Milano, 2011, p. 1162), sicché è stata la giurisprudenza della Corte di Cassazione ad intervenire sul punto: per limitarsi al contratto di *swap*, la sentenza 5114/2001 lo definisce come “quello in cui due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, somme di danaro calcolate applicando due diversi parametri (in termini di tassi di interesse o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento, con il pagamento alla scadenza concordata di un importo di base netta, in forza di compensazione” (Cass., sez. I, 06 aprile 2001, n. 5114, in *Foro it.*, 2001, I, 2186, con nota di E. FILOGRANA, «Swaps» abusivi: profili di invalidità e responsabilità precontrattuale). Ancora per la giurisprudenza, si veda poi la famosissima definizione della *House of Lord*, 24.01.1991 sul caso *Hazell c. Hammersmith e Fulham London Borough Council*, in *Foro It.*, 1991, IV, 309.

¹⁸ Corte Cost., 18 aprile 2010, vedila in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, II, con nota adesiva di E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazio-*

ne La Corte ricorda che da circa quindici anni, sotto la spinta di alcune Direttive Comunitarie¹⁹, è stato abbandonato il modello pubblicistico del mercato mobiliare e si è optato per un modello privatistico in conformità ai principi della liberalizzazione del settore. La successiva legge (n. 58 del 1998) ha disciplinato l’organizzazione e gestione, affidata ad una società per azioni nel rispetto di un regolamento. Sicché la Borsa non è stata più un servizio pubblico, ma la presenza degli interessi del risparmio e della integrità dei mercati esige una vigilanza al fine di assicurare trasparenza, ordinato svolgimento delle negoziazioni e tutela degli investitori²⁰.

Tutto ciò per tutelare il mercato stesso, la sua stabilità e i risparmiatori, mediante “regole imperative che attengono alla conclusione, forma e contenuto dei singoli contratti che sono finalizzati a proteggere la sfera giuridica dei soggetti che accedono a tale tipologia di finanziamenti”²¹ e che si trovano spesso in posizione di asimmetria informativa. Ma c’è di più.

Secondo la Corte c’è uno stretto rapporto fra contratto e mercato per una serie di motivi evidenti.

Le regole applicabili ai contratti aventi ad oggetto i derivati sono destinati ad influire su quelle generali del mercato. Dunque la legge ha di mira il singolo rapporto negoziale ma la disciplina incide in via diretta sulla regolazione del segmento di attività economica costituita dal mercato finanziario in cui quella contrattazione si inserisce. Da qui un rapporto di interrelazione tra la materia dell’ordinamento civile, gli aspetti della regolazione dell’atto contrattuale e quella del mercato finanziario per l’oggetto e soprattutto per l’incidenza degli strumenti derivati sul complessivo ordinamento del mercato stesso.

La conclusione è densa di significato.

ne degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale, p. 35 e in *Contratti*, 2010, 12, con nota di A. M. BENEDETTI, *La competenza statale sulla tutela della pubblica amministrazione-cliente nel settore dei derivati finanziari*, p. 1109. La sentenza respinge la questione di legittimità costituzionale proposta in via principale dalla Regione Calabria avverso l’art. 3 della legge 22 dicembre 2008, n. 203: tale disposizione riconosce al Ministro dell’economia e delle finanze, sentite la Banca d’Italia e la Commissione nazionale per le società e la borsa, il compito di emanare regolamenti (d’intesa con i rappresentanti degli enti locali) con cui individuare la tipologia dei contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti all’art. 1, co. III, t.u.f., che le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali possono concludere, e indica le componenti derivate, implicite o esplicite, che gli stessi enti hanno facoltà di prevedere nei contratti di finanziamento. La stessa normativa dispone la nullità dei contratti conclusi in violazione di detto regolamento. Sul punto da ultimo, M. ANTONIOLI, *Enti pubblici e strumenti finanziari: I nuovi confini della finanza globale*, in *Il diritto dell’economia*, 2011, I, p. 19.

¹⁹ D. lgs. del 23.7.1996 n.415.

²⁰ Così Corte cost., 28 febbraio 2010, cit.

²¹ Corte cost., 28 febbraio 2010, cit.



La disciplina dei derivati si colloca alla confluenza di un insieme di materie relative ai mercati finanziari, all'ordinamento civile, al controllo della finanza pubblica. Il nucleo essenziale della disciplina comunque, in base al principio di prevalenza è rappresentato "dalla tutela del risparmio e dei mercati finanziari, nonché della disciplina dei rapporti privatistici e dei connessi rimedi azionabili in caso di violazione delle disposizioni di settore"²².

Ancora più significativa è la recente sentenza del Consiglio di Stato.

Il fatto origina da un'operazione di ristrutturazione del debito, con l'emissione di prestito obbligazionario abbinato ad uno strumento derivato, al fine di cautelare un Ente pubblico dalla variazione del tasso di interesse. L'operazione era stata affidata ad una Società in base ad una complessa procedura²³.

Circa due anni dopo l'Amministrazione ha annullato d'ufficio le determinazioni perché in base ad un'analisi commissionata a terzi era emerso che:

- a) il valore iniziale dello *swap* non era pari a zero e comportava uno svantaggio per l'Ente tale da violare il principio della convenienza economica previsto dall'art. 41 della legge finanziaria 448 del 2001.
- b) Per effetto di dei "costi impliciti" dello *swap* mai dichiarati dagli Istituti bancari era stata vanificata la convenienza economica di emissione dei *bond*.
- c) La legge prevede espressamente la possibilità di annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi anche legittimi al fine di "conseguire risparmi o minori oneri finanziari".
- d) La società incaricata della ristrutturazione aveva violato il principio di buona fede e correttezza avendo omesso di informare sulla esistenza di costi impliciti nei derivati.

A seguito dell'impugnazione il TAR della Toscana, aveva precisato che gli *swap* sono contratti a termine che consentono di diminuire il rischio connesso alle fluttuazioni dei tassi, senza uno scambio di capitali "ma solo di flussi corrispondenti al differenziale fra due interessi". Sicché "per garantire l'equilibrio fra le parti al momento della stipulazione, tale contratto deve esprimere un risultato

differenziale pari a zero mentre gli *swap* sottoscritti avevano un valore negativo a carico dell'Ente, il quale aveva annullato legittimamente le delibere di affidamento della ristrutturazione. Ciò senza comportare per i giudici amministrativi toscani la caducazione automatica del contratto su cui si era reputato competente a decidere il giudice ordinario²⁴.

Il Consiglio di Stato ha verificato anzitutto se esiste un potere della Pubblica amministrazione idoneo a togliere effetto all'attività svolta nell'ambito di contratti pubblici aggiudicati e in corso di esecuzione.

Accertato che tale potere permane in presenza di gravi vizi dell'intera procedura per la salvaguardia del pubblico interesse e dei principi di legalità, imparzialità e buon funzionamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) ha precisato che "di fronte all'esercizio del potere di annullamento il privato ha una situazione di interesse legittimo anche se tale esercizio produce effetti indiretti su un contratto stipulato". Ciò perché la stipulazione del contratto e la sua esecuzione non sono elementi sufficienti ad escludere la giurisdizione del giudice amministrativo e a radicare quella del giudice ordinario.

In base a tali premesse si è valutato in concreto l'esercizio del potere e si è rilevato che la Provincia di Pisa non ha esercitato un recesso dal contratto, ma un potere amministrativo di autotutela nei confronti di un aggiudicazione compiuta in violazione del principio di convenienza economica (art. 41 L. 28.12.2001 n.448) sia per la presenza, nella specie, di un differenziale originario negativo sia per la presenza di costi impliciti non comunicati in modo effettivo ed accertati solo successivamente alla stipulazione del contratto. Quanto a questi ultimi la loro qualificazione è precisa.

Non si è trattato di una violazione dell'obbligo pre-contrattuale di informazione rilevabile ai fini della formazione della volontà negoziale, ma di una "circostanza di fatto, l'ignoranza incolpevole, che ha impedito di verificare la convenienza economica della operazione economica e della sua ristrutturazione". Di tal che la presenza di costi impliciti ha inciso, nella specie, non già sul momento negoziale ma, sul piano interno, per "la effettiva tutela dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione".

La conclusione è che il potere di autotutela è stato esercitato non tanto per sottrarsi ad un contratto squilibrato ma "a causa della mancata corretta valu-

²² Corte cost., 28 febbraio 2010, cit.

²³ Cons. Stato, 7 settembre 2011 n. 5032. La sentenza si aggiunge ad un insieme di altre decisioni che hanno visto contrapposto banche e amministrazioni pubbliche, che con le prime hanno sottoscritto derivati al fine esclusivo di procedere alla ristrutturazione del proprio debito pubblico. Su tale particolare contenzioso sorto a seguito di questa diffusa politica di finanza pubblica si veda, da ultimo, A. CARLEO - C.D. MOTTURA - L. MOTTURA, *Sul "valore" di derivato. Argomentazioni in margine alla disputa tra banche e amministrazioni*, in *I contratti*, 2011, 4, p. 383.

²⁴ La sentenza del T.A.R. Toscana n. 6579 dell'11.11.2010 è disponibile in www.ilcaso.it, per un commento si rinvia a: C. D. MOTTURA-L. MOTTURA, *I derivati nella finanza locale: il caso della Provincia di Pisa*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, Milano, 2011.

tazione della convenienza economica che legittimava l'operazione di ristrutturazione del debito"²⁵ (art.41 L.448 del 2001), emergente già nella fase del bando per assegnare la ristrutturazione e nella scelta del miglior offerta fra quelle presentate.

Da qui la competenza del giudice amministrativo e la irrilevanza della clausola contrattuale di deroga alla giurisdizione italiana. Ciò perché tale deroga può concernere solo diritti disponibili (Cass. sez. un. 20 aprile 2010 n. 9308) e non il corretto esercizio del potere amministrativo.

Restava da esaminare se il giudice amministrativo avesse competenza a decidere sulla efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e il Consiglio ha risposto affermativamente. Per una serie di motivazioni.

Anzitutto perché il corretto annullamento dell'aggiudicazione comporta "la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto stipulato con attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo" in virtù della legge (20 marzo 2010 n.53 poi trasfusa nell'art. 122 del codice del processo amministrativo) e dei principi di semplificazione e concentrazione delle tutele.

In secondo luogo perché la esistenza della giurisprudenza esclusiva del Giudice amministrativo appare ragionevole in presenza non solo del collegamento "sostanziale tra aggiudicazione e contratto" ma di un "inestricabile commistione di interessi pubblici e privati" e dunque della difficoltà di individuare con assoluta certezza posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo.

Dunque, affermata la esistenza e correttezza del potere di annullamento dell'Ente e la competenza del giudice amministrativo a decidere anche sugli effetti del contratto si è delimitata l'attualità dell'interesse pubblico violato, si osserva, non solo nei principi di economicità e convenienza finanziaria ma "nella necessità di far venir meno i costi impliciti, originariamente non conosciuti e non conoscibili, che gravano sulle risorse dell'ente per tutta la durata dell'operazione", sì da incidere in modo rilevante sulle effettive disponibilità economico finanziarie dell'amministrazione. Senza che possa rilevare al riguardo un affidamento dell'aggiudicatario stante il ragionevole tempo trascorso e il comportamento reticente delle banche affidatarie dell'operazione.

In base a tutto ciò il Consiglio di Stato ha rinviato ad un consulente d'ufficio l'accertamento nella specie dello squilibrio economico iniziale e l'esistenza di costi impliciti non dichiarati.

²⁵ Cass., sez. un., 20 aprile 2010, n. 9308

3. I rimedi

Le due sentenze sono emblematiche di un dato certo. La teoria dei rimedi ha rivoluzionato anche nel nostro ambiente il rapporto fra diritto e processo.

Di fronte al predominio dell'economia finanziaria e della potenzialità del contratto nel creare diritti e obblighi devono essere aggiornate le tutele e i rimedi contro le violazioni di interessi che la legge e l'ordine giuridico reputano meritevoli di protezione²⁶. Ciò in modo molto diverso dal passato.

La Corte costituzionale ci ricorda che contratto e mercato si intrecciano e richiedono di adeguare gli strumenti privatistici alla complessità delle discipline di settore. Il Consiglio di Stato isola i tratti delle anomalie dei derivati che legittimano una autotutela di annullamento da parte delle pubbliche amministrazioni. La Corte di Cassazione²⁷ ha precisato che la dichiarazione di possedere l'esperienza richiesta in materia di operazioni in valori mobiliari è fonte di prova solo in assenza "di specifiche circostanze atte a dimostrare la mancanza di quei requisiti e la loro conoscenza o conoscibilità da parte dell'intermediario su cui grava comunque l'obbligo di diligenza correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità dei mercati e in particolare l'obbligo di "acquisire le informazioni necessarie dai clienti in modo che essi siano sempre adeguatamente informati(art. 21 TUF)"²⁸.

Indico qui alcune linee di sviluppo.

a) L'obbligo di informazione fra fattispecie e comportamento.

Le sentenze del 2005 e del 2007 della Corte di Cassazione hanno esteso l'obbligo di informazione e di buona fede oltre la fase pre-contrattuale e al di là della conclusione di un contratto invalido, come indica invece l'art. 1338 del codice civile. La conclusione di un contratto valido ma sconveniente per

²⁶ G. VETTORI, *Contratto di investimenti e rimedi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 10, p. 785.

²⁷ Cass. 26 maggio 2009 n. 12138 in *Foro it.*, 2010, I, 129, con nota di G. LARocca, *Gli «operatori qualificati» in cassazione: un altro capitolo del difficile rapporto della suprema corte con il diritto privato del mercato finanziario* e su cui v. anche il commento di J. MAZZANTINI, *La giurisprudenza sulla nozione di operatore qualificato nei contratti derivati*, in *Persona e mercato*, 2011, 2, www.personaemercato.it).

²⁸ Trib. Milano, 19 aprile 2011. Sulla c.d. *know your customer rule* si veda: F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati*, Padova, 2008, p. 147 - 156; B. INZITARI - V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, p. 45 - 51; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 44 - 60; G. GRISI, *Informazioni (obblighi di)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, 2011.



la presenza di un contegno in mala fede dell'altra parte implica responsabilità e risarcimento dei danni.

Con ciò i giudici di legittimità hanno preso chiara percezione dell'autonomo rilievo del comportamento anche in presenza della fattispecie legale o negoziale, come la dottrina aveva indicato da tempo. La fattispecie dunque non azzerava il comportamento. La dichiarazione negoziale che contrasta con elementi noti o conoscibili all'altra parte non esonera da responsabilità. E' evidente l'importanza di un tale indirizzo.

Il comportamento indirizza l'analisi e la valutazione su una circostanza concreta e non astratta. Non implica il richiamo di una qualità astratta come quella di consumatore, investitore cliente o professionista, ma impone di esaminare il singolo rapporto e la posizione concreta del contraente.

D'altra parte l'obbligo di informazione reso effettivo dalla regola di buona fede arricchisce i rimedi e incontra la fattispecie e la sua regolazione. Ciò perché il dovere di raccogliere un consenso informato rende autonomo e visibile un diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati²⁹.

Le conseguenze di tale sviluppo teorico sono chiaramente tracciate e resistono alle critiche recenti di una parte dei Giudici e della dottrina³⁰.

Gli argomenti utilizzati dai critici sono i seguenti: a) la concretizzazione della clausola di buona fede deve rimanere coerente con il sistema normativo, sicché non può essere rilevante sul piano del rapporto che precede la conclusione dell'affare una circostanza che sia irrilevante sul piano del contenuto negoziale e dell'adempimento; b) il criterio della responsabilità deve essere commisurato sempre alla fattispecie negoziale perché "la struttura di essa rappresenta pur sempre il limite" delle possibilità funzionali del rapporto³¹.

Tale impostazione rigidamente formalista ha due difetti. Da un lato esaurisce la valutazione giuridica alla sola conformità ad una struttura, contro le acquisizioni della dottrina maturate dagli anni settanta

in poi.³² Dall'altra vanifica il valore autonomo della clausola generale che dovrebbe essere operativa entro i confini già dettati dalle norme esistenti. Il che è smentito sin dagli anni sessanta dalla prevalente giurisprudenza di legittimità³³.

La replica migliore può essere affidata ad una recente pronuncia che intende dare continuità al ruolo e alla funzione della responsabilità precontrattuale in ordine ai doveri di informazione³⁴. In essa si precisa che l'obbligo risarcitorio per violazione della buona fede a prescindere dalla conclusione e validità stessa del contratto fa parte oramai del diritto vivente in coerenza anche con "i principi attestati in ambito europeo" (art. 2.301 comma 2 dei *Principles of European Contract Law*)³⁵.

b) causa in concreto e contrarietà a norma penale.

La presenza di uno squilibrio iniziale e di costi impliciti non dichiarati è ritenuto sufficiente dai Giudici amministrativi a legittimare un annullamento della delibera di aggiudicazione del piano di ristrutturazione e del contratto derivato da parte di Ente pubblico in ossequio alle particolari tutele previste per l'interesse pubblico da normative di settore.

Il che imporrà di interrogarsi analogamente sulla esistenza o meno di una causa in concreto³⁶ lecita quando tali requisiti siano carenti in un rapporto che coinvolga un'impresa e le Banche. Non solo.

Sempre più spesso la condotta posta in essere dal soggetto è potenzialmente idonea a ledere interessi protetti da diverse norme giuridiche e il giudice deve valutare illeciti pluri-offensivi. Il fatto insomma deve essere confrontato con diverse fattispecie astratte che valutano aspetti diversi³⁷.

²⁹ v. da ultimo G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Il contratto in generale*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2007.

³⁰ v. solo per i riferimenti giurisprudenziali citati G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, 104; Id. *Centralità del giudice e filtro in Cassazione*, *ivi*, 2010, 486 ss; Id., *L'abuso del diritto*, *ivi*, 166.

³⁴ Cass. 11 giugno 2010, n. 14056 (estensore Rordorf).

³⁵ Cass. 11 giugno 2010, n. 14056 cit.

³⁶ Chiarissime in questo senso due recenti sentenze della Cassazione. La prima (Cass., 8 maggio 2006, n. 10490) definisce la causa come "funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti". La seconda (Cass., 19 giugno 2009, n. 14343) ancora la meritevolezza e la liceità della causa ai valori costituzionali e al dovere di solidarietà.

³⁷ Traggo queste osservazioni dal volume di M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale (Contributo allo studio della nullità)*, Milano, 2000, p. 27.

²⁹ Cass., 29 settembre 2005, n.19024; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 entrambe in *Foro it.* 2006, I, 1105 ed *ivi* 2008, I, 784.

³⁰ Così E. SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *I contratti*, 2010, 12, p. 1155; Id., *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nota a Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 440, ma v. già G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 245; Id., *Buona fede "in contrahendo"*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss.

³¹ Così E. SCODITTI, *op. loc.cit.*



Si può integrare allo stesso tempo una responsabilità contrattuale o extracontrattuale e più spesso norme speciali si possono occupare dello stesso fatto.

Basta pensare agli illeciti societari. Le false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.) e l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorithies espongono i responsabili ad una sanzione penale, civile e amministrativa della società (ai sensi del Decreto legislativo n. 231 del 2001). La manipolazione del mercato sanzionate dalla Direttiva sul *market abuse* e dalla normativa sul TUF e il TUB sono soggette al controllo del giudice penale civile e della Consob. D'altra parte il reato di corruzione rileva come illecito penale, erariale, amministrativo, tributario e civile in presenza di un contratto illecito.

Il contesto giuridico che risulta da questo intreccio di regole e principi è stato affrontato di recente dalla giurisprudenza teorica e pratica.

Anzitutto le Sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto la efficacia vincolante del giudicato penale nel giudizio civile o amministrativo per le sole sentenze di assoluzione, mentre nelle ipotesi di proscioglimento per prescrizione o amnistia ha statuito che il giudice civile "tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente e autonomamente rivalutare il fatto in contestazione (se del caso procedendo ad un diverso riparto della percentuale di responsabilità tra i co-autori dell'illecito rispetto a quella stabilita dal giudice penale)".³⁸

D'altra parte si tratta di precisare se può essere dichiarata la nullità quanto il contenuto contrattuale sia contrario alla norma penale anche se non è integrato il requisito psicologico della colpa e del dolo.³⁹

Un indizio positivo in tal senso si può trarre di recente ,ai fini del risarcimento del danno, nelle famose sentenze sul danno non patrimoniale⁴⁰. La Corte Costituzionale ha precisato che "il riferimento al reato contenuto nell'art. 185 c.p... non postula più..la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato, ma solo di una fattispecie corrispondente, nella

sua oggettività, all'astratta previsione di una figura di reato".

Da ciò emerge conclusione importante⁴¹. Il giudice civile non è tenuto a valutare l'elemento psicologico (dolo colpa), come il giudice penale, perchè ciò che rileva ai suoi fini non è il perfezionamento del reato ma la sussistenza del fatto di reato, intendendosi per tale l'elemento materiale costituito dalla condotta, dall'evento e dal nesso causale. Sotto questo ultimo profilo i chiarimenti più recenti sono assai significativi.

La distinzione fra causalità materiale e giuridica precisata dalla Cassazione a sezioni unite è confermata e chiarita⁴². Per accertare l'illiceità del fatto valgono le norme sulla causalità previste dagli articoli 40 e 41 del codice penale e diversa sarà la loro prova nel giudizio penale, ove si dovrà accertare la causalità oltre ogni ragionevole dubbio, e nel giudizio civile ove sarà sufficiente la prova del più probabile che non. Una volta riferito il fatto al suo autore o ai suoi autori si dovrà accertare ,in sede civile, la risarcibilità del danno ai sensi di una causalità giuridica espressa dall'art. 2223 c.c.. E tale giudizio potrà portare ad attribuire a ciascuno dei responsabile un danno diverso anche a seconda del diverso grado di intensità causale della condotta.⁴³

Una valutazione analoga può essere possibile confrontando l'elemento materiale del reato e il contenuto del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c. alla ricerca di limiti inderogabili alla autonomia negoziale dei privati.

c) causa in concreto e nullità del contratto derivato.

Facendo ricorso allo scopo pratico negoziale perseguito dalle parti, la giurisprudenza di merito ha tutelato in modo convincente l'interesse del risparmiatore.

Vediamo come.

Limitando l'esame alle pronunzie relative ai derivati finanziari c.d. *interest rate swap* (I.R.S.), va preliminarmente rilevato che gli stessi costituiscono contratti nominati e atipici, con cui le parti si impegnano ad una allocazione del rischio monetario. Più precisamente, ciò avviene secondo uno "scambio a scadenze prefissate di flussi di cassa prodotti dall'applicazione di diversi parametri ad uno stesso capitale di riferimento (c.d. nozionale)".⁴⁴ Tale con-

³⁸ Cass., 26 gennaio 2011, n.1768.

³⁹ M. RABITTI, *op. cit.* Come si è osservato la giurisprudenza penale pur escludendo l'elemento soggettivo ha ravvisato la presenza degli elementi oggettivi del reato di peculato nel caso in cui fossero pagate somme di denaro pubblico in mancanza di un espresso obbligo dell'Ente e diritto del beneficiario. E in conseguenza a ciò il giudice civile ha dichiarato la nullità di una compravendita per contrasto con la norma penale ritenendo illecita la causa di scambio in un ipotesi in cui l'immobile doveva essere acquisito all'Ente in virtù di una previsione contrattuale che escludeva il corrispettivo per l'acquisizione dei beni a titolo indennitario.

⁴⁰ Cass., 19 novembre 2007, n. 23918; Cass., 26 giugno 2008, n. 16810; Cass., 3 marzo 2009, n. 5057.

⁴¹ M. RABITTI, *op. cit.*

⁴² Cass., 11 gennaio 2008, n. 581.

⁴³ V. da ultimo, Cass., 21 luglio 2011, n. 15991, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 1672 ss.

⁴⁴ Trib. Bari, 15 luglio 2010 (estensore Scoditti), vedila in *I Contratti*, 2011, 3, con nota di G. OREFICE, *Operatore qualificato e nullità virtuale o per mancanza di causa*, (p. 250) e di A. PISAPIA, *Rinegoiazione del contratto e nullità per mancanza di causa*, *ivi*, p. 260.



tratto viene concluso per due distinte ragioni. Sarà preminente una finalità di copertura del rischio (c.d. *hedging*), allorché il cliente intenda ricorrere allo scambio di flussi per premunirsi dal rischio monetario connesso ad una distinta e precedente operazione debito\credito. Al contrario, quando il derivato I.R.S. è sottoscritto in assenza di un rapporto sottostante tra le parti, saranno più evidenti le finalità speculative. Per la individuazione della funzione decisivo sarà il testo del regolamento contrattuale e la ricostruzione del significato dell'atto nella dinamica del rapporto tra le parti.

La finalità perseguita dal cliente è tutelata in modo efficace dalla giurisprudenza, proprio facendo ricorso allo schema della causa in concreto. Confrontando lo scopo pratico sotteso al derivato con la funzione realizzata con l'accordo, la giurisprudenza non ha esitato a colpire con la nullità il derivato che vanificava – nei modi che vedremo – l'interesse dell'investitore ad una protezione dal rischio monetario.

Una prima manifestazione di siffatta tutela concerne la rinegoziazione dei contratti di *swap*. Allorché l'intermediario ha proposto al cliente un nuovo derivato IRS che incorpora quanto l'investitore deve alla banca, diviene necessario verificare se il nuovo *swap* sia in concreto idoneo a realizzare la propria funzione di copertura del rischio o se – in ragione dei costi impliciti e delle pregresse passività – sia *ab inizio* incapace di svolgere tale finalità. In tal caso, qualora il derivato di *swap* o la sua rinegoziazione non sia idoneo a porsi quale possibile strumento di distribuzione del rischio monetario (perché eccessiva è l'incidenza delle passività pregresse e dei costi impliciti), il contratto sarà da considerarsi nullo per assenza di causa.⁴⁵ In altre parole, la circostanza che il derivato di *swap* oggetto di causa sia l'ennesimo accordo di scambio di flussi tra le parti non giustifica una configurazione dello stesso che escluda *ab inizio* la funzione di copertura del rischio monetario.

Un secondo aspetto attiene all'incidenza che la ripartizione del rischio ha sulla funzione concreta del derivato oggetto di accordo tra le parti. Quando dal contratto risulti che l'alea sia interamente addebitata al cliente, si è ritenuto che il giudice possa dichiarare nullo lo *swap* per carenza di causa.⁴⁶

Vi è un terzo orientamento della giurisprudenza di merito ove l'accertamento della causa in concreto si confonde con il collegamento negoziale. Il caso oggetto di giudizio vedeva contrapposti una ditta edile ed una banca, con la quale la prima, dopo aver concluso un mutuo per procedere alla realizzazione di immobili, sottoscrive un contratto di derivato I.R.S. onde tutelarsi dalla variazione dei tassi del prestito. Sebbene la ditta non abbia poi mai dato esecuzione al contratto di finanziamento sottostante (di per sé garantito con l'ipoteca sui terreni edificabili), la banca convenuta in giudizio aveva iniziato ad addebitare gli importi maturati *ex I.R.S.* al proprio cliente. Individuata la funzione pratica perseguita dalle parti mediante la conclusione del contratto nella protezione dal rischio monetario gravante sul mutuo, il Tribunale adito ha rigettato l'impugnazione dell'ordinanza cautelare di sospensione dell'addebito dei risultati del derivato per un motivo chiaro: “se al contratto di mutuo le parti non hanno dato attuazione, ciò non può non influire sul contratto di *swap*, la cui funzione di copertura è venuta meno, in quanto non v'è alcun adempimento da garantire o alcuna restituzione di importi mutuatati.”⁴⁷

Il punto merita attenzione. Con il ricorso allo schema della causa in concreto, l'accordo, che cela l'evidente squilibrio informativo e tecnico tra le parti, viene colpito con la nullità nella misura in cui si altera o elimina la funzione negoziale. Ciò, in particolare, quando dal contratto risulti vanificata, inesistente o attenuata la possibilità stessa di coprirsi dal rischio monetario.⁴⁸

4. Oltre il consumatore.

Se le vecchie categorie stentano a regolare i fenomeni nuovi, occorrono un metodo e tutele più efficienti sul piano dell'atto e del rapporto.

Al di là delle banalizzazioni diffuse, il richiamo alla giustizia contrattuale aveva questo intento, almeno per le mie analisi⁴⁹. Con essa si è sollecitato un problema di ripensamento e di adeguamento dei rimedi, coniugando eguaglianza e singolarità, con

in modo tale da garantire comunque un beneficio alla banca a scapito della controparte.” In precedenza, identico accertamento di non meritevolezza è stata dichiarata da Trib. Brindisi, 08 luglio 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 353, con nota di E. SABATELLI *Validità del prodotto finanziario My Way e tutela dell'investitore*.

⁴⁵ Trib. Salerno, ord. 21.06.2011, in www.ilcaso.it.

⁴⁶ V. sulla più recente giurisprudenza, L.G. VIGORITI, *Profili soggettivi e oggettivi dei contratti di swap su tassi di interesse*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2012, 2, 133 ss.

⁴⁹ G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 58.

⁴⁵ Trib. Bari, 15 luglio 2010, cit.

⁴⁶ Trib. Modena, ord., 23 dicembre 2011, vedila in *I Contratti*, 2012, 3, p. 130, con nota di V. SANGIOVANNI, *Contratto di swap, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela*, per cui: “in caso di alea unilaterale, l'interesse perseguito dalla banca in sé legittimo (= conseguimento di un beneficio economico) cessa di essere meritevole di tutela. Tale interesse difatti sovrasta a tal punto l'interesse della controparte da eliminarlo in toto. In altre parole non esiste più una “scommessa” sul futuro andamento dei tassi d'interesse, ma un contratto strutturato

gli strumenti consueti dell'analogia, dei principi e delle clausole generali.

La legislazione interna e comunitaria è già oltre la figura del consumatore. Basta qualche indicazione sommaria.

Il codice del turismo si riferisce ad una figura di "acquirente, cessionario...o qualunque persona anche da nominare, purchè soddisfi tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio...relativo ad un servizio turistico"⁵⁰. La proposta di Regolamento comunitario sulla vendita si rivolge ai consumatori e alle Piccole e Medie Imprese (art. 7 co.1). La Direttiva sui diritti dei consumatori si applica anche "ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale"(art. 3 n.1). Il Decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1 (c.d. 'Salva Italia'), coordinato con la legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, estende alle microimprese la tutela nei confronti delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive (art.7), migliora le informazioni ai consumatori per i prezzi dei carburanti (art. 19) e per le condizioni di assicurazione (art. 34), instaura una tutela amministrativa contro le clausole vessatorie (art. 5), rende più efficace l'azione di classe e introduce il Tribunale delle imprese.

Di fronte a queste regole non è convincente chiedersi se oltre al diritto del consumo⁵¹ e alla pretesa categoria del terzo contratto⁵² e dei contratti di impresa⁵³, si possa costruire un concetto di contratto asimmetrico⁵⁴.

Non occorrono nuove categorie costruite sulle qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole) ma un metodo nuovo per la disciplina del contratto, regolato da un insieme di fonti da cui si traggono elementi di conformità alla regola e nuove forme di tutela con un'attività di decostruzione e di innovazione che la giurisprudenza italiana ha già iniziato, utilizzando in particolare alcuni strumenti.

La causa concreta e la contrarietà a norme imperative come strumenti di controllo della liceità e validità in un sistema articolato di fonti. I diritti e i

⁵⁰ S. MAZZAMUTO, *La nuova Direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 905 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei contratti aventi ad oggetto "pacchetti turistici" nel "codice del turismo"*(D.Legisl. 23 maggio 2011,n.79):*Profili di novità e questioni problematiche*, I e II parte, in *Studium Iuris*, 11 e 12, 2011, p. 1143 ss:1282ss.

⁵¹ S. MAZZAMUTO, *La nuova Direttiva sui diritti del consumatore*, op. cit. ma v. da ultimo Id., *Il contratto di diritto europeo*, cit.

⁵² G. GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

⁵³ V. da ultimo sul tema G. DE NOVA, *Contratti fra imprese*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011.

⁵⁴ V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento:dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 5-7.

doveri costituzionalmente garantiti, come limiti alla libertà di contratto. La buona fede come criterio di responsabilità nella valutazione dei comportamenti, precedenti e successivi alla conclusione, con funzione autonoma rispetto al giudizio di validità

Tutto ciò in continuità consapevole con i risultati migliori della dottrina civilistica del novecento che debbono essere consolidati e innovati con forza senza inutili astrazioni. Elemento decisivo è il rilievo giuridico di ogni posizione soggettiva che sia oggetto di una disciplina o di una attenzione normativa sì da precisare diritti e doveri contenuti in norme e in principi da tradurre in regole e in nuove tecniche applicative attente alla definizione di nuove tutele di carattere generale e singolare⁵⁵.

Resta da indicare come e nel proseguo si indicheranno alcuni percorsi già tracciati.

5. Il diritto comunitario e la Proposta di un Regolamento europeo sulla vendita.

L'approccio europeo ad una disciplina uniforme del contratto, dopo un lungo itinerario, si è rivelato molto timido rispetto alle attese, come risulta sia dalla Comunicazione della Commissione sia dalla Risoluzione del Parlamento europeo⁵⁶.

Nella prima⁵⁷ si indica chiaramente la finalità da perseguire e l'oggetto dell'intervento comunitario. I contratti sono alla base di tutte le transazioni commerciali e le divergenze tra i regimi di diritto dei 27 Stati membri sono uno dei principali ostacoli per gli scambi transfrontalieri e per la piena attuazione del Mercato Unico.

Ciò con costi e complessità supplementari per i professionisti e maggiori difficoltà per i consumatori negli acquisti in paesi diversi dal proprio. Quanto ai primi basta pensare che essi dovranno familiarizzare con il diritto e le norme imperative di ciascun Stato nazionale, munirsi di consulenti, aggiornare i propri siti web in relazione a tali diversità con un aumento dei costi che penalizza in particolare le PMI⁵⁸. D'altra parte si stima che quasi la metà dei consumatori siano scoraggiati da acquistare in altri

⁵⁵ G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit. p. 98 ss.

⁵⁶ C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta dei Regolamenti di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. Dir. priv.*, 2011, 4, 837 ss.; M. MELI, *Proposta di Regolamento - Diritto comune europeo della vendita*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2012, 1, 183 ss.

⁵⁷ COM(2011) 636 del 11 ottobre 2011, in www.europa.eu.

⁵⁸ La commissione stima in 26 miliardi di Euro ogni anno il giro d'affari a cui le imprese rinunziano per tali difficoltà,v. COM(2001) 636, p. 3.



paesi dell'Unione per l'incertezza dei propri diritti in particolare nelle transazioni on-line.

Da qui gli obiettivi enunciati chiaramente dalla Commissione.

Si tratta di "rimuovere..le restanti barriere al commercio transfrontaliero, in modo da agevolare i professionisti nelle loro transazioni commerciali e rendere gli acquisti transfrontalieri più semplici per i consumatori"⁵⁹, fino a creare un corpus unico di leggi uniformi per imprese e consumatori negli scambi transfrontalieri superando le carenze attuali che non sono poche per gli uni e per gli altri.

Il Regolamento di Roma I per le obbligazioni contrattuali consente alle parti di scegliere la legge applicabile e di risolvere il conflitto sulla legge applicabile in caso di assenza di accordo, ma ciò non rimuove la divergenza fra i diversi diritti nazionali. D'altra parte l'art.6, paragrafo 2 di quel testo, impone ai professionisti di uniformarsi al diritto inderogabile di protezione del consumatore vigente nel paese di residenza dello stesso sicché le condizioni generali di vendita debbono adattarsi ai regimi dei paesi in cui opera l'impresa. E tali difficoltà non sono superate dalle norme esistenti perché la disciplina uniforme non regola l'intera disciplina del contratto e perché essa si applica ai soli consumatori. Per le imprese esistono norme comunitarie e internazionali ma il quadro è altrettanto insoddisfacente. La normativa sui ritardi di pagamento consente un intervento diverso dei singoli Stati mentre la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci non è stata ratificata nel Regno Unito, in Irlanda, in Portogallo e a Malta.

Da qui, dopo un decennio di lavoro sulle ipotesi di unificazione del diritto dei contratti, l'idea di un diritto comune europeo della vendita di cui la Commissione enumera aspetti, efficacia, rapporto con l'*acquis* e vantaggio per consumatori e imprese. Vediamo da vicino questo impianto di base che dovrebbe essere affidato ,secondo la proposta annunciata, ad un Regolamento del Parlamento e del Consiglio sulla base dello "studio di fattibilità" elaborato da un Gruppo di esperti.

a) il funzionamento e i caratteri.

La disciplina "dovrà far parte del diritto nazionale di ciascun Stato membro a titolo di "secondo regime" di diritto contrattuale" destinato agli scambi transfrontalieri con le seguenti caratteristiche.

- sarà comune a tutti gli Stati membri.

- sarà un regime facoltativo (sistema di opt-in) che non obbliga professionisti e consumatori.
- avrà ad oggetto i contratti di vendita ed i servizi connessi, con particolare attenzione alla contrattazione on-line.
- si applicherà ai soli contratti transazionale a meno che lo Stati nazionale voglia estendere tale ambito ai contratti nazionali.
- si applicherà ai contratti tra imprese e consumatori (B2C) e a quelli tra imprese (B2B) in cui almeno una delle parti sia una PMI. Resteranno esclusi invece i contratti conclusi fra privati (C2C) e quelli tra professionisti in cui nessuna parte è una PMI perché secondo la Commissione "non vi è al momento alcuna necessità dimostrabile di intervenire su scala europea per questi tipi di contratti transfrontalieri." Salvo la possibilità degli Stati di ampliare tale regime ai rapporti fra imprese senza alcuna limitazione.

Insomma sarà un identico insieme di norme di tutela dei consumatori con un elevato grado di protezione e allo steso tempo un "corpus completo di norme di diritto contrattuale" attinente ai "diritti e a obbligazioni delle parti e ai rimedi contro l'inadempimento, agli obblighi di informativa precontrattuale, alla conclusione del contratto (compresi i requisiti di forma), al diritto di recesso e ai relativi effetti, alla nullità risultante da errore, frode o iniquo sfruttamento, all'interpretazione, al contenuto e agli effetti del contratto, alla valutazione e agli effetti del carattere abusivo delle clausole contrattuali, alla restituzione a seguito dell'annullamento e della risoluzione nonché alla prescrizione".

D'altra parte la Proposta compie una scelta riduttiva. Materie "di grande importanza per i diritti nazionali e meno pertinenti per i contratti transfrontalieri (come le norme sulla capacità giuridica, l'invalidità/illiceità o la rappresentanza e la pluralità di debitori e creditori) non saranno trattate dal diritto comune europeo della vendita e continueranno ad essere regolate dalle norme della legge nazionale applicabile ai sensi del Regolamento Roma I". Resta ,almeno nelle intenzioni, un regime di dimensione internazionale perché sarà applicabile nell'ipotesi in cui una sola delle parti sia stabilita in uno Stato appartenente all'Unione. "I professionisti potranno usare quelle norme con altri professionisti stabiliti all'interno o all'esterno dell'Unione e i consumatori potranno avere una più vasta scelta nel caso in cui professionisti di paesi terzi intendano vendere i loro prodotti nel mercato interno sulla base del diritto comune europeo della vendita". Ciò secondo la Commissione conferirà "al diritto comune

⁵⁹ COM(2011) 636 p. 3-4. "E' stato dimostrato che gli scambi bilaterali tra paesi con sistemi giuridici di origine comune, quali ad esempio la *common law* o la tradizione giuridica nordica, sono del 40% più risposti rispetto agli scambi tra paesi privi di tale comunanza"

europeo della vendita la possibilità di assicurare a modello per la definizione degli standard nelle transazioni internazionali nel settore dei contratti di vendita⁶⁰.

In definitiva “il diritto comune europeo della vendita sarà un supplemento facoltativo delle norme esistenti di diritto dei contratti, senza sostituirle. Nella pratica, sarà il venditore a prendere l’iniziativa di optare per l’applicazione del diritto comune europeo della vendita; il compratore però dovrà dare il proprio assenso esplicito prima che tale tipo di contratto possa essere utilizzato”. Così, sempre nelle intenzioni, nei contratti B2B dovrebbe essere più agevole accordarsi su una legge neutra ugualmente accessibile ad entrambe le parti nella loro lingua⁶¹.

Tutto ciò con adeguate misure di accompagnamento in ordine ad alcune clausole contrattuali di tipo europeo per aree commerciali o settori di attività, da adottare dopo l’entrata in vigore del testo, dovrebbe risolvere problemi reali di imprese e consumatori e, sempre secondo la Commissione, offrire un approccio innovativo rispettoso del principio di proporzionalità, delle tradizioni nazionali e delle scelte delle parti.

E’ evidente come il contesto sia sin troppo cauto e incompleto. Si limitano gli effetti alla negoziazione transnazionali, lo strumento è opzionale, non si occupa dei contratti finanziari né degli aspetti alla capacità delle parti e alla invalidità o illiceità dei contratti.

Ancora una volta una spinta decisiva al diritto comunitario si avrà dalla Corte di Giustizia che in tema di contratto e rimedi si è pronunciata di recente in più occasioni⁶² e si dovrà pronunciare ancora.

6. La direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori

I Diritti sono gli altri grandi protagonisti della crisi.

Per alcuni le teorie della modernità e l’ordine globale escludono ogni riferimento unitario della Persona e danno rilevanza solo a singoli interessi

che operano all’interno di un mercato ove la convivenza si fonda sulla libertà di iniziativa economica,⁶³ erodendo le stesse istituzioni dello Stato sociale voluto dai costituenti. L’unica oggettivazione sarebbe la “riduzione di tutti i rapporti privati alla cosiddetta tutela del consumatore e alla garanzia della libera concorrenza”, sicché il mondo giuridico finirebbe “per coincidere con il mondo economico e con i suoi automatismi”⁶⁴.

Una risposta a questa ricostruzione esige di precisare alcuni tratti del presente con riferimento al rapporto di consumo e ai Diritti fondamentali. Esamineremo l’uno e l’altro in diretta sequenza.

La recente Direttiva sui diritti dei consumatori merita un’attenta considerazione. Vediamola da vicino.

L’intento è chiaro. Si vuole sostituire la Direttiva 85/577/CEE del 20 dicembre 1985 (sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali) e 97/7/CE del 20 maggio 1997(sui contratti a distanza) con un nuovo provvedimento che superi la precedente armonizzazione minima con norme che vietano agli Stati “disposizioni divergenti” (art. 4) e consentano, così, un più elevato livello di protezione dei consumatori ai sensi dell’art. 169 del TFUE. Ciò per promuovere un effettivo mercato interno sulla base di regole chiaramente definite. Salva la possibilità degli Stati di estendere tale disciplina ad altri Enti e soggetti.

L’oggetto prioritario è altrettanto chiaro. Stabilire norme sulle informazioni da fornire per i contratti a distanza, per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali e per i contratti diversi da quelle due tipologie. Disciplinare il diritto di recesso in tale contesto e “armonizzare talune disposizioni concernenti l’esecuzione e altri aspetti dei contratti fra imprese e consumatori” (cons. 9). Il che senza alterare il quadro disciplinare sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) e con una funzione di completamento degli obblighi di informazione previsti dalla Direttiva del 12 dicembre 2006 (2006/123/CE), relativa ai servizi nel mercato interno e dalla Direttiva dell’ 8 giugno 2000 (2000/31/CE) sul commercio elettronico.

Significative sono anche le esclusioni. Il diritto contrattuale non è modificato dalla Direttiva su aspetti centrali, perché restano di competenza dei

⁶⁰ COM(2011) 636 cit. p. 10

⁶¹ COM(2011) 636 cit. p. 13

⁶² v. Corte di Giustizia, 15 marzo 2012, C-453/10 (Okresny sud Presov, Repubblica Slovacca c. Jana Perinovicova, V. Perenic, in *www.curia.europa.eu*. In dottrina v. S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d’ufficio e convalida*, in *Persona e Mercato*, 2009, I, p. 20 e da ultimo G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e Mercato*, 2012, 1; L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e Impr.*, 2011, 6, p. 1366.

⁶³ P. BARCELLONA, *op.cit.*, p.55-56.

⁶⁴ P. BARCELLONA, *op. cit.*, p.75 ss. Si eluderebbe così ogni “rilevanza alle condizioni esistenziali dei contraenti, tutti riconducibili agli schemi astratti del consenso” abbandonando definitivamente l’idea di Persona, sostituita dall’insieme delle relazioni oggettive fra le merci (al mercato diceva Marx si incontrano le merci e non le persone). Da qui la constatazione di un’epoca del *post-umano* basata sull’edonismo cognitivo e la soddisfazione infinita dei bisogni che rende necessaria una svolta capace di assegnare un ruolo centrale allo spirito di comunità



singoli Stati la disciplina sulla conclusione e validità di un contratto, sui “rimedi generali, sulle norme di ordine pubblico economico, (come le norme sui prezzi eccessivi o esorbitanti) e le norme sulle transazioni giuridiche non etiche” (cons. 14)⁶⁵

In questo contesto il professionista deve fornire al consumatore informazioni chiare e comprensibili commisurate alle “esigenze specifiche dei consumatori” e al loro stato soggettivo di infermità, vulnerabilità, età o ingenuità che è possibile ragionevolmente prevedere, nonché al mezzo usato per il contratto o l’offerta (cons. 34).

Si distingue fra contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali e contratti diversi. Per questi ultimi si indicano analiticamente le informazioni dovute “qualora esse non siano già apparenti dal contesto” (art. 5.1), per i primi la disciplina è assai più articolata. Si precisa che tali informazioni “formano parte integrante del contratto..e non possono essere modificate se non con l’accordo delle parti” (art. 6.5), instaurando così un legame stretto fra informazione e contenuto del contratto con esiti molto importanti per quanto concerne la conseguenza della violazione. In alcuni casi (art. 6.6 sulle spese aggiuntive o altri costi) il consumatore “non deve sostenere tali spese o costi aggiuntivi”. In altri (art. 27 sulle forniture non richieste) il consumatore” è esonerato dall’obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva”. In ogni caso l’appartenenza delle informazioni al contenuto può condurre a tecniche invalidanti o sostitutive del contenuto omesso con un arricchimento delle tutele.

Il diritto di recesso (art.9), quando la legge lo prevede (contratti a distanza e fuori ei locali commerciali) e salvo le eccezioni previste (nel cons. 49)

⁶⁵ Non sono compresi (art. 3) : i servizi sociali (cons. 29),i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti disciplinati dalla Direttiva del 9 marzo 2011 2011/24/UE (cons. 30),i giochi d’azzardo (cons.31),i servizi finanziari, i viaggi tutto compreso e la multiproprietà già disciplinate da apposite normative.Sono invece compresi: i contratti “per la fornitura di acqua, gas od elettricità” e “di fornitura di calore ,anche sotto forma di vapore o di acqua calda, da una fonte centrale di produzione verso una pluralità di edifici tramite un sistema di trasmissione e di distribuzione, al fine di riscaldarli (telerriscaldamento)” (cons. 25); “I contratti di servizi, in particolare quelli relativi alla costruzione di annessi di edifici (ad esempio un garage o una veranda) e alla riparazione e ristrutturazione di edifici diverse dalla trasformazione sostanziale,.. così come i contratti relativi ai servizi di un agente immobiliare e quelli relativi alla locazione di alloggi a scopo non residenziale”. Con esclusione dei contratti di trasferimento di beni immobili. (cons. 26) ;i contratti di trasporto di passeggeri, nel solo caso di “tariffe eccessive per l’utilizzo d mezzi di pagamento o in caso di costi occulti”, essendo per il resto tale disciplina soggetta ad altra legislazione della Unione o nel caso di trasporti pubblici e taxi a normative a livello nazionale.(cons. 27); I contratti “di trasporto di merci e il noleggio di autovetture che costituiscono servizi..ad eccezione del diritto di recesso” (cons. 27)

sarà privo di formalità e avrà un termine eguale che potrà essere prorogato sino a 12 mesi quando il professionista non “ha adeguatamente informato il consumatore prima della conclusione del contratto” (cons. 42 e art. 10) e comporterà il rimborso di tutti i pagamenti e la restituzione ,in un termine di 14 giorni dalla comunicazione del recesso, dei beni (art.10.2).

Particolarmente delicata è la consegna ma la Direttiva non rinuncia a fornire indicazioni precise. Si propone di “chiarire e armonizzare le norme nazionali relative al momento in cui dovrebbe avvenire la consegna” senza peraltro incidere sul luogo e modalità di essa nonché sulle “condizioni e il momento del trasferimento in proprietà” che rimangono soggetti alla legislazione nazionale, secondo il modello ella Convenzione di Vienna. Si dedica attenzione ai rimedi in caso di ritardata consegna (cons.52 -53 e art. 18) e al passaggio del rischio. La Direttiva prevede che il consumatore sia tutelato “contro ogni rischio di perdita o danneggiamento dei beni che avvenga prima che egli abbia preso fisicamente possesso dei beni.”(art. 20)

Si ribadisce l’importanza di azioni collettive, la irrinunciabilità dei diritti e la loro conoscibilità prevedendo espressamente che “eventuali clausole che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla direttiva, non vincolano il consumatore.”(art. 25)

Il Testo dichiara infine di rispettare i diritti fondamentali e di osservare i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e ciò apre una ulteriore riflessione (cons. 66), ancora oltre il consumatore.

7. Diritti fondamentali e contratto.

Il legame fra diritti e contratto emerge con chiarezza come mano visibile del diritto comunitario su alcuni aspetti essenziali. *La piena informazione, il divieto di discriminazione, i principi che derivano dai mercati regolamentati (libertà di accesso,accessibilità economica e buone prassi),le pratiche commerciali scorrette, la salute e la sicurezza nella disciplina dei servizi, il controllo sul contenuto del contratto* ⁶⁶. Ma ciò riguarda ogni altra posizione soggettiva costituzionalmente garantita, non fosse altro perché la Carta dei diritti fondamentali attribuisce piena efficacia ai valori di libertà, eguaglianza e dignità con una sequenza necessariamente

⁶⁶ H-W. MICKLITZ, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa. La trasformazione del diritto privato europeo dall’autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolazione*, EUI Working Papers, Department of Law, 2010, disponibile in <http://cadmus.eui.eu/>.



unitaria espressa già nell'art. 3 della nostra Costituzione.

Il coordinamento dei due testi dispone che non c'è libertà senza eguaglianza e non c'è eguaglianza senza la tutela della Dignità e i diritti di ogni persona fisica o giuridica, che eserciti o meno un'attività economica.

Resta da vedere che uso si può fare e si sta facendo di tali indicazioni essenziali.

Come è stato autorevolmente ricordato di recente, esistono tre orientamenti sul collegamento fra il contratto e le disposizioni costituzionali⁶⁷. Il primo, più risalente, nega rilievo diretto al contratto, riconoscendo alle norme fondamentali il solo valore di un contesto ermeneutico. Gli altri seguono una via diversa. Alcuno fissa un legame fra l'autonomia dei privati e il contenuto degli articoli 2 e 32 che descrivono aspetti decisivi della persona e delle sue libertà, altri considera l'iniziativa economica privata, disciplinata dall'art. 41, come diretto riferimento al contratto, vero archetipo di quella attività⁶⁸.

D'altra parte la Carta di Nizza non assume un'indicazione chiara sul punto, limitandosi a disciplinare la libertà d'impresa⁶⁹ e la Corte CEDU⁷⁰ affronta il problema in modo ancora indiretto, tutelando l'affidamento ad un rinnovo contrattuale previsto da un'opzione, come un bene protetto dal protocollo 11, legando così, in modo ambiguo la pretesa obbligatoria ad un contratto alla protezione della proprietà, secondo uno schema tipico delle codificazioni ottocentesche, ma ampiamente superato nel corso di tutto il novecento.

Il problema resta dunque interpretativo e sistematico ma si deve riconoscere che il contratto, come tutti gli altri istituti essenziali del vivere civile (persona, famiglia, gruppi intermedi, proprietà, contratto, testamento) non è privo di una rilevanza costituzionale.⁷¹

Di ciò è consapevole la nostra giurisprudenza di legittimità che utilizza il riferimento alla Dignità e ai diritti previsti della Carta dei diritti fondamentali in una pluralità di casi.

Significativa è la motivazione di una sentenza recente che origina dal controllo di una clausola apposta ad un contratto di locazione⁷².

⁶⁷ V. da ultimo G. BENEDETTI, *Persona e contratto*, in *Obb. contr.*, 2012.

⁶⁸ G. Benedetti, op. cit. ma vedi anche G. VETTORI, (a cura), *Contratto e costituzione in Europa*, Padova, 2005.

⁶⁹ sul punto G. VETTORI (a cura), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002.

⁷⁰ Corte CEDU, *Streitch c. Regno Unito*, Sez. IV, 24.6.2003 n. 44277

⁷¹ Così ancora G. BENEDETTI, op. cit.

⁷² Cass. 19 giugno 2009, n. 14343 (est. D'Amico), in *Foro it. On-line*

Il ragionamento segue un percorso preciso. Si osserva anzitutto che l'ordinamento è oggi "un insieme di fonti eterogenee ma reciprocamente armonizzate...secondo un rigoroso rapporto gerarchico al cui vertice è la Costituzione che, in modo diretto o indiretto, assegna a ciascuna di esse la propria funzione normativa". Si precisa poi che in tale contesto hanno una funzione preminente "quelle norme che attengono ai valori inviolabili della persona umana ed il cui dettato non si esaurisce in formule meramente programmatiche, ma è dotato d'un valore precettivo che le rende direttamente applicabili anche ai rapporti intersoggettivi"⁷³. Si passa poi al contratto precisando che "l'autonomia negoziale non può essere disancorata dalla natura degli interessi sui quali una data disposizione è destinata ad incidere. E poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, attraverso l'analisi degli interessi si dovrà individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela".

Ricostruito il contesto normativo si può concludere con chiarezza che "il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale va individuato alla luce di molteplici supporti normativi, in ragione della natura degli interessi affidate alle singole esplicitazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili". Sicché "i fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro". Individuata la fonte doverosa è facile individuare poi gli strumenti di attuazione nel caso di specie: "i controlli di meritevolezza degli interessi e di liceità della causa devono essere condotti alla stregua dell'art. 2 della Costituzione che tutela i diritti inviolabili e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà".

La via è ampiamente tracciata per ulteriori sviluppi che non si fanno attendere.

Anzitutto per determinare, con una interpretazione costituzionalmente orientata, il contenuto del danno non patrimoniale come lesione di un bene giuridicamente protetto⁷⁴, l'ambito e il fondamento del consenso informato in caso di trattamento sani-

⁷³ v. già sul punto: Cass., 15 luglio 2005, n.15022; Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; Cass., 31 maggio 2003, n. 8827

⁷⁴ v. le sentenze indicate nella rassegna di M. MAURO, *L'incidenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Cassazione Civile: rassegna giurisprudenziale*, in *Persona e Mercato*, www.personaemercato.it, 4, 2011, p. 327; ed ivi il richiamo a Cass., 10 marzo 2010, n. 5770 e Cass., 13 luglio 2011, n. 15373.





tario⁷⁵, il danno da demansionamento di un medico ospedaliero,⁷⁶ ma incentrandosi poi sul ruolo che la Carta può avere nel delimitare l'interesse protetto e il rimedio in una serie di ipotesi attinenti alla tutela di stranieri, minori, anziani e disabili.⁷⁷

Se la giurisprudenza in tema di riavvicinamento del familiare straniero al minore bilancia gli interessi contrapposti con richiamo specifico agli articoli 7 e 24 della Carta europea⁷⁸ in tema di disabili e di anziani il richiamo agli art. 25 e 26 incide sulle tutele civilistiche in modo assai significativo.

Una prima sentenza decide sulla richiesta di ripetizione di un familiare delle spese anticipate per un disabile, seguito dai servizi sociali che si erano in precedenza accollati gli oneri di collocazione in una struttura dedicata. Il problema era di individuare la fonte del diritto alla restituzione e dell'obbligo del Comune che i giudici di merito avevano negato in mancanza di un atto amministrativo specifico. La Cassazione⁷⁹ ha precisato che l'obbligo a carico dell'Ente appare nella specie fondato perché può trarsi dal dovere costituzionale di solidarietà nonché dall'art. 26 della Carta di Nizza, al punto che tale diritto è tutelabile utilizzando l'art. 700 c.p.c.. A ciò si fa seguire che l'anticipazione delle spese integra il requisito dell'*utiliter coeptum* della *negotiorum gestio* prevista dall'art. 2028 c.c. e consente così la ripetizione delle somme.

La seconda sentenza è ancora più significativa.

La Corte⁸⁰ doveva pronunciarsi sulla validità di un contratto concluso fra una anziana affetta da una grave malattia terminale e una badante con cui si cedeva la nuda proprietà di un immobile come corrispettivo di un obbligo di assistenza. Il contratto è qualificato come atipico e il controllo degli interessi è condotto alla stregua dell'art. 25 della Carta intesa "come norma precettiva e non solo programmatica e orientativa per i giudici nazionali" la quale può determinare il giudizio di carenza o illiceità della causa come la delimitazione di un interesse meritevole ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Si può solo concludere che il contratto non si presta ad essere segmentato in linee divergenti ma tende sempre, di tempo in tempo, a chiudersi in un cerchio ove si esalta ancora la sua piena vitalità di strumento essenziale della privata autonomia con-

trollata nei fini, nei contegni e nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui.

⁷⁵ V. Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass., 28 luglio 2011, n. 16543; Cass., 30 marzo 2011, n. 7237; e altresì C. Cost. 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, I, c. 1328 ss.

⁷⁶ Cass., 2 febbraio 2010, n. 2352, in *Foro it.*, 2010, 4, I, c. 1145.

⁷⁷ v. ancora, M. MAURO, op. cit., p. 333

⁷⁸ v. Cass., 25 ottobre 2010, n. 21799, in *Giust. civ.*, 2011, 3.

⁷⁹ Cass., 6 agosto 2010, n. 18378, in *Giust. civ.*, 2011, 3, p. 680, commentata da M. MAURO, op. cit., p. 336

⁸⁰ Cass. 7 febbraio 2011, n. 2945, citata in M. MAURO, op. cit., p. 337.

NOTE CRITICHE IN TEMA DI SANABILITA' E RINUNZIABILITA' DELLE NULLITA' DI PROTEZIONE.

Di Giovanni Passagnoli

| 24

Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione (Giovanni Passagnoli)

SOMMARIO: 1. Il problema, anche alla luce delle pronunzie della Corte di Giustizia.- 2. La sanabilità.- 3. La rinunziabilità.- 4. La ragionevolezza sistematica della soluzione negativa.

1. Il problema, anche alla luce delle pronunzie della Corte di Giustizia.

Negli ultimi anni si è assistito ad un fiorire di pregevoli studi – che, a prescindere dalla condivisibilità di taluni esiti interpretativi, testimoniano della fecondità analitica del mutamento di prospettiva intervenuto nella materia a partire dagli anni novanta – riguardo alla sanabilità della nullità e in particolar modo di quelle *speciali* c.d. di protezione.

Vi sarebbero, secondo alcuni, ragioni sistematiche per revocare in dubbio, già con riferimento alla disciplina generale della nullità, il tradizionale assunto della insanabilità del contratto nullo: ciò in quanto la eccezionalità delle ipotesi di convalida della nullità sarebbe il frutto di una non giustificata lettura antiletterale dell'art. 1423 c.c.¹.

Gli argomenti a favore della sanabilità, si è osservato, diverrebbero ancor più pressanti per le nullità di protezione: queste ultime, proprio a cagione della loro strumentalità rispetto alla tutela dell'interesse particolare di un contraente, supporterebbero, in una marcata simmetria costruttiva con l'azione di annullamento², od anche nella prospettiva di una nullità sospesa ovvero di una efficacia so-

spesa del negozio nullo³, la sussistenza di un potere di convalida del contratto da parte del contraente protetto.

Si è così sostenuto – con particolare riferimento alle nullità regolate nell'art. 36 cod. cons. – che una volta ammesso che la trattativa individuale valga *ex ante* ad escludere la vessatorietà della clausola, sarebbe del tutto incongruo “denegare un (pari) valore validativo al contegno (successivo) del consumatore che sia espressione di una consapevole volontà sanante”⁴.

Proprio questa prospettiva, ad avviso di taluno, troverebbe conferme nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, nello scorso decennio, ha indubbiamente compiuto un percorso denso di implicazioni circa i presupposti di esercizio del potere di rilievo d'ufficio delle nullità di protezione di matrice comunitaria.

Così, da un lato, essa ha enunciata, con una nettezza fattasi via via crescente, l'obbligatorietà del rilievo d'ufficio della nullità da parte del Giudice, a garanzia della effettività della tutela del consumatore⁵. Dall'altro, in modo complementare, essa ha

¹ Nel senso che l'art. 1423 “prospetta sì una riserva di legge, ma non una riserva espressa” con la conseguenza che “la chiusa eccettuativa dell'art. 1423 – se la legge non dispone diversamente – si può benissimo spiegare come un'esplicita ammissione della convalidabilità ogni qual volta dal corpo della previsione risulti altrimenti”: così, S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 35.

² S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p.12 ss.; in tal senso già S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig.*, VIII, Torino, 1968, p. 1000.

³ G. D'AMICO, *Nullità virtuale-Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 1 ss., 22 e *ivi* nota 47. Nella medesima prospettiva v. anche: S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida*, in *Persona e mercato*, 2009, I, p. 28 ss.; S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931 ss.-

⁴ S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, a cura di G. Dalla Torre, Milano, 2010, vol. II, p. 1255.

⁵ Corte giust. Ce, 27 giugno 2000, C-240/98 - C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, in *Europa dir. priv.* 2000, p.1174; Corte giust. Ce, 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis SA*, in *Racc. p.* I-10875; Corte giust. Ce, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza*





circoscritto tale potere: il Giudice non può rilevare d'ufficio la nullità, se il consumatore, debitamente informato, vi si opponga⁶.

Prescindendo qui, per economia del discorso, dalle zone d'ombra lasciate da quelle pronunzie, che altri del resto ha già ben evidenziato⁷, la rilevanza del contegno processuale del consumatore, ai fini del consentire o meno il rilievo della invalidità da parte del Giudice, sarebbe così il segno di una riconosciuta convalidabilità della nullità⁸.

La portata di quelle pronunzie sembra tuttavia *insuscettibile di avvalorare un simile assunto in termini generali*; per più ragioni.

A ben vedere, anzitutto, La Corte non si esprime affatto circa il *riflesso sostanziale* sia del mancato esperimento dell'azione di nullità da parte del contraente legittimato, sia della "opposizione" da questi espressa al rilievo d'ufficio: resta cioè impregiudicata la possibilità che tale contegno assuma rilevanza esclusivamente processuale, senza produrre alcun effetto sanante della nullità, che potrebbe pertanto essere fatta valere in un diverso processo ed anche in via surrogatoria.

Inoltre, la Corte circoscrive all'interno del processo e sotto la supervisione giudiziale la rilevanza preclusiva della detta "opposizione". Essa quindi, manifestamente, presuppone la non significatività di altri e precedenti contegni esecutivi del contraente protetto, *visti più come effetto della asimmetria che come consapevole acquiescenza alla medesima*.

Infine, come è stato correttamente notato, nel diritto comunitario dei contratti coesistono più modelli di disciplina, nei quali il grado di irrinunciabilità dei diritti del consumatore risulta di differente intensità⁹; *sarebbe vano, così, ricercarne un prototipo*

unitario per trarne argomenti plausibilmente *generalizzabili*.

Senza rinunciare alla complessità positiva, conviene allora riconsiderare, sia pure sinteticamente, i profili salienti del dibattito dottrinale.

2. La sanabilità.

L'opinione tradizionale considera l'insanabilità un corollario della configurazione concettuale dell'istituto ed argomenta in tal senso muovendo da un duplice ordine di premesse.

Per un verso, l'insanabilità - assieme agli altri caratteri della nullità - sarebbe una implicazione necessaria dell'idea di nullità come *irrelevanza* stante la mancata integrazione della fattispecie o, detto altrimenti, dell'argomento metaforico che considera il contratto nullo come nato morto e perciò insuscettibile di alcuna convalescenza, non potendosi "*convalidare il nulla*", che non ha "*né forma né sostanza*"¹⁰.

Per altro verso, l'insanabilità si coniugherebbe con l'idea, anch'essa tradizionalmente presupposta, della natura dell'interesse protetto, cioè del fondamento sostanziale della nullità, che per la sua rilevanza pubblica renderebbe *necessaria* la reazione dell'ordinamento. La disciplina della azione di nullità sarebbe per ciò del tutto inderogabile ed *a priori* insensibile a sottostanti piani di interesse particolare; sottratta, in definitiva all'arbitrio delle parti, che non potrebbero in alcun modo disporne¹¹.

Così, in un prima prospettiva - quella della criticata costruzione tradizionale - la sanabilità del negozio nullo, anche ove eccezionalmente prevista, andrebbe riguardata come un deflettere inesplicabile della legge rispetto all'intrinseca razionalità della figura e del sistema¹².

Claro, in *Racc.* p. I-10421; Corte giust. Ce, 4 ottobre 2007, C-429/05, *Rampion*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, p. 202.

⁶ Corte giust. Ce, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon*, in *Foro it.* 2009, IV, 289; Corte giust. Ce, 17 dicembre 2009, C-227/08, *Martin Martin*, in *Dir. comun. e scambi internaz.*, 2010, 289.

⁷ Si pensi alle ipotesi di contumacia del contraente protetto, od al caso della parte interpellata ma silente: su cui, per tutti, S. MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *I contratti*, 2009, p. 1115 ss., 1122.

⁸ S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, cit., p. 1248 ss.

⁹ G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali "di protezione" nel diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, cit., p. 179 ss.- Così, osserva l'A., "Mentre non appare del tutto incompatibile con l'impianto e la ratio della direttiva 93/13 ipotizzare che la <non vincolatività> di una clausola, come può essere *a priori* esclusa dallo svolgimento di una trattativa individuale [...] così dovrebbe poter essere sanata *ex post*" (ivi, p. 201), diversamente dovrebbe opinarsi con riferimento alle direttive 85/577/Cee (tutela dei consumatori per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali), 97/7/Ce (contratti a distanza), 2002/65/Ce (commercializzazione a di-

stanza di servizi finanziari), 2008/48/Ce (contratti di credito), 2008/114/Ce (multiproprietà e vacanze di lungo termine), rispetto alle quali sarebbero precluse non solo le rinunce preventive "ma anche gli atti o i patti con i quali il consumatore, dopo esserne divenuto titolare in forza delle disposizioni (di attuazione) delle direttive, rinunci ai diritti che gli competono o comunque ne disponga" (ivi, pp. 198-199).

¹⁰ Così, in prospettiva critica, R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'acte juridiques*, Paris, 1909, p. 714; NEGRI, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione*, Napoli, 1981, p. 8 ss.-

¹¹ R. JAPIOT, *op. loc. cit.*

¹² Sono parole che parafrasano un pensiero non mio (anche per evidente incompatibilità col senso del mio già citato studio sulle *Nullità speciali*, Milano, 1995, senza l'articolo "Le" che vedo invece frequentemente anteposto nelle citazioni, il quale però tradisce, elidendo il voluto significato partitivo del titolo, il mio pensiero), come mi è invece capitato di leggere, ma di un classico ottocentesco: G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1885, p. 211 ss.

Diversamente, nella prospettiva costruttiva delle *nullità speciali*, quei presupposti teorici appaiono inadeguati a fondare siffatte conclusioni.

Anzitutto, in termini sistematici è del tutto illusoria la riduzione della nullità all'idea di irrilevanza per incompletezza della fattispecie. Del pari, è positivamente smentita la supposta unitarietà di fondamento sostanziale della figura: la nullità è disposta, già nel Codice e poi diffusamente nelle altre fonti, a tutela di una pluralità di gradati interessi, anche particolari, benché spesso seriali o di categoria. E tale substrato composito e graduato di interessi protetti è insuscettibile di riduzione allo schematismo che contrappone, con la consueta simmetria costruttiva, nullità ed annullabilità del negozio.

Il problema della sanabilità dell'atto nullo deve perciò trovare una soluzione *positiva e non pregiudiziale*, senza il fuorviante schermo di schemi teorici sovrapposti alla complessità dell'ordinamento.

La riflessione può muovere utilmente dalla constatazione positiva – che, oggi e qui, dopo aver costituito per decenni un tabù, più non necessita di particolare dimostrazione¹³ – della coesistenza di plurimi statuti della nullità, con la seguente duplice implicazione: a) la nullità, lungi dall'esaurirsi nella irrilevanza giuridica, va piuttosto considerata come una *disciplina* del contratto, positivamente correlata nei suoi contenuti alla differente *ratio* cui essa volta a volta sottende; b) a fianco della disciplina generale, le varie discipline di settore assumono sovente, per la omogeneità delle loro *rationes*, natura *speciale*, quindi non eccezionale, aprendo la strada alla interpretazione analogica.

In questa prospettiva - con una ambivalenza che ho già a suo tempo evidenziata, ma che merita di essere riponderata nel dibattito attuale anche alla luce degli sviluppi dell'ordinamento - si possono svolgere, senza pregiudiziali razionalistiche, due argomentazioni: la prima a favore di una generale sanabilità della nullità di protezione; la seconda, e come vedremo per me preferibile, in senso contrario.

Vediamo anzitutto gli argomenti a favore.

L'antitesi che, dai più, si vorrebbe istituire tra nullità ed annullabilità, riguardo alla disponibilità dell'interesse protetto¹⁴ non convince appieno.

¹³ Per tale dimostrazione, in un quadro positivo allora del tutto *in fieri*, mi permetto di rinviare ancora al mio *Nullità speciali*, cit., *passim*.

¹⁴ Per limitare le citazioni a qualche classico contributo, cfr.: F. MESSINEO, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 470; TOMMASINI, *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 899; P. TRIMARCHI, *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 201 ss.; SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 332; M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973, p.127.

La disponibilità dell'interesse, secondo quanto comunemente si ritiene, mancherebbe affatto nel primo caso e connoterebbe, invece, la seconda figura di invalidità, in aderenza alla natura pubblica o privata dell'interesse che ne costituirebbe il rispettivo, contrapposto fondamento.

Ma quello schema ha da tempo mostrato la propria fragilità; per più ragioni. Dalla configurabilità nel sistema di ipotesi di nullità per contrarietà del contratto a norme imperative connotate da una inderogabilità solo relativa, sino alla constatazione dell'evidente indisponibilità preventiva della composizione di interessi realizzata con la disciplina dell'atto annullabile: innanzi al sorgere del potere di impugnativa, è preclusa ogni valida rinunzia all'esercizio dello stesso.

Sotto questo aspetto, il discorso parrebbe suscettibile di ulteriori sviluppi. Potrebbe osservarsi, così, che la convalidabilità dell'atto annullabile non costituisca un'implicazione necessaria di tale specie di invalidità, giacché si scorgono nel sistema evidenti ipotesi di annullabilità insanabile. Si pensi, da un lato, alla inammissibilità della convalida nei casi di annullabilità assoluta¹⁵; o si pensi, anche per quella relativa, ai limiti che incontra la concreta sanabilità del contratto annullabile, pur in presenza di fattispecie di annullabilità astrattamente sanabile. Dispone, infatti, il comma terzo dell'art. 1444 che la convalida "non ha effetto se chi l'esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto"; quindi ove non sia "cessata la violenza", non sia "scoperto l'errore o il dolo", non risulti "cessato lo stato d'interdizione o d'inabilitazione".

In simili ipotesi la concreta convalidabilità, seppur supponga - come condizione necessaria - la relatività della legittimazione all'azione, e così una peculiare strumentalità di questa alla tutela principale dell'interesse negoziale di una parte, di tale relatività non costituisce una implicazione necessaria, costante, poiché appare connessa in modo determinante anche al perdurare, o meno, della causa di invalidità.

La violenza o l'incapacità legale perduranti, l'errore od il dolo occulti, in questa prospettiva, da-

¹⁵ G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato*, Napoli, 1973, p. 144 ss., che esattamente discorre di convalida "inconcepibile" e non solo "irrealizzabile" in "linea di fatto" per la difficoltà pratica di individuare i soggetti legittimati (in tal senso, invece, per tutti, L. CARIOTA FERRARA, *Annullabilità assoluta e nullità relativa*, in *Foro it.* 1939, IV, c. 50 ss.): inammissibilità che discende dalla circostanza che i soggetti legittimati ad impugnare l'atto sono invece sforniti del potere di convalida, il che, mentre consente la rinuncia alla azione di annullamento, esclude ogni forma di convalida, anche soggettivamente parziale (su cui v., invece, G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 179 ss., in specie p. 193).



rebbero luogo ad altrettante ipotesi di annullabilità relativa e tuttavia, *sinché permanga l'esigenza di protezione dell'interesse volta a volta posto a fondamento della tutela, insuscettibile di valida sanatoria*.

Potrebbe osservarsi, allora, svolgendo ulteriormente il filo di un simile ragionamento, che la convalidabilità del negozio annullabile non ne costituisca un tratto costante, necessario, di disciplina; e sia piuttosto correlata, in astratto, alla natura particolare dell'interesse protetto e, nei suoi concreti presupposti, al venir meno della esigenza di indisponibile salvaguardia del medesimo.

Per tale via, si potrebbe porre, sul piano sistematico, la questione se tale duplice correlazione, in punto di disponibilità successiva della invalidità del negozio, costituisca un connotato peculiare della sola annullabilità relativa, oppure se, per così dire, intersechi la materia delle invalidità, con un possibile riscontro positivo anche in tema di nullità relativa¹⁶.

Un tale rilievo, del resto, non è nuovo. Già una attenta dottrina dell'inizio del secolo scorso osservava che "*Toute nullité . . . est donc à l'origine insusceptible de confirmation*", anche ove sia disposta a salvaguardia di un interesse particolare. "*Toute nullité*", si aggiungeva, con riferimento all'art. 6 del *Code Napoléon* ed alla terminologia, allora in uso tra gli interpreti francesi, "*est d'ordre public*". E tuttavia, tale insuscettibilità di convalida, tale rilievo "*d'ordre public*" della nullità non costituisce, si osservava, un connotato immutabile della figura, cui sarebbe ascrivibile solo "*pendant la période ed dans la mesure où l'exigera le but de la nullité*"¹⁷.

Così, ove fosse possibile condividere questi argomenti, dovrebbe coerentemente suppersi la convalidabilità dell'atto nullo, al di fuori di ogni presupposta eccezionalità dell'inciso finale dell'art. 1423 c.c., tutte le volte in cui il permanere dell'indisponibilità della tutela non soddisfi alcuna perdurante esigenza di salvaguardia dell'interesse cui essa è in principio preordinata. Ciò evidentemente assumerebbe immediato rilievo applicativo proprio nelle *nullità speciali* disposte a diretta e pe-

culiare protezione dell'interesse di uno dei contraenti.

Il discorso, per chi ami le geometrie costruttive, potrebbe finire qui, istituendo in definitiva una equazione tra specialità - e graduabilità - di disciplina delle nullità di protezione, generalizzando la convalidabilità delle stesse, con le varianti tecniche costruttive ricordate al paragrafo iniziale.

Tuttavia - e così veniamo agli argomenti contrari - questa prospettiva, nella sua apparente coerenza, non convince appieno¹⁸.

Anzitutto, in quel modo di ragionare verrebbero accomunati profili tra loro incoerenti, quali, da un lato, l'inconfigurabilità *in astratto* della convalida per i negozi assolutamente annullabili e, dall'altro, l'invalidità *in concreto* della convalida, ove - pur essendo l'annullabilità relativa, e quindi la sanatoria ammissibile - perduri la causa perturbatrice del consenso o l'incapacità del soggetto.

Va considerato, poi, che la convalida suppone l'attribuzione al soggetto, ad essa legittimato, di un diritto potestativo, il cui esercizio sia idoneo ad incidere, *in modo reale e retroattivo, sulla posizione dei terzi interessati*. Proprio ciò, come subito si scorge, introduce nella ponderazione di interessi - cui indubbiamente va soggetta la declinazione positiva di disciplina di ciascuna ipotesi di nullità - un elemento di maggiore complessità del discorso, difficilmente riducibile all'idea di una piena disponibilità della tutela per il contraente protetto.

Vero è che sul piano sistematico, l'idea della eccezionalità delle norme che consentono la convalida, trova quindi un fondamento sostanziale che va ben oltre l'ambigua lettera dell'art. 1423, ben potendosi - e in linea di principio dovendosi - ritenere soccombente l'interesse della parte *direttamente* protetta dalla nullità relativa, rispetto a quello dei terzi alla "*Klarheit und Sicherheit*" nei rapporti giuridici.

Né, sul punto, potrebbero trarsi argomenti in contrario dalla disciplina della conferma e sanatoria delle disposizioni testamentarie e donazioni nulle, nelle quali è assai arduo scorgere una efficacia propriamente sanante - che all'evidenza neppure sussiste nelle pur cospicue ipotesi del contratto di lavoro o di società nulli, a norma degli artt. 2126 e 2332 Cod. civ.¹⁹ -.

¹⁶ Affronta il problema W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, II, Berlin, 1985, pp. 550-551, che, seppur ritenga niente affatto "*selbstverstaendlich*" la regola classica *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (D. 50, 17, 29), ed in particolare consideri errato il presupposto dogmatico della inesistenza del negozio nullo, riconosce esser tale regola recepita positivamente ed assolvere ad una funzione di "*Klarheit und Sicherheit*" nei rapporti giuridici (*ivi*, p. 551). Di diverso avviso, S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, cit. p. 1000, che correla decisamente relatività e sanabilità della nullità, considerando la insanabilità alla stregua di un "conseguenza normale, neppure necessaria, del carattere della assolutezza" che nella maggior parte dei casi si accompagna a tale figura di invalidità.

¹⁷ Così, R. JAPIOT, *op.cit.*, p. 749.

¹⁸ Anche la dottrina più propensa a fondare in modo articolato la recuperabilità del negozio è, in effetti, forzata ad ammettere che "il negozio puramente confermativo è nel diritto italiano un'eccezione", seppur si tratti, rispetto ai "sistemi francese e tedesco" di un "atteggiamento isolato": così R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1993, p. 901.

¹⁹ Infatti, a prescindere dalle difficoltà cui dà luogo la individuazione dei soggetti legittimati alla conferma, rispettivamente negli artt. 590 e 799, e la diversa ampiezza della legittimazione a confermare rispetto a quella alla azione di nullità (su cui, per



Né, ancora, depongono a favore di un generale potere di convalida le pur cospicue discipline dettate in materia urbanistica²⁰, le quali, al più, evidenziano una *circostritta logica di settore*, suscettibile quindi di qualificazione in termini di *specialità* soltanto nei casi in cui possa farsi questione “del sistema urbanistico e della qualità delle costruzioni in

tutti, FERRI G.B., *Il c.d. recupero del negozio giuridico invalido*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, p. 45; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, pag. 243), è decisiva la considerazione che la sanatoria del testamento o della donazione, diversamente dalla convalida, “determina” l’efficacia del negozio, con una retroattività solo relativa e quindi inidonea a pregiudicare la posizione dei terzi (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, cit. p.249). Del resto, tanto a riconoscere carattere sanante, in quei limiti, alla conferma (G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, cit., p. 57 ss.) quanto a scorgervi una rinunzia (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 493 ss.) o la perdita *ex lege* (FERRI G.B., *op. cit.*, p. 45) della azione di nullità, sia col riconnettervi il solo effetto di far sorgere, in capo al confermato, una situazione strumentale e non sostantiva (G. FILANTI, *op. cit.*, p. 273), sia infine ad ipotizzare, tramite una duplice attribuzione, la autonomia del negozio di conferma rispetto a quello confermato (F. GAZZONI, *L’attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 144 ss.), si perviene in ogni caso a porre un limite soggettivo alla efficacia della conferma: la si reputa, quindi, inidonea a pregiudicare l’altrui azione di nullità.

Alcuno, peraltro, ferma la impossibilità per il confermante di far valere la nullità, ipotizza una legittimazione congiuntiva alla conferma ed attribuisce alla eventuale dichiarazione di nullità, ad istanza del non confermante, efficacia *erga omnes*, ivi compresi quanti abbiano innanzi confermato l’atto nullo (in tal senso, sia pur traendo spunto da una ipotesi di annullabilità assoluta del testamento, L. PUCCINI, *Note in tema di legittimazione congiuntiva*, in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 2251; nonché, per la sola conferma testamentaria, Cass., 11 agosto 1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, I, c. 435; e per la sola donazione confermata, FERRI G.B., *op. cit.*, p. 46 ss.). Per l’opposta soluzione vedi invece, Cass., 15 gennaio 1965 n. 77, in *Foro it.*, 1965, I, c. 451, in tema di donazione; nonché, limitatamente alla conferma testamentaria, lo stesso FERRI G.B., *op. loc. cit.*, secondo cui, in caso di dichiarazione di nullità, resterebbe salvo l’effetto della conferma riguardo alla quota ereditaria del confermante).

Altri, invece, in linea col carattere dichiarativo comunemente attribuito alla sentenza in punto di nullità, con la disciplina processuale del litis consorzio e quella dei limiti soggettivi del giudicato, mostra maggior propensione a far salvi, comunque, gli effetti della conferma nei limiti della quota del confermante (R. CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985, p. 180; e, limitatamente alle disposizioni testamentarie, FERRI G.B., *op. loc. cit.*; in senso contrario, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 252, nt. 57, che, coerentemente al carattere solo strumentale e non sostantivo riconosciuto agli effetti della conferma, ritiene la anzidetta soluzione inammissibile, poiché lesiva della vocazione di colui che segue il confermante nell’ordine dei successibili *ex lege*).

²⁰ C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, p. 74 ss., 98; NEGRI, *Prime osservazioni sulla nullità di cui alla legge n. 47 del 28 febbraio 1985*, in *Resp. civ. prev.*, 1985, p. 167 ss.; G. MARICONDA, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: le nullità relative ai terreni*, in *Corr. giur.*, 1987, p. 751 ss.; A. CATAUDELLA, *Nullità “formali” e nullità “sostanziali” nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 487 ss.-

esso realizzate vietando la circolazione di fabbricati che non siano conformi a standard minimi ritenuti rilevanti a tal fine²¹.

Resta, infine, l’argomento che, per quanto appaia di intuitiva linearità, si rivela in realtà il più fragile.

Come ho già ricordato - con particolare riguardo alla nullità di protezione delle clausole vessatorie - si è tentato di giustificare la convalidabilità a posteriori proprio in considerazione della possibilità di precludere *ex ante* la vessatori età tramite la negoziazione individuale: segno, si è detto, della disponibilità degli interessi in giuoco.

L’argomento tuttavia pecca di generalizzazione e perciò perde di plausibilità: le ipotesi contemplate dal comma secondo dell’art. 36 cod. cons. non si prestano infatti ad una tale ricostruzione, giacché in tal caso le clausole vessatorie, testualmente, sono nulle “*quantunque oggetto di trattativa*”.

3. La rinunziabilità.

Neppure con tali considerazioni, tuttavia, la questione può dirsi convenientemente esaurita.

In effetti, altro è la suscettibilità o meno di sanatoria, altro - al di fuori dei tratti di disciplina che di quest’ultima caratterizzano il peculiare rilievo per i terzi - la disponibilità negoziale, per il soggetto legittimato ad esperirla, dell’azione di nullità.

Al riguardo le soluzioni prospettabili parrebbero, in una prima approssimazione, maggiormente articolate, sul rilievo, anzitutto, che non sussista un nesso di correlazione necessaria tra insanabilità dell’atto ed indisponibilità successiva della azione, come mostra, secondo quanto correttamente si reputa, la fattispecie dell’annullabilità assoluta del negozio che, pure non suscettibile di convalida, lo è invece di rinunzia²².

Oltre a ciò, come ho già osservato, la disponibilità di talune tutele, ancorché preclusa in sede di regolamento negoziale, è ampiamente ammessa *a posteriori*, come confermerebbe - ma, come vedremo, si tratta di una lettura semplificante - anche e proprio con riferimento alla nullità del negozio, la possibilità di disporre in via transattiva, purché la causa di nullità non risieda nell’illiceità dell’atto (art. 1972 c.c.).

In questa prospettiva, la correlazione tra la transigibilità - e così la disponibilità della materia (arg.

²¹ M. NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, vol. II, p. 233 ss., 251: la specialità della disciplina apre, secondo l’A., un varco alla analogia, ma, ben inteso, all’interno delle sole regole del settore urbanistico, difettando altrimenti il presupposto della identità di *ratio*.

²² In tal senso v., ancora, G. PIAZZA, *La convalida*, cit. p. 145.

ex art. 1966, secondo comma) - e la natura, proibitiva o precettiva, della norma violata, sembrerebbe deporre, in prima lettura, a favore della disponibilità della tutela. Talché, a voler considerare la transazione su titolo nullo alla stregua di una “*convalida convenzionale a titolo oneroso*”²³, od, ancor più, a scorgervi due negozi unilaterali reciprocamente condizionati di rinunzia e riconoscimento²⁴, la strada della analogia parrebbe segnata: nel senso, cioè, di ipotizzare, se non la sanabilità, quanto meno una generale disponibilità, mediante rinunzia²⁵, della azione di nullità, laddove il negozio sia semplicemente *illegale* e non *illicito*.

Ciò *a fortiori* dovrebbe finirsi con l’ammettere nelle ipotesi in cui la norma precettiva violata assolva ad una funzione solo protettiva di interessi particolari, la cui tutela, mercé l’azione di nullità, potrebbe formare oggetto, in aderenza alla *ratio* normativa, di valida rinunzia da parte del soggetto legittimato.

A ben vedere, ancora una volta, l’argomento prova troppo.

Il limite alla disponibilità successiva della azione di nullità è fissato proprio, se la si intenda rettamente, dalla disciplina della transazione: al cui riguardo sono stati formulati rilievi decisivi, che inducono a circoscrivere alla sola transazione *novativa* l’ambito di applicazione dell’art. 1972 e, così, a fondare sulle peculiarità di questa quel particolare trattamento della nullità del titolo.

La transazione *novativa* viene, in effetti, a regolare in modo esclusivo la situazione giuridica, “*assorbendo la fonte preesistente*”²⁶, della quale realizza una vera e propria rinnovazione²⁷; valida, in quanto più non rilevi la causa di nullità del titolo, come ben dimostra il limite posto alla transigibilità dal comma primo dell’art.1972.

Non si tratta, allora, di una novazione del rapporto obbligatorio inesistente, in deroga al disposto dell’art.1234 primo comma; né si tratta di una rinunzia all’azione di nullità, *per la evidente inidonei-*

*tà di quest’ultima a costituire di per sé una nuova fonte negoziale del rapporto; né, a maggior ragione, vi è un atto che possa dirsi tecnicamente sanante, per la retroattività “meramente relativa” che le parti potrebbero, al più, attribuirgli*²⁸.

Viceversa, nella transazione non *novativa*, la “*situazione preesistente non è interamente dedotta in lite e, quindi, non è interamente sostituita, ma integrata da quella creata con la transazione*”²⁹.

Si compie, in tal caso, una semplice “*integrazione*” dei comandi posti dalle due fonti e la transazione assume carattere complementare rispetto all’atto presupposto: e così essa *sta e cade* in ragione della validità di quest’ultimo, senza che assuma rilievo alcuno la disposizione dell’art. 1972.

Tanto basterebbe per escludere che la disciplina in oggetto possa porsi a fondamento di una generalizzabile rinunziabilità alla azione di nullità. E tuttavia, anche a voler prescindere dalle peculiarità della transazione *novativa*, ed a reputare più vasto l’ambito di applicazione dell’art. 1972³⁰, sarebbe pur sempre da dimostrare che il risultato cui le parti possono pervenire adottando lo schema causale della transazione si giustifichi anche a prescindere dall’impiego di tale strumento negoziale.

Può agevolmente osservarsi, in senso contrario, che la ampiezza di contenuti dei quali quest’ultimo è suscettibile trova il proprio presupposto nella causa *transattiva*, nella idoneità quindi a dar composizione alla lite, mediante le reciproche concessioni: “*mutuo sacrificio*” che, mentre giustifica l’efficacia della figura, ne postula al tempo stesso la “*contrattualità*”³¹.

Anche sotto tale profilo, sarebbe pertanto arbitrario scorgervi il presupposto di un argomento analogico che volesse giustificare un generale, isolato, potere di rinunzia all’azione di nullità, se non nel senso, *tutto processuale e circoscritto*, di una rinunzia a farla valere “nel processo, *in quel processo* [corsivo mio]”³², ben inteso ove la nullità sia relativa.

²³ Così, sia pure in tema di transazione riguardo all’atto rescindibile, R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 909.

²⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?* In *Riv. Dir. Proc.*, 1953, I p. 187 ss.; ma in contrario vedi R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell’obbligazione*, estratto dagli *Annali dell’Università di Messina*, VII, 1934-35, p. 54 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 68, 89 ss..

²⁵ Sembrano propendere per la rinunziabilità alla azione di nullità relativa, A. BONFILIO-G. MARICONDA, *Il recupero del contratto nullo, ne I contratti in generale*, dir. da Alpa e Bessone, cit. p. 517 ss., 529.

²⁶ Così, F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 164.

²⁷ Per il cui inquadramento vedi, F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 34 ss.; N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 1 ss..

²⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 83 ss., 165 e, *ivi*, nota 45; la rinunzia infatti è atto “essenzialmente *abdicatorio*”, che non ha “altra conseguenza che l’estinzione del rapporto” (così, sempre F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 218; nello stesso senso, G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1291 ss., in specie p. 1316).

²⁹ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., pp. 79-80, 164-165.

³⁰ In tal senso vedi, per tutti, M. GIORGIANNI, *In tema di transazione su “titolo” nullo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, p. 441; di recente, S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., pp. 92-94.

³¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 68, 91 ss..

³² S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 186.



4. La ragionevolezza sistematica della soluzione negativa.

Del resto, anche e proprio sul piano del fondamento normativo si giustifica la diversa disciplina della nullità relativa rispetto alle ipotesi di annullabilità parimenti relativa.

Solo nella prima, come altrove ho illustrato, vi è - quale presupposto della tutela - una situazione di *squilibrio strutturale*, non occasionale o patologico, tra i contraenti. Sicché si comprende il diverso atteggiarsi della disciplina che, mentre realizza l'immediata protezione del soggetto, attua, in pari tempo, quella di un interesse che non può dirsi *esclusivo* di quest'ultimo ed anzi postula un concorrente interesse di *categoria* all'effettività della tutela, che sarebbe pregiudicato tanto dalla sanabilità della nullità che dalla rinunziabilità della rispettiva azione.

Può escludersi allora, conclusivamente, che, sul piano sistematico, la relatività della legittimazione all'azione di nullità ne implichi - almeno in termini generali e quindi fatta salva ogni possibile ma, almeno allo stato, eccezionale deroga per gli affetti dell'art. 1423 - la sanabilità o rinunziabilità.

E può dirsi in particolare - per tornare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia - che l'*opposizione* al rilievo d'ufficio, *non impedirà al contraente protetto di far valere successivamente, in via d'azione o d'eccezione, la nullità; né impedirà che ciò possa avvenire in via surrogatoria da parte dei creditori*: ipotesi l'una e l'altra che sarebbero invece da escludere in caso di sanatoria della nullità o di rinunzia, con effetti sostanziali, all'azione.

E' peraltro evidente che in tutti i casi di mancato esercizio dell'azione di nullità - per quanto essa resti intatta, come impregiudicata resta in ogni tempo la *eccezione* di nullità - si produrranno frattanto gli *effetti acquisitivi del possesso di buona fede e della usucapione*, nonché quelli *estintivi connessi alla prescrizione sia dell'azione di ripetizione sia di quella per il risarcimento del danno ai sensi dell'art.1338 c.c.*-

Né in ciò - per chi non si senta astretto da una sorta di geometria razionale e sia disposto a considerare la pluralità di valutazioni giuridiche del fatto come un momento di ricchezza del sistema per la realizzazione della funzione pratica del diritto - può scorgersi una intollerabile incoerenza.

L'ordinamento, in tal modo, realizza - rispetto agli schemi della annullabilità - una articolazione e quindi una gradazione di disciplina delle *nullità speciali* in rapporto alla peculiarità degli interessi regolati, ad un tempo particolari e generali nei sensi illustrati.

Si imprime, così, alla tutela di questi ultimi un *più elevato grado di effettività*, nella misura in cui il rischio di una perdurante incertezza sulla validità del contratto viene a costituire, come a me pare, un efficace deterrente per la controparte non legittimata all'azione.

Esito, quest'ultimo, che appare tanto più desiderabile e sistematicamente coerente nel perenne svolgersi dell'ordine pubblico economico, che evidentemente reclama, nella gravità dell'ora presente, una più intensa e diffusa *responsabilità sociale dell'impresa*.

| 30



TUTELA DEL CONSUMATORE NEL CONTRATTO DI MULTIPROPRIETÀ E NULLITÀ.

Di Antonio Gorgoni

SOMMARIO: 1. Attuazione della direttiva 2008/122/CE in tema di multiproprietà, vacanze a lungo termine, rivendita e scambio. - 2. I diritti dell'acquirente. - 3. Formulario informativo e conclusione del contratto. - 4. Nullità delle rinunce e tutela in caso di preliminare del preliminare. - 5. La garanzia fideiussoria. - 6. Il diritto di recesso nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e nella multiproprietà. - 7. Il problema della disciplina delle nullità di protezione. - 8 (Segue). Diversità delle nullità di protezione e necessità di distinguere.

1. Attuazione della direttiva 2008/122/CE in tema di multiproprietà, vacanze a lungo termine, rivendita e scambio.

La multiproprietà soddisfa l'esigenza dell'acquirente di godere di un bene immobile, con una cadenza annuale per un periodo non inferiore a una settimana e tendenzialmente in perpetuo (c.d. diritto di godimento turnario). L'acquirente realizza una forma di investimento immobiliare che bilancia il costo dell'operazione con l'effettivo utilizzo del bene.

Il costituente, da parte sua, attraverso il frazionamento del diritto sul bene in più unità di tempo, "attua una strategia imprenditoriale che adegua l'offerta alla domanda e, soprattutto, massimizza i ricavi connessi allo sfruttamento dell'immobile, che sono senza dubbio maggiori di quelli conseguibili con la vendita della proprietà"¹.

¹MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 455-456, afferma che "nella c.d. multiproprietà immobiliare l'interessato acquista dalla società promotrice, proprietaria dell'immobile, una quota parte della proprietà indivisa dell'unità abitativa, situata in un complesso residenziale, ottenendo la facoltà di godere dell'immobile in modo esclusivo ma per periodi di tempo limitati, secondo una turnazione che porta i c.d. multiproprietari ad alternarsi nel godimento della medesima frazione immobiliare. La multiproprietà ha, pertanto, la struttura del diritto reale, presentandone i caratteri della perpetuità, dell'inerenza alla cosa e dell'opponibilità: il titolare inol-

La normativa sulla multiproprietà è stata oggetto di un'ampia revisione in attuazione della direttiva 2008/122/CE², adottata in sostituzione della direttiva 94/47/CE. Quest'ulteriore intervento normativo da parte dell'Unione europea è stato sollecitato dallo sviluppo del settore della multiproprietà e dalla comparsa di nuovi prodotti per le vacanze. La diret-

tre acquista contestualmente una quota di condominio delle parti comuni proporzionale ai millesimi della propria unità abitativa".

² La direttiva 2008/122/CE *Relativa ai contratti di multiproprietà - contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine - contratti di rivendita e di scambio*, preso atto che nuovi prodotti per le vacanze di tipo analogo alla multiproprietà sono utilizzati nel mercato, ha regolato, oltre alla multiproprietà appunto anche il seguenti contratti: 1) contratto relativo a un prodotto per le vacanze di lungo termine, di durata superiore a un anno, con cui "un consumatore acquisisce a titolo oneroso essenzialmente il diritto di ottenere sconti o altri vantaggi relativamente ad un alloggio, separatamente o unitamente al viaggio o ad altri servizi"; 2) il contratto di rivendita con il quale "un operatore assiste a titolo oneroso un consumatore nella vendita o nell'acquisto di una multiproprietà o di un prodotto per le vacanze di lungo termine"; 3) il contratto di scambio con cui "un consumatore partecipa a titolo oneroso a un sistema di scambio che gli consente l'accesso all'alloggio per il pernottamento o ad altri servizi in cambio della concessione ad altri dell'accesso temporaneo ai vantaggi che risultano dai diritti derivanti dal suo contratto di multiproprietà"; 4) il contratto accessorio col quale "il consumatore acquista servizi connessi a un contratto di multiproprietà o a un contratto relativo a un prodotto per le vacanze di lungo termine e forniti dall'operatore o da un terzo sulla base di un accordo tra il terzo e l'operatore".



tiva più recente ha inteso “incoraggiare la crescita e la produttività delle industrie della multiproprietà e dei prodotti per le vacanze di lungo termine mediante l’adozione di talune norme comuni” (considerando 2 dir. 2008/122/CE).

L’art. 2 del d. lgs n. 79/2011 (codice del turismo)³, in attuazione della direttiva 2008/122/CE, ha sostituito interamente il capo I del titolo IV del codice del consumo. Il nuovo capo I reca una diversa denominazione rispetto a quella precedente ed esattamente: “Contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio”. Esso è composto dagli artt. da 69 a 81-*bis*.

La direttiva 2008/122CE ha riformulato la precedente direttiva 94/47/CE, ponendosi l’obiettivo di “rafforzare la certezza del diritto e consentire ai consumatori e alle imprese di godere pienamente dei vantaggi del mercato interno”. Obiettivo da realizzare attraverso un ulteriore avvicinamento delle leggi degli Stati membri”, ai quali “non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre nelle normative nazionali disposizioni diverse da quelle previste dalla presente direttiva” (considerando 3 ma anche considerando 11 sul recesso).

Tutto questo all’esito di una precisa “scelta programmatica di non affrontare i nodi concettuali”⁴ più spinosi della multiproprietà, riguardanti specialmente la natura giuridica del diritto oggetto del contratto e le facoltà spettanti al multiproprietario. Anzi dalla nuova definizione di multiproprietà è stato soppresso il riferimento al diritto reale, contenuto nella direttiva 94/47/CE e nel vecchio testo dell’art. 69 let. a) cod. cons.

Il più recente intervento normativo si è, invece, concentrato - come è stato rilevato in dottrina⁵ - su quegli “snodi idonei ad alterare il gioco della concorrenza e ad accrescere l’asimmetria di potere contrattuale ossia a esporre a pregiudizio gli interessi dei consumatori e ad offrire occasioni di approfittamento ai professionisti”.

Tra questi obblighi sono stati oggetto di una regolazione più accurata le informazioni sugli elementi più significativi del contratto e le modalità di trasmissione delle stesse, il recesso e la risoluzione dei contratti accessori, il divieto di anticipi di pagamento prima della scadenza del termine di recesso e la garanzia prevista qualora operatore sia una

società o oggetto del contratto sia una multiproprietà in corso di costruzione. Senza trascurare i casi piuttosto frequenti in cui le parti abbiano scelto una legislazione diversa da quella italiana⁶, oppure qualora sia applicabile la legge di un paese extracomunitario (art. 78 coo. 3 e 4 cod. cons.). Con riferimento ai quali sono state dettate regole a tutela dell’acquirente-consumatore.

Dal confronto con la direttiva più risalente, emerge come la nuova abbia rafforzato la tutela del consumatore. In ragione non solo della riformulazione, in certi casi, dei predetti obblighi e divieti e dell’introduzione di nuove prescrizioni, ma anche dell’eliminazione dalla definizione di multiproprietà di ogni riferimento alla realtà del diritto [art. 1 let. b) dir. e art. 69 let. a cod. cons.].⁷

Si deve però riconoscere che talune critiche rivolte dalla dottrina alla precedente disciplina - prima contenuta nel d. lgs. n. 427/1998 poi trasfusa nel codice del consumo - possono essere indirizzate anche ad alcune nuove disposizioni. Quali, ad esempio, quella sulla fideiussione, rimasta sostanzialmente invariata⁸.

⁶ Esiste il rischio di privare il consumatore della tutela concessa dalla direttiva 2008/122/CE, scegliendo il diritto di un paese terzo come diritto applicabile al contratto. In questo caso resta applicabile la tutela garantita dal codice del consumo.

⁷ Il nuovo art. 69 let. a) cod. cons., rispetto al previgente, abbandona, come si diceva, nella definizione del contratto di multiproprietà il richiamo alla categoria del diritto reale. Si statuisce che il contratto di multiproprietà è “un contratto di durata superiore a un anno tramite il quale un consumatore acquisisce a titolo oneroso il diritto di godimento su uno o più alloggi per il pernottamento per più di un periodo di occupazione”. L’accento posto sul diritto di godimento comporta l’applicabilità della disciplina della multiproprietà anche qualora il contratto non abbia ad oggetto la ripartizione di un diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento, purché, naturalmente, sussistano gli elementi previsti dall’art. 69 let. a). Le parti possono predisporre figure particolari cui si applica però la disciplina della multiproprietà. Sulla natura giuridica della multiproprietà si è pronunciata Cass., 16 marzo 2010, n. 6352, in *Contratti*, 2010, 6, p. 596 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 10, 1070, con nota di CANALI, *Nullità del preliminare di multiproprietà senza l’indicazione in millesimi della quotadi comproprietà dell’unità immobiliare*, la quale ha altresì affermato che “il preliminare avente ad oggetto una quota di multiproprietà deve recare l’indicazione della quota nella sua effettiva misura o, comunque, i criteri per la sua determinazione millesimale, incidendo tali elementi sulla determinatezza o determinabilità dell’oggetto del contratto ai sensi dell’art. 1346 cod. civ., e non risultando quindi sufficiente l’indicazione del solo periodo di godimento dell’immobile riservato al promissario acquirente”.

⁸ DI CIOMMO, *Multiproprietà: l’attuazione italiana della direttiva a tutela dell’acquirente*, in *Foro it.*, 1999, c. 38., 45; MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D. lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2006, 110-111 e ivi ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall’angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, 122.

³ D. lgs. 23.5.2011, n. 79, “Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell’articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio”, in *supp. ord. n. 139 alla Gazzetta Ufficiale* 6 giugno 2011 n. 129.

⁴ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 457.

⁵ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 457.



In queste pagine ci soffermeremo sulla tutela dell'acquirente, svolgendo subito una considerazione preliminare. La direttiva 2008/122/CE, come anche in altre occasioni di tutela del consumatore, ha rafforzato i diritti di quest'ultimo attraverso l'attribuzione del carattere imperativo delle norme che li prevedono. L'art. 12 dir. stabilisce infatti che "Gli Stati membri garantiscono che, ove la legge applicabile al contratto sia quella di uno Stato membro, i consumatori non possano rinunciare ai diritti conferiti loro dalla presente direttiva" (cfr. anche considerando 17).

Di conseguenza il legislatore italiano ha ribadito nel nuovo art. 78 cod. cons., al comma 1, quanto già affermato nel precedente art. 78 cod. cons. che consisteva di un unico comma. Ed esattamente che "sono nulle le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti dal presente capo o di limitazione delle responsabilità previste a carico dell'operatore"⁹. Questa disposizione tutela fortemente il consumatore vietando anche la limitazione della responsabilità dell'operatore.

Proprio sui diritti e sulle ipotesi di responsabilità dell'operatore dovremo soffermarci, al fine di predicare la nullità sia delle clausole di rinuncia ai primi sia delle clausole che integrano le seconde.

Vi è poi un altro problema che nasce dalla possibile convivenza di più rimedi in caso di inosservanza delle disposizioni della direttiva. Con riguardo ad esempio all'inadempimento dell'obbligo dell'operatore di fornire al consumatore, prima della conclusione del contratto, una serie di informazioni (art. 71 cod. cons.), non è chiaro se il recesso sia l'unica tutela o se il consumatore possa ricorrere ad altri rimedi quali la nullità per violazione di norma imperativa o l'annullamento in caso di dolo. Del resto l'art. 81-bis cod. cons. fa salvi sia i diritti attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento, sia le disposizioni del codice civile per quanto non espressamente previsto dal capo I del codice del consumo.

2. I diritti dell'acquirente.

La nuova direttiva 2008/122/CE prevede un'ampia e articolata informazione precontrattuale, l'indicazione di precise modalità attraverso cui tra-

smettere queste informazioni, la facoltà di recesso sia di pentimento (*ad nutum* del consumatore) che di autotutela, il divieto di anticipi di pagamento prima della scadenza del termine del recesso e l'obbligo di traduzione.

Il d.lgs. n. 79/2011, sulla scorta di quanto previsto dalla direttiva 2008/122/CE, non ha dettato una disciplina esaustiva della multiproprietà. Tralasciando il mancato riferimento alla sua natura giuridica e ai vari tipi di multiproprietà¹⁰, non vi è un'indicazione del tutto chiara sul rimedio applicabile qualora sia inadempito uno dei numerosi obblighi dell'operatore.

Il legislatore italiano ha comunque, come si diceva, nel rispetto della direttiva, presidiato i diritti del consumatore prevedendone

¹⁰ La dottrina ha segnalato, fin dai primi commenti, come il d. lgs. n. 427/1998 non contenesse risposte ad interrogativi cruciali, quali: 1) la natura giuridica dell'istituto della multiproprietà (diritto reale atipico, proprietà su bene individuato bidimensionalmente, ente di gestione diverso dalla comunione ordinaria e riconducibile ad una particolare forma di proprietà - così Corte d'Appello di Genova, 29.9.2000, in *Giur. di mer.*, 2001, 2, pp. 362 ss., con nota di BELFIORE - o comunione); 2) la compatibilità con la tassatività dei diritti reali; 3) l'amministrazione, atteso che la riunione di tutti i partecipanti nel medesimo luogo è resa problematica dalla circostanza che il godimento delle unità immobiliari è turnario; 4) la qualificazione delle diverse forme di multiproprietà.

Sotto quest'ultimo profilo è noto che la multiproprietà si distingue in: a) "reale", in quanto i multiproprietari acquistano un diritto reale turnario divenendo comproprietari dell'immobile; b) "azionaria" in cui gli acquirenti sono titolari di azioni societarie, in genere privilegiate (cui è associato il diritto di godimento turnario), e vantano un diritto di natura obbligatoria sull'immobile oggetto del godimento turnario, mentre la società rimane la proprietaria del bene (cfr. Cass., 10.5.1997, n. 4088, in *Foro it.*, 1998, I, 2255, nota di DI CIOMMO, *La multiproprietà azionaria*). Si distingue tra multiproprietà azionaria diretta e indiretta. La prima collega al possesso delle azioni privilegiate il godimento turnario; la seconda riconosce solo la legittimazione a divenire titolari del diritto di godimento, il quale si costituisce con un'apposita convenzione. Un'ulteriore distinzione è quella tra multiproprietà azionaria pura (dove la società proprietaria dell'immobile non svolge alcuna attività produttiva di utili da distribuire ai soci) e multiproprietà azionaria impura (in cui la società gestisce anche i servizi comuni e gli impianti ricreativi a fili di creare utili da distribuire ai soci); c) "alberghiera", che può essere immobiliare o azionaria, in cui l'esercizio del diritto reale o di credito del multiproprietario è condizionato alla prenotazione dell'unità immobiliare per il periodo di tempo concordato e al pagamento della relativa quota di spese di gestione o della tariffa. In dottrina, per una più esaustiva trattazione delle questioni sollevate cfr.: DI CIOMMO, *Multiproprietà: l'attuazione italiana della direttiva a tutela dell'acquirente*, cit., c. 38; PASTORE - RE, *La multiproprietà: problemi e prospettive*, in *Riv. not.*, 2000, 841 ss.; *Studio del CNN n. 2330 del 25/2/1999 di CARLO - MONICA, Prime osservazioni sulla normativa in tema di multiproprietà* e BULGARELLI, *Contratti relativi all'alienazione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: note in tema di tutela dell'acquirente*, in *Riv. not.*, 2000, 535 ss.; ma soprattutto MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 463-467.

⁹ Il nuovo art. 69 let. e) cod. cons. introdotto dal d. lgs. n. 79/2011, rubricato "Definizioni", definisce l' "operatore" (e non più il professionista) come "il professionista, di cui all'art. 3 comma 1, let. c)" cod. cons. Si utilizza, quindi, un termine più ampio tenuto conto che il Capo I disciplina anche altri contratti, sebbene si tratti sempre di una "persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario".

l'indisponibilità. L'art. 78 cod. cons. sancisce, infatti, la nullità delle clausole contrattuali o dei patti aggiunti con cui l'acquirente *rinunci ai diritti* previsti dal Capo I¹¹, ovvero *accetti limitazioni delle responsabilità* gravanti sul venditore¹². Questa disposizione è pressoché identica a quella precedentemente in vigore; se ne differenzia solo per l'utilizzo del termine *operatore* in luogo di *venditore*.

Il nuovo art. 78 cod. cons. contiene però altri commi. Il comma 2 riprende quanto prescritto dal vecchio art. 79 cod. cons. sulla competenza territoriale. Il comma 3 stabilisce, analogamente al precedente art. 80 cod. cons., che se le parti scelgono di sottoporre i contratti di cui al Capo I a una legislazione diversa da quella italiana, «al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni di tutela previste dal presente capo». Si tratta di una norma di "applicazione necessaria", dettata dall'ordinamento interno al precipuo scopo di regolare la fattispecie concreta¹³ in deroga a quanto sancito dalle regole di conflitto bilaterali poste dal diritto internazionale privato¹⁴.

Il comma 4 dell'art. 78 cod. cons. è, invece, nuovo e afferma la necessaria applicazione della tutela garantita dal codice del consumo in taluni casi in cui sia applicabile la legge di un paese extracomunitario.

A parte questi ultimi aspetti del testo dell'art. 78 cod. cons., è quasi ovvio rilevare che per chiarire l'ambito applicativo del comma 1 occorre individuare i diritti attribuiti all'acquirente, nonché le ipotesi di responsabilità del venditore. Su queste ultime è bene osservare che sarebbe nulla una clausola che escludesse la responsabilità dell'operatore in caso di colpa lieve, la risarcibilità del danno o l'esperibilità della risoluzione per inadempimento.

Quanto ai diritti, essi sono: il diritto di beneficiare della garanzia del rimborso di ogni pagamento già effettuato in caso di mancato completamento dell'alloggio (All. II-bis, parte 3 n. 3 d. lgs. n. 79/2011); il diritto di avere la traduzione del contratto nella lingua dello Stato dell'Unione europea in cui è situato il bene immobile (art. 72 co. 2 cod.

cons.)¹⁵; il diritto di ricevere il contratto anche nella lingua italiana se l'operatore svolge la propria attività di vendita nel territorio nazionale (art. 72 co. 3 cod. cons.)¹⁶; il diritto di recesso, sia "breve" di pentimento (art. 73 co. 1 cod. cons.)¹⁷, sia "lungo" di autotutela (art. 73 co. 3 cod. cons.); il diritto di essere informato sull'esistenza di esso mediante un "formulario separato di recesso", come riportato nell'allegato II-sexies (art. 72 co. 6 cod. cons.); il diritto, qualora il consumatore eserciti il recesso, di non sostenere alcuna spesa, alcuna penalità (c.d. multa penitenziale) e di non corrispondere alcunché se il servizio è stato reso prima del recesso (art. 74 co. 4 cod. cons.); il diritto di essere garantito da una fideiussione bancaria o assicurativa nei casi previsti dall'art. 72-bis co. 1 e 2 cod. cons.

Sempre sul versante dei diritti vi sono due casi di risoluzione di diritto giustificabili sulla base del collegamento negoziale. Nel primo se il prezzo è stato interamente o parzialmente coperto da un credito "concesso al consumatore dall'operatore o da un terzo in base ad un accordo tra il terzo e l'operatore, il contratto di credito è risolto senza costi per il consumatore qualora [quest'ultimo] eserciti il diritto di recesso dal contratto di multiproprietà" (art. 77 co. 2

¹⁵ Secondo la regola generale sancita dall'art. 72 co.1 cod. cons., "Il contratto deve essere redatto per iscritto, a pena di nullità, su carta o su altro supporto durevole, nella lingua italiana e in una delle lingue dello Stato dell'Unione europea in cui il consumatore risiede o di cui è cittadino, a sua scelta, purché si tratti di una lingua ufficiale dell'Unione europea".

¹⁶ In caso di violazione dell'art. 72 cod. cons., l'operatore è punito per ogni singola violazione con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 euro a 5.000 euro (art. 81 cod. cons.). Gli obblighi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 72 mirano a tutelare il consumatore dal c.d. "rischio linguistico", a vantaggio della chiarezza e della trasparenza (così ROSSI CARLEO, *Il contratto di multiproprietà nella prospettiva dell'atto notarile*, in *Notariato*, 2001, 6, 626 ss.).

¹⁷ Il recesso c.d. di pentimento costituisce un elemento che differenzia il contratto del consumatore dal contratto di diritto comune. Il quale non conosce tale rimedio attese le prescrizioni di cui all'art. 1372 co. 1 e 2 c.c. in ordine al valore del vincolo. Il recesso previsto dall'art. 73 co. 1 cod. cons. non si spiega, a differenza di altri casi di recesso (come ad es. quelle ex art. 64 cod. cons.), con l'intento di proteggere il consumatore da un pregiudizievole "effetto sorpresa", in quanto esso opera a prescindere "dalle modalità spaziali di conclusione del contratto" di multiproprietà (cfr. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, p. 28-29 e p. 34-35, v. anche nella terza ed. 2011, 68). Nel considerando 11 della direttiva 2008/122/CE si rileva che il recesso di pentimento (*id est*: senza addurre ragioni) si giustifica nell'ottica di "offrire all'acquirente la possibilità di valutare meglio gli obblighi derivanti dai contratti conclusi e i diritti relativi", tenendo conto del fatto che "l'immobile è spesso situato in uno Stato e sottoposto ad una legislazione diversi da quelli dell'acquirente". Già DE NOVA, voce *Recesso*, in *Digesto (disc. priv.)*, Torino, 1997, 318 ss., aveva distinto questi due tipi di recesso.

¹¹ Cfr. anche gli artt. 134 co. 1. in tema di vendita dei beni di consumo e 143 cod. cons. contenuto nella parte VI intitolata disposizioni finali.

¹² Cfr. gli artt. 33 co. 2 let. b) e 124 cod. cons. in tema di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

¹³ BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, 187, afferma che il legislatore, con la norma di applicazione necessaria, persegue un fine nazionale particolarmente importante (p. 188).

¹⁴ Un'eventuale clausola che deroghi a quanto previsto dall'art. 78 co. 3 cod. cons. *non è nulla, ma deve essere disapplicata*.





cod. cons.)¹⁸. Nel secondo, che costituisce un'ipotesi nuova rispetto al previgente art. 77 cod. cons., si prevede la risoluzione di "tutti i contratti di scambio accessori e di qualsiasi altro contratto accessorio" al contratto di multiproprietà.

Vi sono poi taluni divieti a tutela del consumatore: effettuare a favore dell'operatore "qualunque versamento in denaro a titolo di acconto, prestazione di garanzie"; accantonare "denaro sotto forma di deposito bancario"; riconoscere debiti o "ogni altro onere (...) a favore dell'operatore o di un terzo prima della fine del periodo di recesso in conformità dell'art. 73 (art. 75 co. 1 cod. cons.).

Se l'art. 78 co. 1 cod. cons., sotto il profilo sostanziale, tutela il consumatore attraverso la nullità delle rinunce ai predetti diritti, il nuovo art. 79 cod. cons., sul versante processuale, richiama gli strumenti specifici di cui agli artt. 27, 139, 140 e 140-bis cod. cons.¹⁹

¹⁸DI CIOMMO, *op. loc. ult. cit.*, ha osservato che, opportunamente, si è collegato le sorti del contratto di finanziamento al contratto di multiproprietà. La risoluzione di diritto, infatti, preserva il consumatore dal rischio di dover rispettare il contratto di finanziamento nonostante il recesso da quello di multiproprietà. Tuttavia il limite di questa disposizione sta nell'aver realizzato il collegamento negoziale soltanto nei confronti dell'atto di finanziamento erogato dal venditore o da un terzo d'accordo con il venditore. Di conseguenza l'acquirente, pur esercitando il diritto di recesso dal contratto di multiproprietà, non si libera dagli obblighi che abbia assunto nei confronti del terzo creditore qualora quest'ultimo non sia stato d'accordo - come avviene nella maggioranza dei casi - con il venditore.

¹⁹ L'art. 27 cod. cons. attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, di inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e di eliminarne gli effetti. Detta Autorità ha altresì il potere di comminare, in diversi casi, una sanzione amministrativa pecuniaria. L'art. 37 cod. cons. disciplina l'azione inibitoria che spetta alle associazioni rappresentative dei consumatori, alle associazioni rappresentative dei professionisti e alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura per inibire l'utilizzo di condizioni generali di contratto abusive.

La legge di conversione 24.3.2012, n. 27 del d.l. n. 1/2012 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività) ha inserito nel codice del consumo, dopo l'art. 37, l'art. 37-bis che disciplina la tutela amministrativa contro le clausole vessatorie. La norma attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di dichiarare, d'ufficio o su denuncia, "la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumeristiche si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari". Per svolgere l'istruttoria il legislatore ha attribuito all'AGCM i poteri di cui all'art. 14 commi 2,3 e 4 della legge 10.10.1990, n. 287. E' fatta comunque "salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno. Opportuno l'art. 5-ter della legge di conversione in discorso il quale prevede che l'AGCM, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, proceda all'elaborazione di un "rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale", funzionale anche per la concessione dei finanziamenti

3. Formulario informativo e conclusione del contratto.

Tra i diritti fondamentali del consumatore vi è quello all'adeguata informazione (art. 2 co. 2 let. c cod. cons.)²⁰. La quale si specifica con riferimento alle peculiari caratteristiche del singolo contratto.

Nei contratti a distanza, ad esempio, in caso di comunicazioni telefoniche "l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione". Nella multiproprietà il nuovo art. 70 cod. cons. pone taluni obblighi a carico dell'operatore. Alcuni attengono all'offerta del contratto al consumatore, offerta che deve essere trasparente. Altri riguardano le informazioni precontrattuali, delle quali deve essere specificata, in

pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni e per l'accesso al credito bancario.

Gli artt. 139 e 140 cod. cons. riguardano, più in generale, l'accesso alla giustizia da parte delle associazioni dei consumatori e degli utenti, inserite nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons., a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. Esse possono richiedere al tribunale l'inibizione di atti e comportamenti lesivi, nonché l'adozione di misure volte "a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate", oltre alla pubblicazione del provvedimento (art. 140 co. 1 lett. a, b, c cod. cons.).

L'art. 140-bis disciplina, invece, l'azione di classe, è stato modificato dall'art. 6 della citata legge di conversione n. 27/2012 per rendere tale strumento maggiormente efficace. Essa è stata prevista a tutela dei "diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché [de]gli interessi collettivi". L'art. 140-bis co. 2 stabilisce che "L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori". Da notare che la legge di conversione ha sostituito alla parola "identica" - su cui si era innestato un vivace dibattito dottrinale - la parola "omogenea" o "omogenei". Può agire in giudizio ciascun componente della classe (o un'associazione cui dà mandato o un comitato cui partecipa) al fine di ottenere la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Vi è un giudizio sull'ammissibilità della domanda, cui seguono, in caso di esito positivo, gli atti di adesione. E' fatta comunque salva l'azione individuale dei soggetti che non hanno aderito all'azione collettiva. Sull'azione di classe cfr. SCHLESINGER, *La nuova azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2011, 4, p. 547 ss.; LIBERTINI e MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 9, 882 ss.; COSTANTINO e CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, 8, 985 ss.; PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 349 ss.

²⁰GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 2, 278 ss.; ID., *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 4, 585 ss.; ROSSI CARLEO, *Informare, educare, tutelare il consumatore*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di G. Alpa, Torino, 2009, 7 ss., e ivi DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, 209 ss.

ogni pubblicità, sia la possibilità di ottenerle sia le modalità con cui ottenerle.

Più in generale è noto come all'informazione sia stato dedicato ampio spazio nel codice del consumo, essendo essa condizione imprescindibile dell'esercizio effettivo dell'autonomia privata e prima ancora della capacità di scelta. Molte sono, infatti, le disposizioni che disciplinano dettagliatamente sia gli obblighi informativi precontrattuali sia le tecniche di trasmissione dell'informazione²¹.

Quest'ultima ha, di recente, assunto un rilievo ancora maggiore se si considera che sia la direttiva 2008/122/CEE sulla multiproprietà e altri contratti (art. 5 § 2 dir. e art. 72 co. 4 cod. cons.) sia la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori (art. 6 § 5) - sulla quale torneremo in seguito - hanno stabilito che le informazioni formano parte integrante del contratto e non possono essere modificate se non con l'accordo delle parti. Si tratta di una novità molto significativa per le prospettive che apre in ordine all'integrazione cogente e suppletiva del contratto, con l'effetto da un lato di eliminare il recesso prorogato a tre mesi e quattordici giorni e dall'altro di restringere la nullità virtuale per contrarietà a buona fede²².

Non sempre però è stato indicato il rimedio nei casi di inosservanza dell'obbligo di fornire informazioni o di false informazioni²³.

²¹ Sugli obblighi informativi e sulle modalità di ricezione delle informazioni cfr.: artt. 47, 52, 53, da 67-*quater* a 67-*undecies*, 71, 104 cod. cons., e, quanto alle informazioni inerenti i contratti del turismo organizzato cfr. artt. 37 e 38 d. lgs. n. 79/2011.

²² Sul punto cfr. *amplius*S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, in *Persona e Mercato*, 4, 2011, 261-263. Il fatto che le informazioni contenute nel prospetto informativo siano parte integrante del contratto esclude, in certi casi, la nullità virtuale di protezione in caso di omessa o incompleta informazione. La previsione legislativa dell'integrazione-sostituzione integra la deroga alla nullità virtuale consentita dall'art. 1418 co. 1 ("salvo che la legge disponga diversamente").

²³ Il codice del consumo avversa le pratiche commerciali scorrette (ingannevoli e aggressive) che costituiscono l'esatto contrario delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà (art. 2 co. 2 let. *c-bis* cod. cons.). La relativa disciplina (artt. 20 ss. cod. cons.) non indica alcun rimedio in caso di scorrettezza in tali pratiche, applicandosi, di conseguenza, le regole del contratto in generale in tema di invalidità e risarcimento. La disciplina delle pratiche commerciali scorrette descrive diverse condotte che possono integrare ora il dolo (art. 22 cod. cons.), ora la violenza (art. 24 cod. cons.) ovvero i presupposti della responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido ma pregiudizievole a causa di scorrettezze nella fase delle trattative. Cfr. *amplius*GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligaz. e contr.*, 2007, 776 ss.; GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 3, 37 ss.

Soffermandoci più da vicino sulla multiproprietà, l'art. 71 cod. cons. disciplina le informazioni precontrattuali che l'operatore deve fornire al consumatore. Informazioni che assumono senz'altro centralità rispetto alla conclusione del contratto di multiproprietà. Occorre però chiarire quali sono le ricadute sul contratto in caso di omessa o insufficiente informazione.

L'articolo in esame contiene una disposizione di carattere generale sulle informazioni da rendere "prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta". Esse devono essere "accurate e sufficienti", fornite dall'operatore al consumatore "in maniera chiara e comprensibile", tramite un formulario informativo il cui contenuto è esplicitato dall'allegato II-*bis* al d. lgs. n. 79/2011²⁴.

La funzione del formulario, da consegnare prima della conclusione del contratto di multiproprietà, è fin troppo evidente: consentire al consumatore di ponderare accuratamente la decisione di acquistare un diritto di multiproprietà. In dottrina si è parlato di "forma-modulo, quale strumento rimediabile di contrasto all'asimmetria informativa"²⁵.

Ci si domanda allora se sia legittima la rinuncia al formulario informativo e, nel caso di risposta negativa, se vi siano conseguenze sul contratto ugualmente concluso che eventualmente contenga anche la menzione della rinuncia.

Dal quadro normativo sembra emergere la validità del contratto. Le informazioni comunicate nel formulario informativo devono essere contenute nel contratto (art. 72 co. 5 cod. cons.), di cui costituiscono parte integrante e sostanziale, tant'è che esse non possono essere modificate salvo in due casi

²⁴ Nell'allegato II-*bis* al codice del consumo denominato "Formulario informativo per i contratti di multiproprietà" devono essere indicati tutti i punti qualificanti dell'operazione tra i quali: la descrizione del prodotto, il periodo, il prezzo, i costi supplementari, i servizi fondamentali e le strutture a disposizione del consumatore. La parte 2 del formulario prevede informazioni generali riguardanti, tra l'altro, il recesso e il divieto di acconti. La parte 3 contiene sempre informazioni cui il consumatore ha diritto inerenti i beni, gli alloggi in costruzione, i costi, la risoluzione dei contratti accessori e altre informazioni supplementari. Rileva MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 494, come il rinvio all'allegato, "del tutto inedito nel panorama legislativo consumeristico, ha la funzione di standardizzare ed uniformare le informazioni da rendere ai consumatori di ogni paese membro e di evitare qualsivoglia problema interpretativo".

²⁵ Così PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, cit., 261, il quale rileva come "l'informazione precontrattuale (...), davvero sembr[] proceduralmente collocarsi in uno spazio temporale ancillarmente prodromico al formarsi di un contrarre - supposto per ciò stesso come responsabile - del consumatore".

previsti dall'art. 72 co. 4 cod. cons.²⁶. Ma l'effetto positivo di questa disposizione svanisce se il formulario informativo non viene predisposto. Difatti, in questo caso, il consumatore perde la possibilità di valutare approfonditamente l'operazione, confrontandosi direttamente e soltanto con il testo da sottoscrivere che sarà vincolante. Ciò nonostante il legislatore non ha previsto - almeno testualmente - rimedi invalidanti.

Lo stesso può dirsi qualora il contratto non includa il "formulario separato di recesso, come riportato nell'allegato II-*sexies*, inteso ad agevolare l'esercizio di tale diritto in conformità all'art. 73" (art. 72 co. 6 cod. cons.).

In entrambi i casi di omessa informazione, l'art. 73 cod. cons. ha attribuito al consumatore il diritto di recesso. Più esattamente se il formulario separato di recesso non è stato compilato dall'operatore e consegnato al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole, il consumatore può recedere entro un anno e quattordici giorni dalla data di cui al comma 2 dell'art. 73²⁷ (art. 73 co. 3 let. a). Il termine per recedere diminuisce a tre mesi e quattordici giorni, sempre a decorrere dalla data di cui al comma 2 dell'art. 73, se non sono state fornite "le informazioni di cui all'art. 71 co. 1 incluso il formulario applicabile" (art. 73 co. 3 let. b).

L'operatore, peraltro, può sanare il suo inadempimento, fornendo al consumatore, per iscritto, tutte le informazioni previste dalla normativa²⁸. Da tale momento inizierà a decorrere il termine di recesso breve (art. 73 co. 4 cod. cons.).

L'importanza del recesso quale rimedio specifico che - a tutta prima - toglie efficacia al contratto si desume dai nuovi artt. 72 co. 6 e 74 co. 3 cod. cons. Il primo stabilisce che l'operatore, prima della conclusione del contratto, deve informare il consumatore del diritto di recesso, compresa la durata di quest'ultimo. Ciò non è tuttavia sufficiente, occor-

rendo altresì una sottoscrizione separata da parte del consumatore della clausola che prevede il diritto di recesso (oltre che il divieto di versare acconti durante il tempo previsto per esercitare tale diritto). Il secondo articolo sembra statuire, stante la sua lettera, che il contratto di multiproprietà prima dell'esercizio del recesso è *valido ed efficace*; dunque deve essere eseguito²⁹. Ma l'art. 75 cod. cons. pone nell'interesse del consumatore il divieto di qualunque versamento in denaro prima della fine del periodo del recesso.

Vero è che la previsione normativa del recesso in luogo dell'invalidità s'inquadra nella distinzione tra regole di validità e regole di comportamento. Secondo la quale le condotte esterne al contratto attingono al rapporto e non all'atto. Esse non incidono sulla validità³⁰, se non nei casi espressamente previsti dalla legge come l'annullabilità per violenza o dolo, la rescissione e le nullità di protezione. Tutte fattispecie, queste, in cui rileva sì la condotta scorretta, ma vi è un'espressa previsione di legge.

La diversità di piani in cui operano queste regole hanno indotto le Sezioni Unite della Cassazione³¹ ad affermare che la violazione di una norma imperativa che prescriva una regola di condotta non è sufficiente di per sé sola a determinare nullità del contratto, poiché quest'ultima attiene ad elementi di struttura dello stesso o al suo contenuto. L'inosservanza di siffatta regola, continuano le Sezioni Unite, produce nullità solo nei casi previsti dalla legge³².

Ora - si può osservare - se le informazioni contenute nel formulario "costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto" (art. 72 co. 4 co. cons.), saremmo sul piano del contenuto contrattuale. Ma il contratto di multiproprietà non è nullo qualora l'informazione sia mancata o sia stata carente. In questo caso, si diceva, vi è la previsione espressa del rimedio specifico del recesso, il quale deve esse-

²⁹ L'art. 74 co. 3 cod. cons. prevede che "L'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, nei modi indicati nel comma 1, pone fine all'obbligo delle parti di seguire il contratto".

³⁰ MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto, Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 60-61, osserva che, ritenendo nullo il contratto per violazione dei doveri precontrattuali di informazione previsti da norme imperative, "si scavalca a piè pari il principio (...) della tendenziale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità".

³¹ Cass. Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.* 2008, I, 785 ss., con nota di SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*. Per un articolato commento cfr. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La Buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligaz. e contr.*, 2008, 2, 104 ss.

³² Cass. Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit. Per una critica cfr. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, 735 ss.

²⁶ I due casi cui fa riferimento l'art. 72 co. 4 cod. cons. sono "l'accordo esplicito della parti" oppure il sopravvenire di "circostanze eccezionali e imprevedibili, indipendenti dalla volontà dell'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate neanche con la dovuta diligenza. Tali modifiche, indicate espressamente nel contratto, sono comunicate al consumatore su carta altro supporto durevole a lui facilmente accessibile prima della conclusione del contratto".

²⁷ Tale norma stabilisce che "il periodo di recesso di calcolo: a) dal giorno della conclusione del contratto definitivo e del contratto preliminare; b) dal giorno in cui il consumatore riceve il contratto definitivo o il contratto preliminare, se posteriore alla data di cui alla lettera a)".

²⁸ L'art. 5 terzo trattino della direttiva 2008/122/CE prevede una disposizione non recepita dal legislatore italiano. Si stabilisce che se allo scadere del termine di tre mesi, il consumatore non abbia esercitato il recesso e il professionista non abbia provveduto a integrare le informazioni mancanti, il consumatore dispone di ulteriori dieci giorni per recedere.



re esercitato secondo le modalità previste dal nuovo art. 74 cod. cons.³³.

Alla stessa conclusione si deve pervenire qualora l'operatore non abbia fatto espressamente sottoscrivere al consumatore - sottoscrizione finalizzata a incrementare il grado di trasparenza del contratto - il documento che informa dell'esistenza del diritto di recesso, della durata dello stesso e del divieto di versare acconti durante il periodo di decorrenze del recesso³⁴.

Piuttosto il diritto di recesso non preclude l'applicazione della tutela in base ad altre disposizioni dell'ordinamento giuridico, tra cui quelle del codice civile in tema di contratti (art. 81-bis cod. cons.)³⁵. Ma allora se, ad esempio, l'omessa informazione s'inserisce in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, si configura, come ha affermato più volte la Cassazione, il dolo causa di annullamento del contratto³⁶.

³³ L'art. 74 cod. cons. ha ampliato le modalità di esercizio del diritto di recesso, prevedendo qualsivoglia "comunicazione scritta, su carta o altro supporto durevole che assicuri la prova della spedizione anteriore alla scadenza del periodo di recesso, alla persona indicata nel contratto o, in mancanza, all'operatore". La formula comprende certo anche la lettera raccomandata con avviso di ricevimento - così espressamente il previgente art. 73 co. 5 cod. cons. - ma soprattutto apre ai mezzi tecnologici più avanzati. Deve ritenersi utilizzabile anche il fax, come del resto prevedeva già l'art. 73 co. 5 cod. cons. - pur richiedendo anche la conferma con lettera raccomandata con avviso di ricevimento da inviarsi entro le 48 ore successive - purché comprovabile con ricevuta.

³⁴ PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, cit., 265-266, sostiene questa tesi, superando il dubbio espresso da qualche autore basato sul fatto che l'art. 73 co. 3 cod. cons. (sulla postergazione del termine di recesso) non richiama il disposto dell'art. 72 co. 6 cod. cons.

L'Autore esclude ancora la nullità anche qualora l'operatore, in violazione dell'art. 72 co. 7 cod. cons., non consegnasse al consumatore "una o più copie del contratto all'atto della sua conclusione" (p. 266-267).

³⁵ Il contratto di multiproprietà è nullo nei seguenti casi: se il diritto turnario di godimento non si riferisce a un immobile esattamente individuato oppure se esso non è precisato nella sua dimensione temporale. Del resto il decorso del termine massimo di recesso non implica certo il venir meno degli altri rimedi previsti dal legislatore a fronte di gravi patologie dell'atto (DE MARZO, *Trasparenza contrattuale e multiproprietà*, in *Corr. giur.*, 1999, 1, p. 14 ss.).

³⁶ La giurisprudenza è restia a dare rilievo, ai fini dell'invalidità del contratto, all'omessa informazione o alla reticenza di per sé sole. Cfr.: Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Foro it.*, 1995, 1905 ss., con nota di BELLANTUONO, *Polizza fideiussoria, reticenza e obblighi di informazione*; Cass., 15.3.2005, n. 5549, in *Contratti*, 2005, 10, 892 ss.; Cass., 19.9.2006, n. 20260, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 20.4.2006, n. 9253, in *Contratti*, 2007, 1, 19 ss.; Cass., 31.5.2010, n. 13231, in *De jure on line*. *Contra* ma in *obiterdictum* Cass., 1.4.1996, n. 3001, in *Corr. giur.*, 1997, 1, 81 ss., con nota di MACARIO, *Cessione di quote sociali e dolus bonus del vendito-*

Ancora, se l'omessa informazione non integra raggiro ma arreca comunque un pregiudizio al consumatore che conclude il contratto, questi può chiedere il risarcimento del danno a titolo di responsabilità pre-contrattuale³⁷. Non essendovi alcuna incompatibilità, come hanno chiarito le Sezioni unite della Cassazione, tra quest'ultima e la conclusione di un contratto valido ma pregiudizievole.

Piuttosto è discussa la natura giuridica della responsabilità precontrattuale. La giurisprudenza propende ancora per la natura extracontrattuale³⁸, nonostante l'opinione contraria della dottrina maggioritaria che argomenta, invece, per la natura contrattuale³⁹.

Ma sulla conseguenza della violazione degli obblighi di informazione da parte del professionista si è affacciato un altro indirizzo che propende per la risoluzione del contratto. Esso fa leva sul fatto che gli obblighi legali di informazione "costituiscono delle regole di condotta destinate ad orientare il contegno del professionista nel corso del rapporto; [ne consegue che] la loro violazione deve essere qualificata come inadempimento ossia come vicen-

re. Sulla rilevanza della menzogna cfr. Cass. Sez. Un., 11.3.1996, n. 1955, in *Danno e resp.*, 1996, 5, 653 ss.

³⁷ Cass., 29.9.2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, 1107 ss., con nota di SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Danno e resp.*, 2006, 1, 25 ss., con nota di ROPPOE AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*. Cass. Sez. un., 19.12.2007, n. 26724, cit.; Cass., 29.10.2010, n. 22147, in *Leggi d'Italia on line*.

³⁸ Cass., 11.6.2010, n. 14056, in *Guida al dir.*, 2010, 29, 35 ss., su un caso di prospetto informativo non veritiero che aveva indotto la sottoscrizione di azioni. Si legge nella motivazione che "ove vi sia stata violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che corredata l'offerta, trattandosi di regole volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti per consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli, si configura una violazione del dovere di *neminem laedere* e, per ciò stesso, la possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a risponderne del danno da altri subito a cagione della violazione medesima secondo i principi della responsabilità aquiliana". Ma cfr. anche Cass., 13.12.1994, n. 10649, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 30.8.1995, n. 9157, in *Leggi d'Italia on line*; Cass. Sez. un., 16.7.2001, n. 9645, in *Foro it.*, 2002, I, 806; Cass., 10.10.2003, n. 15172, in *Contratti*, 2004, 4, 356.

³⁹ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Riv. dir. comm.*, 1956, I-II, 361; ROMANO, voce *Buona fede*, *Enc. dir.*, 682; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 126 ss.; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 741 ss.; D'AMICO, *La natura della responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto, Rimedi-2*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 1112; GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007, 183 ss.; CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1, 35 ss.



da autenticamente propria del rapporto contrattuale⁴⁰.

Vero è che in settori particolarmente delicati come quello della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, il legislatore non ha lasciato spazi a dubbi, prevedendo espressamente la nullità nei casi in cui il fornitore ostacoli il diritto di recesso, ovvero violi gli obblighi di informativa precontrattuale così da alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del servizio finanziario (art. 67-*septiesdecies* cod. cons.).

A parte questo profilo del rimedio ulteriore al recesso, si può ritenere che con l'intervento normativo del 2011, il legislatore abbia semplificato il rapporto tra formulario informativo e contratto di multiproprietà. Il vecchio art. 71 cod. cons. richiedeva che soltanto taluni elementi del documento informativo dovessero essere riportati nel contratto. Il corrispondente nuovo art. 72 cod. cons. stabilisce al comma 4, come si diceva, che tutte "le informazioni di cui all'art. 71 co. 1 costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto". E il comma 5, sempre dell'art. 72, prescrive che il contratto deve contenere le informazioni di cui all'art. 71 co. 1 cod. cons. Dunque, non vi è più la distinzione tra elementi che devono e non devono essere contenuti nel contratto.

Il problema del rimedio applicabile ritorna in caso d'inosservanza del nuovo art. 72 co. 5 cod. cons. Il quale stabilisce che il contratto di multiproprietà deve contenere i "seguenti ulteriori elementi": a) l'identità, il luogo di residenza e la firma di ciascuna delle parti; b) la data e il luogo di conclusione del contratto". Si può subito osservare che qualora manchi una di queste indicazioni non si prevede il recesso. Si deve allora ragionare applicando le regole dei contratti in generale, come prescrive l'art. 81-*bis* co. 2 cod. cons.

E' evidente che chi non ha sottoscritto il contratto non ne è vincolato. Se, invece, non è indicata l'identità di una delle parti e dovesse emergere un errore su quest'ultima, il contratto è, com'è noto, annullabile se risulta che l'identità sia stata determinante del consenso (art. 1429 n. 3 c.c.). Ancora: tale omissione potrebbe impedire l'esercizio del diritto di recesso, il quale, secondo l'art. 74 co. 1 cod. cons., deve essere comunicato "alla persona indicata nel contratto o, in mancanza, all'operatore"⁴¹.

Infine la mancata indicazione sia del luogo di residenza delle parti sia della data di conclusione del contratto possono parimenti creare ostacolo all'esercizio del recesso. Nel primo caso non si saprebbe dove indirizzare la comunicazione scritta di cui all'art. 74 cod. cons.; nel secondo non potrebbe decorrere il termine di esercizio del recesso (art. 73 co. 2 cod. cons.).

Rimanendo sul piano delle conseguenze dell'inadempimento degli obblighi dell'operatore, la nuova normativa all'art. 81 cod. cons. ha confermato la sanzione amministrativa pecuniaria, elevandone l'importo rispetto al previgente art. 81, se l'operatore contravviene alle norme di cui agli artt. 70 commi 1 e 2 (pubblicità), 71 (informazioni precontrattuali), 72 (requisiti del contratto), 72-*bis* (obbligo della fideiussione), 75 (divieto di acconti) e 77 (risoluzione dei contratti accessori). La sanzione è comminata all'operatore per ogni singola violazione.

Se vi è stata una violazione ripetuta, si applica altresì la sanzione amministrativa accessoria della sospensione dall'esercizio dell'attività da 30 giorni a sei mesi.

4. Nullità delle rinunce e tutela in caso di preliminare del preliminare.

La rinuncia a uno dei diritti che la normativa sulla multiproprietà attribuisce all'acquirente è affetta da nullità. L'art. 78 co. 1 cod. cons. stabilisce che "Sono nulle le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti dal presente capo [il capo I del titolo IV] o di limitazione delle responsabilità previste a carico dell'operatore".

Il legislatore è stato chiaro: le disposizioni attributive di diritti sono imperative, pertanto essi sono irrinunciabili e indisponibili. Vi è tuttavia qualche incertezza sull'ambito applicativo di talune di queste disposizioni. Su ciò occorre soffermarsi anche al fine di verificare quale sia lo spazio riconosciuto all'autonomia privata.

Sicuramente con riferimento a taluni patti, l'autonomia è preclusa. Le parti non possono accordarsi per eliminare il diritto di recesso. Un'espressa rinuncia contenuta nel contratto sarebbe affetta da nullità.

Ugualmente si avrebbe nullità se quale corrispettivo della rinuncia al recesso, si prevedesse un prezzo globale inferiore rispetto al valore effettivo del diritto di multiproprietà. Emerge infatti chiaramente dalla lettera dell'art. 78 cod. cons. che la nullità dallo stesso prevista è radicale, diversamente da quella sancita per le clausole vessatorie elencate dall'art.

⁴⁰MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 4, 871, chiarisce che il consumatore può domandare la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, oppure il solo risarcimento del danno.

⁴¹La norma lascia intendere che la figura dell'operatore potrebbe non coincidere con quella della persona cui indirizzare il recesso.

33 co. 2 cod. cons., con riferimento alle quali è ammessa, a carico del professionista, la prova contraria della vessatorietà. Queste ultime clausole possono essere ritenute valide alle luce di “altre clausole del contratto medesimo o di un altro contratto collegato o da cui dipende [il contratto contenente la clausola presunta vessatoria (art. 34 co. 1 cod. cons.)].

E’ da ritenersi nulla anche la clausola contrattuale o il patto aggiunto con cui si stabiliscono condizioni più gravose per l’esercizio del recesso di pentimento (art. 73 coo. 1 e 2) o di autotutela (art. 73 co. 3), quali la diminuzione del termine entro il quale recedere e la previsione di un rimborso spese. Proprio con riguardo alle spese si osserva come il d. lgs. n. 79/2011 abbia ulteriormente rafforzato la posizione del consumatore escludendo - diversamente dal previgente art. 73 co. 2 cod. cons.⁴² - in caso di recesso il rimborso di qualunque spesa affrontata dall’operatore. Il consumatore non è considerato debitore neppure del “valore corrispondente all’eventuale servizio reso prima del recesso” (art. 74 co. 4 cod. cons.).

Se la *ratio* dell’art. 74 co. 4 è di evitare che talune clausole possano precludere o limitare, di fatto, l’esercizio del recesso, le parti potranno senz’altro accrescere la tutela del consumatore. Prevedendo, ad esempio, condizioni temporali di recesso più vantaggiose rispetto a quelle legali. Del resto la direttiva 2008/122/CE ha precisato che vi era la necessità di stabilire “obblighi minimi a carico dei venditori nei confronti degli acquirenti” (considerando 9).

L’esercizio del diritto di recesso è salvaguardato anche dall’art. 75 co. 1 cod. cons., il quale stabilisce che “è vietato qualunque versamento in denaro a titolo di *acconto, prestazione di garanzia, l’accantonamento di denaro sotto forma di deposito bancario, il riconoscimento esplicito di debito od ogni altro onere da parte di un consumatore a favore dell’operatore o di un terzo prima della fine del periodo di recesso in conformità dell’art. 73*”. E’ chiara ancora una volta la *ratio legis*: evitare che l’acquirente possa essere condizionato nell’esercizio del diritto dall’aver già effettuato o dall’essersi obbligato ad effettuare pagamenti all’operatore. Da

⁴² Il previgente art. 73 cod. cons. stabiliva che in caso di recesso di autotutela, l’acquirente “deve rimborsare al venditore solo le spese sostenute e documentate per la conclusione del contratto e di cui è fatta menzione nello stesso, purché si tratti di spese relative ad atti da espletare tassativamente prima dello scadere del periodo di recesso”. La nuova normativa ha eliminato anche questa circoscritta ipotesi di rimborso spese. L’art. 8 § 2 della direttiva 2008/122/CE stabilisce che “se esercita il diritto di recesso, il consumatore non sostiene alcuna spesa né è debitore del valore corrispondente all’eventuale servizio reso prima del recesso”.

qui la nullità della rinuncia al diritto di non pagare tali somme prima del decorso del termine per recedere⁴³.

Rispetto al previgente art. 74 cod. cons. sul divieto di acconti, l’art. 75 cod. cons. tutela maggiormente il consumatore. La nuova norma non vieta soltanto l’anticipo, l’acconto e la caparra, ma qualunque altro onere posto a carico del consumatore prima del decorso del termine del recesso. Così il contratto di multiproprietà non può certo prevedere la corresponsione di una somma quale condizione per recedere; somma da versarsi anticipatamente (caparra penitenziale, art. 1386 c.c.) o al momento del recesso (c.d. multa penitenziale, art. 1373 co. 3 c.c.). Sarebbe ugualmente illegittima la previsione di una penale o del solo rimborso all’operatore delle spese da questo sostenute.

La normativa appena esaminata non lascia dubbi: in pendenza del termine di recesso - sia di pentimento che di autotutela - il consumatore non può essere obbligato a corrispondere danaro ad alcun titolo. Ma cosa accade in caso di proposta di acquisto?

La nuova normativa sulla multiproprietà non disciplina la proposta, sebbene avrebbe potuto equipararla al contratto com’è avvenuto per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali. L’art. 45 co. 2 cod. cons. stabilisce, infatti, che le “disposizioni della presente sezione si applicano anche nel caso di proposte contrattuali sia vincolanti che non vincolanti effettuate dal consumatore in condizioni analoghe a quelle specificate nel comma 1, per le quali non sia ancora intervenuta l’accettazione del professionista”.

Occorre allora distinguere due ipotesi. Nella prima il potenziale acquirente sottoscrive una proposta di acquisto e corrisponde una somma di denaro a conferma della serietà della stessa⁴⁴. Questo pagamento sfuggirebbe al divieto di cui all’art. 75 cod. cons., disincentivando il recesso una volta sottoscritto il contratto preliminare di multiproprietà⁴⁵ o il definitivo. Ma siffatto esito interpretativo determinerebbe un irragionevole diversificato trattamento di due situazioni che, alla luce della finalità di tutela perseguita dalla normativa comunitaria, appaiono meritevoli di identica protezione⁴⁶. Si

⁴³ La violazione dell’art. 75 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria (art. 81 cod. cons.).

⁴⁴ Sebbene la proposta sia irrevocabile, il venditore chiede ugualmente la corresponsione di una somma di denaro per rafforzare la serietà dell’impegno del proponente. Nel caso, invece, di proposta revocabile, la somma versata costituisce il corrispettivo della facoltà di revoca.

⁴⁵ Dalla conclusione del contratto preliminare di multiproprietà inizia a decorrere il termine di recesso (art.73 co. 2 let. a cod. cons.).

⁴⁶DE MARZO, cit., p. 24.

può pertanto interpretare estensivamente l'art. 75 cod. cons. riferendo il divieto ivi contenuto anche alla proposta di acquisto.

In verità è la seconda ipotesi ad essere molto più frequente nella prassi dei traffici, soprattutto quando nell'operazione intervenga un mediatore. Generalmente chi intende acquistare sottoscrive una scrittura predisposta dall'intermediario contenente una proposta irrevocabile di acquisto. Tale proposta, accettata per iscritto dal proprietario, prevede la stipulazione del contratto preliminare entro un breve termine. Le parti, in definitiva, si obbligano ad obbligarsi ancora in un prossimo futuro. Questa figura è conosciuta col nome di preliminare del preliminare (o di pre-preliminare).

Pressoché sempre all'atto della sottoscrizione del pre-preliminare, il futuro acquirente versa al proprietario una somma a titolo di caparra confirmatoria. Successivamente una delle parti - di solito il proponente - rifiuta la conclusione del preliminare. Si pone così il problema degli strumenti di tutela per la parte non inadempiente. Occorre però chiarire preliminarmente la rilevanza giuridica di una scrittura con cui le parti differiscono l'effetto reale al di fuori dello schema legale preliminare-definitivo.

Non può ovviamente essere trattato in questa sede il tema del differimento dell'effetto reale; si può solo ricordare che la dottrina⁴⁷ e la giurisprudenza di legittimità⁴⁸ hanno sostenuto la derogabilità dell'art. 1376 c.c.; dunque la possibilità di graduare volontariamente la produzione dell'effetto reale. Naturalmente tale graduazione trova un limite nel "riferimento causale, non essendo ammesso un negozio astratto di adempimento"⁴⁹.

Ed è proprio ragionando sulla mancanza di causa che la giurisprudenza di merito⁵⁰ ha ritenuto nullo il contratto preliminare del preliminare.

La Cassazione ha ravvisato l'insussistenza di un interesse meritevole di tutela, ma anche della causa⁵¹. Del resto il discorso sulla causa si intreccia, in forza degli artt. 1322 co. 2 e 1323 c.c., con quello sulla meritevolezza⁵².

Il preliminare di preliminare - si legge nella motivazione di una sentenza della Cassazione - "darebbe luogo a un'inconcludente superfetazione, non

spetta neppure se il futuro acquirente ha (come nel caso di specie), nella scrittura nulla, riconosciuto il diritto alla mediazione sottoscrivendo una espressa dichiarazione. "Tale dichiarazione - si legge nella sentenza - non contiene alcuna espressa deroga alla previsione di cui all'art. 1755 c.c., ma assume un significato meramente ricognitivo dell'opera di intermediazione prestata dall'agenzia e del suo diritto al compenso in relazione a tale opera, fermo restando, tuttavia, il presupposto dell'intervenuta conclusione dell'affare, nella specie non verificatosi".

Il Trib. Roma, 28.2.2012, n. 4176, in *www.ilcaso.it.*, ha distinto tra puntazione, preliminare del preliminare e contratto preliminare, ritenendo nullo il secondo per mancanza di causa. Questa sentenza si lascia apprezzare per la motivazione rigorosa che sorregge la qualificazione della scrittura come preliminare del preliminare. Il trib. ha argomentato dall'intitolazione del documento ("dichiarazione di intenti"), dall'espressa previsione contenuta nel documento dell'impegno a sottoscrivere un contratto preliminare e dal comportamento successivo delle parti (segnatamente: nello scambio di corrispondenza si invitava a fissare una data per la sottoscrizione del contratto preliminare).

⁵¹ Cass. 2.4.2009, n. 8038, in *Notariato*, 2010, 1, 40 ss., con nota adesiva di LA PORTA, *Preliminare di preliminare*; ivi, con nota critica di CHIANALE, *Preliminare di preliminare*; in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 81 ss., con nota critica di NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, ha confermato la sentenza della Corte d'appello con cui era stata dichiarata la nullità del preliminare del preliminare per mancanza di causa. Cfr. anche Cass., 10.9.2009, n. 19557, in *Leggi d'Italia on line*, la quale, nel riferirsi alla figura in esame, ha affermato che "si tratterebbe soltanto di singolari architetture giuridiche che non avrebbero altro scopo che quello di inutilmente aumentare il contenzioso, d'altra parte in definitiva il c.d. "preliminare del preliminare" si tradurrebbe in un negozio nullo perché privo di giuridica causa, in quanto la finalità con esso perseguita dalle parti non è meritevole di alcuna tutela giuridica". Quest'orientamento non sembra smentito da Cass., 9.12.2009, n. 25780, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 81 ss., la quale, nel decidere la causa nel merito (art. 384 co. 2 c.p.c.), ha rigettato la domanda di restituzione della caparra confirmatoria poiché, come aveva già sostenuto il tribunale, la scrittura doveva essere interpretata come contratto preliminare e non come pre-preliminare. Non è dato sapere perché il primo giudice aveva ravvisato l'esistenza di un contratto preliminare. Di certo la qualificazione spetta al giudice, tuttavia non può ritenersi esistente un contratto preliminare se nella scrittura da cui origina la controversia le parti assumono espressamente e chiaramente l'impegno di stipulare, in futuro, un contratto preliminare. Sul punto è emblematica la sentenza del Trib. Roma, 28 febbraio 2012, n. 4176, cit., in cui, come si diceva *supra*, il giudice ha qualificato la scrittura come preliminare del preliminare sulla base del testo del documento e del comportamento successivo delle parti.

Ammette il contratto preliminare del preliminare GABRIELLI, voce *Contratto preliminare* (Postilla di aggiornamento), in *Enc. giur.*, 1997, 5 ss.

⁵²FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 359 ss., non attribuisce alla meritevolezza un significato autonomo rispetto al concetto di causa in concreto.

⁴⁷SACCO, *Il contratto* (di Sacco-De Nova), Torino, 2004, tomo 2, p. 44, con riferimento all'art. 1376 c.c., afferma che il giurista italiano "non deve nutrire diffidenza verso la vendita con efficacia obbligatoria". VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, 428, afferma che "il contenuto della sequenza traslativa non ha aspetti di inderogabilità incompatibili con un pieno dominio della volontà. La quale cede quando occorre disciplinare non l'acquisto del diritto, ma l'opponibilità del titolo e con esso il regime giuridico della circolazione".

⁴⁸ Cass., 24.11.2003, n. 17859 in *Vita notar.*, 2004, 268 ss.; Cass., 25.3.2003, n. 4364, in *Contratti*, 2003, 8-9, 783; Cass., 21.4.2010, n. 9504, in *Leggi d'Italia on line*.

⁴⁹ Così VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 428.

⁵⁰Trib. Napoli, 23.11.1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 283; Trib. Napoli, 21.2.1985, in *Dir. e giust.*, 1985, 725; Corte d'App. Milano, 14.3.2003, inedita; Corte d'App. Genova, 21.2.2006, in *Obbligaz. e contr.*, 2006, 648; Corte d'App. Firenze, 21.10.2011, in *Leggi d'Italia on line*, ha affermato giustamente che, in conseguenza della nullità del preliminare di preliminare e dunque della mancata conclusione dell'affare, il mediatore non ha diritto alla provvigione ai sensi dell'art. 1755 c.c. Ma tale provvigione - continua esattamente la Corte d'App. - non



sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito"⁵³.

La Suprema Corte argomenta dall'art. 2932 c.c. il quale "instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti"⁵⁴. In sostanza, nella prospettiva della Cassazione, appare contrario ad ogni logica giuridica incentrata sull'efficienza appesantire questa sequenza procedimentale con l'assunzione di un obbligo ad obbligarci ancora.

Ma quest'affermazione della mancanza di causa, nella sua absolutezza, appare discutibile soprattutto considerando l'evoluzione del contratto preliminare con il quale le parti si promettono prestazioni più che consensi⁵⁵. Oggetto del preliminare è non tanto l'assunzione dell'obbligo di manifestare successivamente un consenso (*facere*), ma qualcosa di più: far acquistare al promissario la proprietà di il bene esente da vizi (*dare*), così come descritto e garantito dal contratto preliminare.

Questa nuova impostazione ha indotto la giurisprudenza teorica⁵⁶ ad ammettere, in presenza di vizi occulti della cosa e in alternativa alla domanda di risoluzione del preliminare, la riduzione del prezzo ovvero l'eliminazione dei vizi, congiuntamente alla domanda di cui all'art. 2932 c.c. La possibilità di

⁵³ Così Cass. 2.4.2009, n. 8038, cit. Cass., 10 settembre 2010, n. 19557, cit., richiama anche la mancanza di causa.

⁵⁴ Cass. 2.4.2009, n. 8038, cit.

⁵⁵ CHIANALE, *op. loc. cit.*, rivolge una sferzante critica alla sentenza della Cassazione, sostenendo invece la legittimità di un'operazione economica che si articola in tre fasi. Nella prima le parti concludono un contratto preliminare con il quale si impegnano a stipulare una vendita con effetti obbligatori. "Il successivo preliminare (eventualmente in forma autentica e trascritta) consiste nella vendita obbligatoria; il contratto definitivo è l'atto traslativo solutorio".

⁵⁶ Cass. Sez. un., 27.2.1985, n. 1720, in *Vita not.*, 1985, 257; Cass., 19.4.2000, n. 5121, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 16.7.2001, n. 9636, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1963; Cass., 15.12.2006, n. 26943, in *Contratti*, 2007, 6, 580; Cass., 15.2.2007, n. 3383, in *Contratti*, 2007, 7, 669; Cass., 26.1.2010, n. 1562, in *Notariato*, 2010, 3, 245. Oggi può dirsi consolidata la seguente massima: nell'ipotesi di preliminare di vendita di un immobile, le diseconomie conseguenti al successivo insorgere di vizi o difformità (non concretizzanti *aliud pro alio*) possono essere corrette proponendo congiuntamente alla domanda di cui all'art. 2932 c.c., anche le domande accessorie di: a) riduzione del prezzo pattuito (domanda uguale alla *quantum minoris* solo sotto il profilo contenutistico) o, in alternativa; b) esatto adempimento (*id est*: eliminazione delle difformità). L'azione volta ad ottenere la riduzione del prezzo e quello che mira all'eliminazione dei vizi "costituiscono mezzi di tutela di carattere generale che, in quanto tali, devono ritenersi utilizzabili anche per il contratto preliminare".

pronunciare la sentenza costitutiva del trasferimento per un prezzo minore, non discenderebbe, secondo la Cassazione, dall'applicazione della normativa della garanzia per vizi (artt. 1490 ss. c.c.), ma dai principi in tema di responsabilità contrattuale⁵⁷.

Non occorre indugiare oltre su questo tema, se non per sottolineare come sulla invalidità del preliminare del preliminare residuo ancora incertezze. Soprattutto in dottrina dove una parte si è pronunciata per la validità. In particolare, un autore⁵⁸ ha svolto un'attenta analisi ritenendo che vi sia lo spazio per distinguere la figura del pre-preliminare dal contratto preliminare vero e proprio cui segue l'atto traslativo solutorio. Anche il pre-preliminare sarebbe dotato di una propria giustificazione e potrebbe, in concreto, soddisfare un interesse delle parti.

Altri autori⁵⁹, nel sostenere la validità del pre-preliminare, hanno criticato sia l'affermazione della Cassazione secondo cui tale figura sarebbe priva di causa, sia l'argomento basato sull'art. 2932 c.c. "Il giudizio sull'utilità - ha affermato un autorevole studioso del contratto⁶⁰ - dovrebbe essere lasciato alle parti, che se fanno un preliminare di preliminare si presume vi abbiano interesse: se l'interesse è meritevole di tutela, il contratto ha causa lecita".

Nonostante la vivace discussione dottrinale, avviata come reazione alle pronunce della Cassazione, rimane non del tutto chiarito, ove dovesse affermarsi la tesi della validità, il problema dei rimedi applicabili al pre-preliminare; soprattutto qualora il futuro acquirente, nelle more della conclusione del contratto preliminare, si accorga che il bene promessogli in vendita è affetto da vizi. Segnatamente ci si domanda se sia possibile anticipare, com'è avvenuto per il contratto preliminare, non tanto il rimedio della risoluzione per inadempimento - su cui non dovrebbero esservi dubbi - quanto piuttosto quello della riduzione del prezzo o dell'eliminazione dei vizi.

Parimenti incerto è se, in certi casi, sia applicabile l'art. 2932 c.c. almeno quando il preliminare del preliminare contenga tutti gli elementi del definiti-

⁵⁷ GABRIELLI, voce *Contratto Preliminare*, *Diritto civile I*, in *Enc. giur.*, 1988, 11, pur concordando con la soluzione della Cassazione ne contesta la motivazione. L'A. afferma infatti che "i vizi della cosa hanno rilevanza obiettiva, indipendentemente da qualsiasi inadempimento di chi ha promesso di vendere".

⁵⁸ CHIANALE, *op. loc. cit.*

⁵⁹ ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 616 e NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., 85 ss., ritengono valido - o comunque non invalido in ogni caso - il preliminare di preliminare. ContraGAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 878, il quale sembra condividere la recente giurisprudenza della Cassazione.

⁶⁰ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 616, distingue naturalmente il profilo della validità del preliminare di preliminare dalla questione se ad esso siano applicabili tutte le norme sul contratto preliminare. L'Autore esclude la trascrivibilità.



vo. Senza trascurare neppure la prospettiva della conversione (art. 1424 c.c.) del preliminare del preliminare in contratto preliminare qualora si dovesse ritenere nullo il primo.

La Cassazione non si è posta interrogativi, avendo ritenuto che il preliminare del preliminare non ha un'autonoma giustificazione rispetto a una successiva vendita ad effetti obbligatori. Naturalmente - e la Suprema Corte ne è ben consapevole - i rapporti tra le parti, confluiti nella conclusione del preliminare del preliminare, non sono giuridicamente irrilevanti. Essi si collocano nella fase della trattativa e rispetto a questa - che è governata dall'obbligo di buona fede - devono essere valutati.

Ora l'impegno ad acquistare attraverso più negozi, formalizzato in un documento sia pur nullo, può valere come puntuazione⁶¹. La quale, com'è noto, fissa, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio⁶². Di conseguenza qualora l'operazione non si concluda - perché, per restare al nostro caso, una parte rifiuti la conclusione del preliminare - potranno esservi i presupposti della responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative.

Con riguardo al contratto di multiproprietà si può ipotizzare che il consumatore, letto il formulario informativo, sottoscriva una proposta di acquisto impegnandosi a concludere un contratto preliminare. Proposta sottoscritta anche dal proprietario. Questo atto, seguendo l'orientamento della Cassazione appena illustrato, è nullo anche se il consumatore sia stato debitamente informato ai sensi di legge.

Vero è che la tesi della nullità del preliminare del preliminare tutela soprattutto chi intendeva ac-

quistare. Il quale, nella fase della proposta, predisposta generalmente dall'intermediario, spesso, non è assistito da un "tecnico che possa garantire la consapevole assunzione di un impegno obbligatorio"⁶³.

Nel contratto preliminare, invece, il proprietario-promittente venditore è tutelato in sede di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.), attraverso la tecnica della sentenza condizionale. Il giudice, se vi sono i presupposti, emette la sentenza costitutiva, ma subordina l'effetto traslativo al pagamento del residuo prezzo, qualora le parti abbiano stabilito che tale pagamento avrebbe dovuto essere corrisposto alla stipula del definitivo.

La corresponsione dovrà avvenire entro un ragionevole lasso di tempo fissato dal giudice ai sensi dell'art. 1183 c.c.; tempo che decorrerà dal passaggio in giudicato della sentenza⁶⁴.

5. La garanzia fideiussoria.

Il legislatore italiano già in sede di attuazione della prima direttiva sulla multiproprietà (94/47) aveva prescritto, nonostante il silenzio della stessa sul punto, l'obbligo a carico di professionista di

⁶³LA PORTA, *op. cit.*, p. 43, osserva che la Cassazione ha ben colto "l'essenza della volontà privata in questa fase delle trattative [tutelando al meglio] il contraente debole, inteso come quello che si accosta alla trattativa senza possedere le informazioni necessarie alla sua consapevole conclusione e, a monte, spesso, senza nemmeno possedere gli strumenti culturali e tecnici per un accesso consapevole a tali informazioni, certamente non forniti dal mediatore".

⁶⁴Cass., 27.4.1996, n. 3926, in *Contratti*, 1996, 5, 455; Cass., 22.2.2000, n. 1964, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 4.1.2002, n. 59, (accollo del mutuo e consenso liberatorio del mutuante possono essere oggetto di condizione sospensiva al trasferimento), in *Riv. notar.*, 2002, 1027; Cass., 10.11.2003, n. 16822, in *Arch. civ.*, 2004, 1077; Cass., 7.4.2006, n. 8212, in *Leggi d'Italia on line* e ivi: Cass., 31.7.2007, n. 16881 e Cass., 14.1.2010, n. 477; Cass., 21.10.2011, n. 21896, in *Diritto e Giustizia on line*.

Com'è noto, l'art. 2932 co. 2 c.c. stabilisce che "la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile". L'interesse sotteso a questa regola è la salvaguardia del nesso sinallagmatico tra le prestazioni, nesso che, ai sensi dell'art. 1460 c.c., consente a ciascuna parte di autotutelarsi sospendendo temporaneamente l'adempimento della propria obbligazione fino a quando l'altro contraente non adempia, o non offra di adempiere, la sua. Ora nelle pronunce appena citate si afferma che se il prezzo (o la sua parte residua) risulta esigibile alla conclusione del contratto definitivo, l'offerta è da "ritenersi soddisfatta con la domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, giacché l'offerta è necessariamente implicita nella domanda stessa; pertanto, in tale ipotesi, la sentenza produttrice degli effetti del contratto non concluso deve essere senz'altro emessa, [ma] il pagamento del residuo prezzo deve essere imposto come condizione per il verificarsi dell'effetto traslativo derivante dalla pronuncia del giudice".

⁶¹ Con la minuta (o puntuazione) del contratto, le parti si limitano a documentare l'intesa raggiunta su alcuni o su tutti i punti del contratto, rinviando a un momento successivo la stipulazione di quest'ultimo. Sicché la minuta non ha carattere vincolante. In giurisprudenza si è distinto tra puntuazione di clausole e puntuazione completa di clausole. Nella prima le parti raggiungono intese parziali in ordine al futuro regolamento di interessi. Nella seconda le parti predispongono un accordo negoziale completo in funzione pur sempre preparatoria della stipulazione del contratto. I due casi danno luogo a un regime probatorio diverso. La completezza dell'assetto negoziale genera una presunzione semplice di perfezionamento contrattuale. Di conseguenza il convenuto in giudizio con l'azione di adempimento, se vuole eccepire la puntuazione completa di clausole per paralizzare l'azione dell'attore deve fornirne la prova. Ed esattamente egli deve provare, applicando i criteri di ermeneutica contrattuale (artt. 1362 ss. c.c.), che nonostante la completezza dell'accordo, sussisteva comunque la volontà delle parti di differire il perfezionamento del contratto. In giurisprudenza cfr: Cass., 30.3.1994, n. 3158, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 22.8.1997, n. 7857, in *Foro it.*, 1998, I, 878; Cass., 16.7.2002, n. 10276, in *Arch. civ.*, 2003, 525; Cass., 14.7.2006, n. 16118, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 2.1.2008, n. 28618, in *Contratti*, 2009, 4, 396; Cass., 4.2.2009, n. 2720, in *Leggi d'Italia on line*.

⁶² Cass. 2.4.2009, n. 8038, cit.

prestare, in taluni casi, una fideiussione. Anche la seconda direttiva (2008/122/CE) non ha imposto tale obbligo, ma il legislatore municipale ha confermato nel decreto attuativo la scelta già compiuta a suo tempo. Si tratta, com'è stato osservato, di una linea di politica del diritto "a forte vocazione consumeristica"⁶⁵.

Per effetto del d. lgs. n. 79/2011, l'obbligo di fideiussione è ora disciplinato dall'art. 72-bis cod. cons. La nuova norma non ha innovato rispetto al previgente art. 72 cod. cons., salvo l'impiego del termine "operatore" in luogo di "venditore" e l'innalzamento del *quantum* del capitale sociale versato da 5.164.569 a 5.500.000 euro. Com'è noto sono due i casi l'operatore è obbligato a prestare fideiussione bancaria: 1) quando l'operatore non ha la forma giuridica ovvero con un capitale inferiore a 5.500.000 euro e non avente sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato a garanzia della corretta esecuzione del contratto; 2) quando l'oggetto del contratto di multiproprietà sia in corso di costruzione a garanzia dell'ultimazione dei lavori.

Rimangono pertanto tutt'ora valide le critiche che la dottrina aveva già rivolto al previgente art. 72 cod. cons.

La norma in esame non contiene una disciplina di spiccato *favor* per il consumatore (ma un *favor* c'è). Essa si limita a stabilire al comma 4 che "le garanzie di cui ai commi 1 e 2 non possono imporre al consumatore la preventiva escussione del venditore". Con ciò derogando a quanto previsto dall'art. 1944 co. 2 c.c. che invece lascia libere le parti di "convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale". L'acquirente della multiproprietà ha quindi il diritto di rivolgersi direttamente al fideiussore per ottenere la restituzione di quanto già corrisposto all'operatore.

Il fideiussore può però opporre al consumatore (creditore) garantito le eccezioni inerenti la validità e l'efficacia del rapporto principale al fine di rifiutare o ritardare il pagamento (art. 1945 c.c.). Il legislatore non ha configurato tale garanzia sul modello del contratto autonomo di garanzia⁶⁶; in tal caso essa avrebbe operato per il solo fatto dell'inadempimento ossia, nel nostro caso, del mancato rispetto dei termini stabiliti per il completamento dei lavori (art. 72-bis co. 2 cod. cons.).

⁶⁵ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 485.

⁶⁶ Neppure la garanzia fideiussoria prevista dagli artt. 2 e 3 del d. lgs. 122/2005 (*Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della l. 2 agosto 2004, n. 210*) è stata configurata come contratto autonomo di garanzia.

Naturalmente non è precluso alle parti di accordarsi per rafforzare la garanzia, prevedendo il contratto autonomo di garanzia⁶⁷.

L'autonomia privata non può invece eliminare né diminuire i diritti che la legge riconosce all'acquirente-creditore. Per effetto dell'art. 78 co. 1 cod. cons., è nullo sia il patto con il quale l'acquirente rinuncia alla garanzia fideiussoria, sia l'accordo che imponga all'acquirente di escutere preventivamente l'operatore. Ma analizzando più da vicino le due ipotesi di fideiussione, si affacciano alcuni dubbi interpretativi che hanno negative sull'ambito dell'autonomia privata.

Non è chiaro, con riguardo al comma 1 dell'art. 72-bis cod. cons.⁶⁸, in quali casi debba essere prestata la fideiussione bancaria o assicurativa. Più esattamente quali requisiti debba avere la società per non essere obbligata a prestare la fideiussione. L'equivocità del testo lascia spazio a due interpretazioni opposte.

Secondo l'interpretazione cosiddetta "cumulativa", non sussiste l'obbligo di fornire garanzia fideiussoria se la società ha forma di società di capitali (ovvero, pur non avendo tale forma, sia titolare di un capitale sociale versato non inferiore a 5.500.000 euro) e ha "sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato".

Quest'ultimo requisito, secondo la tesi in parola, deve coesistere con una delle due condizioni previste dalla prima parte della norma - che va fino alla parola "euro" - poste in rapporto di alternatività in considerazione della congiunzione disgiuntiva "ov-

⁶⁷ Cass. Sez. un. 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Leggi d'Italia on line*, ha affermato che "l'inserimento in un contratto di fideiussione di un clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessoriarietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale". *Contra*: Cass., 7.1.2004, n. 52, in *Contratti*, con nota di PECORARO, *Performance bond e fideiussione*; Cass. 8.1.2010, n. 84, in *Contratti*, 2010, 4, 373 ss., secondo le quali "non è decisivo l'impiego delle espressioni 'a semplice richiesta' o 'a prima richiesta' del creditore". Conta, invece, "la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia". Le parti devono esplicitare nel contratto la carenza dell'elemento dell'accessoriarietà "con l'impiego di una specifica clausola idonea ad indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto". Per una trattazione sul contratto autonomo di garanzia cfr. MACARIO, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Obbligazioni*, Tratt. di diritto civile diretto da Lipari-Rescigno, Milano, 2009, 940 ss.

⁶⁸ L'art. 72-bis co. 1 cod. cons. stabilisce che "L'operatore non avente forma giuridica di società di capitali ovvero con un capitale sociale versato inferiore a 5.500.000 euro e non avente sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato è obbligato a prestare idonea fideiussione bancaria o assicurativa a garanzia della corretta esecuzione del contratto".





vero”. Ne consegue che qualora il venditore sia una società di capitali (o un ente con un capitale non inferiore a 5.500.000 euro), non avente però sede legale e sedi secondarie in Italia, egli sarebbe obbligato a prestare la fideiussione.

Il presupposto da cui muove questa interpretazione è che la società non di capitali (o l’ente con un capitale inferiore a 5.164.569 euro) e con sede legale all’estero non assicurerebbe una corretta esecuzione del contratto di multiproprietà. Da qui la necessità di bilanciare la posizione delle parti attraverso l’istituto della fideiussione⁶⁹.

Una differente lettura dell’art. 72-bis co. 1, cosiddetta “disgiuntiva”, considera la sede legale e le sedi secondarie nel territorio dello Stato come un requisito separato da non cumulare, al fine di escludere l’obbligo della fideiussione, con una delle due situazioni alternative previste dalla prima parte della norma. Ne deriva che non è obbligato a prestare fideiussione bancaria o assicurativa il venditore che: a) abbia forma giuridica di società di capitali ovunque si trovino la sede legale e le sedi secondarie; b) non abbia forma giuridica di società di capitali ma sia titolare di un capitale sociale versato non inferiore a 5.500.000 euro, ancorché non abbia sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato; c) non sia una società di capitali e, pur avendo un capitale sociale versato inferiore a 5.500.000 euro, abbia sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato⁷⁰.

Quest’interpretazione appare più razionale anche se non è immune da critiche. Essa sottrae dall’obbligo della fideiussione le società che hanno un’autonomia patrimoniale perfetta. Invece le società che hanno sede fuori dall’Italia devono essere titolari di un notevole patrimonio per non essere assoggettate all’obbligo. Ma non può sfuggire come la diversità di trattamento tra società con sede in Italia e società con sede in altro Stato della Comunità europea contrasti con gli artt. 54 e 64 del Trattato FUE, contenuti rispettivamente nel Capo II intitolato “Il diritto di stabilimento” e nel Capo IV sui “Capitali e pagamenti”⁷¹.

⁶⁹ L’interpretazione cumulativa è riportata dallo *Studio n. 4593* approvato dalla *Commissione studi civilistici del Consiglio nazionale del notariato* il 21 ottobre 2003.

⁷⁰ I sostenitori dell’interpretazione c.d. disgiuntiva osservano che la lettura congiuntiva sarebbe stata certamente corretta se prima della congiunzione “e” vi fosse stata una virgola; ciò avrebbe permesso una più facile riconduzione del requisito della “sede” a entrambe le categorie societarie contemplate dall’art. 72-bis co. 1 cod. cons. L’assenza della virgola consentirebbe di considerare la parte della norma in cui si dice “e non avente sede (...)” come se fosse retta dalla congiunzione disgiuntiva “ovvero”.

⁷¹ In tal senso si è pronunciato il citato *Studio n. 4593*. L’art. 48 (oggi art. 54 trattato FUE) equipara le società di altri Stati membri a quelle nazionali e l’art. 57 (oggi art. 64 trattato

Le due diverse interpretazioni dell’art. 72-bis co. 1 cod. cons. influiscono sulla tematica della rinuncia alla fideiussione. Nell’ambito dell’interpretazione cumulativa, la società di capitali-venditrice che non ha sede legale in Italia deve prestare la fideiussione; di conseguenza un’eventuale rinuncia a quest’ultima sarebbe nulla. Se, invece, nel medesimo caso si accoglie l’interpretazione disgiuntiva, la società-venditrice, essendo di capitali, non è obbligata alla fideiussione. E Le parti possono disciplinare liberamente la garanzia.

Venendo alla garanzia fideiussoria in caso di alloggio in corso di costruzione (art. 72-bis co. 2) a garanzia dell’ultimazione dei lavori, si è rimproverato al legislatore di non aver previsto una fattispecie più ampia⁷². La norma non tutela l’acquirente nel caso in cui l’operatore fallisca (o sia sottoposto ad altre procedure concorsuali) dopo l’ultimazione della costruzione ma prima di aver trasferito il diritto oggetto del contratto; ovvero nel caso in cui, sebbene terminati i lavori, si constati il mancato funzionamento delle strutture per l’impossibilità di gestire i servizi comuni.

Sarebbe forse stato opportuno stabilire l’obbligo dell’operatore di prestare, al momento della conclusione del contratto, una fideiussione per garantire l’esatto adempimento e la restituzione della somma versata maggiorata degli interessi fino alla trascrizione dell’atto⁷³.

FUE) vieta nuove restrizioni nei riguardi dei paesi terzi “per quanto concerne i movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti, che implicino investimenti diretti, inclusi gli investimenti in proprietà immobiliari, lo stabilimento, la prestazione di servizi finanziari o l’ammissione di valori mobiliari nei mercati finanziari”.

⁷²DI CIOMMO, *Multiproprietà: l’attuazione italiana della direttiva a tutela dell’acquirente*, cit., c. 38., c. 45.

⁷³DI CIOMMO, *op. loc. ult. cit.*, osserva che l’acquirente che subisce un inadempimento diverso da quello consistente nella mancata ultimazione della costruzione rischia di non ricevere alcun risarcimento del danno se la società venditrice contro la quale propone domanda giudiziale si sia sciolta, ovvero si trovi in stato di insolvenza. L’acquirente perderà anche il “prezzo globale” pagato - decorsi i termini per il recesso - per l’acquisto, ad eccezione dell’ipotesi in cui l’immobile sia in corso di costruzione in quanto l’allegato II-bis Parte 3 n. 3 prevede l’obbligo di garantire il rimborso dei pagamenti già effettuati. Quest’ultima disposizione, tuttavia, non specifica né quali debbano essere le garanzie, né i tempi e le modalità di rimborso. Secondo l’opinione prevalente, nell’eventualità in cui tali garanzie non siano menzionate nel documento informativo né nel contratto, quest’ultimo è comunque valido in quanto la legge prevede solo la sanzione amministrativa pecuniaria. Che va, secondo la nuova formulazione dell’art. 81 cod. cons., da euro 1.000 a euro 5.000 euro.

6. Il diritto di recesso nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e nella multiproprietà.

| 46

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2011/83/UE⁷⁴ sui diritti del consumatore ha sostituito le direttive sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (85/577/CEE) e sui contratti a distanza (97/7/CE), discostandosi dall'approccio di armonizzazione minima (considerando 2)⁷⁵. Il che si è reso necessario per rilanciare il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, soprattutto via internet, ritenuto ancora largamente inesperto.

Le ragioni di questo ritardo di crescita del mercato interno sono state individuate dalla stessa direttiva soprattutto nella diversità, sotto diversi profili, delle norme nazionali di tutela dei consumatori (considerando 5). Il fatto che i termini di recesso siano diversi in molti Stati membri è "causa di incertezza giuridica e di costi di adempimento" (considerando 40). Come pure distinti regimi sulla consegna dei beni costituiscono "una delle più importanti fonti di controversie con i professionisti (considerando 51).

E' chiaro che un sistema di tutela del consumatore, diversificato nei vari Stati membri, non favorisce affatto la libera circolazione delle merci e dei servizi e al contempo frena il consolidarsi di un effettivo mercato interno dei consumatori.

Ecco allora che la direttiva 2011/83/UE ha scelto, con qualche eccezione⁷⁶, l'armonizzazione massima. Stabilisce infatti l'art. 4 dir.: "Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto

⁷⁴ Per un'accurata disamina della citata direttiva cfr.: MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., 861 ss., il quale, tra le altre cose, sottolinea come essa si sia spinta a risolvere il duplice problema del termine di consegna nel contratto di vendita (art. 18) e del passaggio del rischio nelle vendite che prevedono la spedizione del bene da parte del professionista (art. 20); PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, cit., 251 ss.

⁷⁵ Gli Stati membri devono varare disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per l'attuazione della direttiva entro il 13 dicembre 2013 (art. 28 dir. 2011/83/UE).

⁷⁶ L'art. 3 § 4 dir. 2011/83/UE attribuisce agli Stati membri la facoltà di non applicare la direttiva ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali di importo non superiore a 50 euro. Inoltre "Gli Stati membri possono stabilire un valore inferiore nella rispettiva legislazione nazionale". L'art. 7 § 4 prevede una disciplina alleggerita quanto all'informazione per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali "in cui il consumatore ha chiesto espressamente i servizi del professionista ai fini dell'effettuazione di lavori di riparazione o manutenzione e in virtù dei quali il professionista e il consumatore adempiono immediatamente ai propri obblighi contrattuali e l'importo a carico del consumatore non supera i 200 euro. Detto articolo prevede altresì che "Gli Stati membri possono decidere di non applicare il presente paragrafo".

nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso". Gli Stati membri non possono pertanto derogare né *in peius* né *in melius* alle disposizioni della direttiva, sebbene quest'ultima non "impedisca ai professionisti di offrire ai consumatori condizioni contrattuali che vadano oltre la tutela prevista dalla direttiva" (art. 3 § 6).

Nella direttiva assumono rilievo primario sia le informazioni da fornire al consumatore prima che questi sia vincolato al contratto⁷⁷, distinguendo a seconda che si tratti, da un lato, di contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, dall'altro di contratti diversi da questi, sia il diritto di recesso di pentimento sul quale torneremo.

E' bene però preliminarmente osservare che la direttiva 2011/83/UE non ha modificato la regolazione del recesso nella multiproprietà, la quale è stata, come abbiamo visto, già oggetto di revisione ad opera del decreto legislativo n. 79/2011 attuativo della direttiva 2008/122/CE. Piuttosto si può osservare che le due normative hanno disciplinato il recesso in modo simile, a dimostrazione della riconosciuta efficacia di talune soluzioni tecniche nella prospettiva di un elevato livello di protezione dei consumatori (finalità, questa, posta dall'art. 169 TFUE).

La direttiva 2011/83/UE però non si appiattisce sulla tutela del consumatore. Essa è sì volta a promuovere "un effettivo mercato interno dei consumatori, [ma] che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese" (considerando 4). Così il legislatore europeo mostra di rifiutare "l'assolutismo insito nel totale asservimento del mercato alle logiche concorrenziali e nelle letture di esclusiva vocazione consumeristica del diritto europeo"⁷⁸.

Il recesso nelle vendite a distanza e nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali è un rimedio che controbilancia la posizione del consumatore rispetto a quella del professionista. Esso, nelle prime, è stato attribuito poiché il consumatore non può ve-

⁷⁷ L'informazione è, com'è noto, funzionale alla consapevole formazione del consenso e al corretto svolgimento del rapporto contrattuale. Essa riguarda infatti non solo la fase antecedente alla conclusione del contratto, ma anche il perfezionamento dell'accordo e l'esecuzione del rapporto contrattuale. L'importanza strategica delle regole sull'informazione ha spinto il legislatore europeo a farle oggetto di armonizzazione massima. Sia l'art. 7 § 5 (sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali) che l'art. 8 § 10 (sui contratti a distanza) della dir. 2011/83/UE stabiliscono che "Gli Stati membri non impongono ulteriori requisiti formali di informazione precontrattuale per l'adempimento degli obblighi di informazione sanciti dalla presente direttiva".

⁷⁸ MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., 866.





dere fisicamente - né *a fortiori* testare e ispezionare - i beni prima di averli acquistati. In definitiva, riconoscendo il recesso, si concede al consumatore un periodo di prova del prodotto. Nei secondi il recesso si pone, invece, quale tecnica di difesa rispetto a un'operazione la cui conclusione può dipendere da un effetto sorpresa e/o da una pressione psicologica (considerando 37 dir. 2011/83/UE).

Venendo alla disciplina del recesso nella direttiva 2011/83/UE, le informazioni su di esso devono essere fornite al consumatore “su supporto cartaceo” prima che questi sia vincolato a un contratto a distanza o negoziato fuori dai locali commerciali (art. 7 § 1). Prima della conclusione del contratto, quindi, il consumatore deve essere messo a conoscenza non solo della titolarità del diritto di recesso, ma anche delle sue modalità di esercizio. Il supporto cartaceo contiene anche un modulo-tipo di recesso da compilare e da restituire solo in caso di recesso dal contratto.

In materia di multiproprietà l'art. 71 cod. cons. contiene una disposizione simile all'art. 7 § 1 dir. 2011/83/UE. Similitudine esistente anche tra l'art. 11 dir. 2011/83/UE e l'art. 72 co. 6 cod. cons. secondo cui il contratto include “un formulario separato di recesso, come riportato nell'allegato II-*sexies*, inteso ad agevolare l'esercizio del diritto di recesso in conformità all'articolo 73”.

E' bene tuttavia sottolineare come sia nella multiproprietà che nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, il consumatore non sia obbligato a servirsi del modulo o formulario separato. L'art. 11 direttiva 2011/83/UE stabilisce la facoltà di utilizzare il modulo-tipo di recesso; altrimenti è ritenuta valida “qualsiasi altra dichiarazione esplicita della decisione di recedere dal contratto”⁷⁹. Analogamente l'art. 74 co. 2 cod. cons. recita che il “consumatore può [non deve] utilizzare il formulario di recesso di cui all'allegato VII fornito dall'operatore a norma dell'art. 72 comma 4”.

In ogni caso occorre che il consumatore abbia inviato al professionista (o all'operatore) la comunicazione del recesso prima che il periodo di esercizio di tale rimedio sia decorso (art. 11 § 2 direttiva 2011/83/UE e art. 74 cod. cons.). Si tratta di una dichiarazione unilaterale non recettizia da rendere in

forma scritta così da assicurare la prova - posta a carico del consumatore (art. 11 § 4 dir. 2011/83/UE e art. 74 co. 1 cod. cons.) - dell'avvenuto recesso⁸⁰.

Il termine entro cui recedere è fissato in quindici giorni sia nei contratti disciplinati dalla direttiva 2011/83/UE (art. 9), sia nella multiproprietà (art. 73 cod. cons.). Il *dies a quo* di decorrenza del termine è analiticamente regolato, con riferimento a diversi casi, dall'art. 73 co. 2 cod. cons. e dall'art. 9 della direttiva 2011/83/UE.

Il recesso in discorso è denominato “di pentimento” (*iuspoenitendi*), non dovendo il consumatore specificare alcun motivo (art. 9 direttiva 2011/83/UE e art. 73 cod. cons.); egli non deve neppure sostenere alcun costo per il suo esercizio (art. 9 § 1 dir. 2011/83/UE e art. 74 co. 4 cod. cons.)⁸¹, neppure, in caso di multiproprietà, corrispondere alcunché per l'eventuale servizio reso prima del recesso (ed è questa una novità rispetto al previgente art. 73 cod. cons.).

Si ha, invece, recesso denominato di “autotutela” (o di protezione) quando il professionista (o l'operatore) non fornisce al consumatore le informazioni previste dalla normativa (art. 10 direttiva 2011/83/UE e art. 73 cod. cons.). In tal caso il termine di esercizio del diritto si allunga a un anno e quattordici giorni, salvo che il professionista sani il suo inadempimento entro un anno. Da tale momento inizia a decorrere il termine breve di quattordici giorni per l'esercizio del recesso (art. 10 § 2 direttiva 2011/83/UE e art. 74 cod. cons.).

⁸⁰ L'art. 11 § 3 direttiva 2011/83/UE prevede che “il professionista, oltre alla possibilità di cui al paragrafo 1, può offrire al consumatore l'opzione di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso tipo riportato all'allegato I, parte B, o una qualsiasi altra dichiarazione di esplicita sul sito web del professionista. In tali casi il professionista comunica senza indugio al consumatore una conferma di ricevimento del recesso su un supporto durevole”.

⁸¹ L'art. 9 direttiva 2011/83/UE, alla regola dell'esclusione dei costi nell'esercizio del recesso, pone l'eccezione dei costi previste dall'art. 13 paragrafo 2 e dall'art. 14. La prima disposizione fa riferimento ai costi supplementari derivati dalla scelta del consumatore di “un tipo di consegna diversa dal tipo meno costoso di consegna standard offerto dal professionista”. La seconda, al comma 1, attribuisce al consumatore il costo della restituzione dei beni al professionista, purché quest'ultimo “non abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo è a carico del consumatore”. Al comma 2 stabilisce che “il consumatore è responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni, salvo nel caso di mancata informazione del diritto di recesso (art. 14 § 2). E al comma 3 pone a carico del consumatore l'obbligo di corrispondere al professionista un importo proporzionale alla prestazione già fornita da quest'ultimo. Ma – si badi – il professionista esegue la propria prestazione in pendenza del periodo del recesso solo se il consumatore gli abbia rivolto una esplicita richiesta in tal sensi ai sensi dell'art. 7 § 3 e dell'art. 8 § 8.

⁷⁹ Nel considerando 44 della direttiva 2011/83/UE si legge che “il consumatore dovrebbe restare libero di recedere con parole proprie, purché la dichiarazione con cui esplicita la sua dichiarazione di recedere dal contratto al professionista sia inequivocabile. Una lettera, una telefonata o il rinvio dei beni con una chiara dichiarazione potrebbero soddisfare tale condizione, ma l'onere della prova dell'avvenuto recesso entro i termini stabiliti nella direttiva dovrebbe incombere sul consumatore. Per tale motivo, è nell'interesse del consumatore avvalersi di un supporto durevole quando comunica al professionista il proprio recesso”.

Durante la decorrenza del termine per recedere dal contratto di multiproprietà (o relativo a prodotti per le vacanze a lungo termine o di scambio), il consumatore non è tenuto a effettuare alcuna prestazione, anzi vi è un espresso divieto di effettuare qualunque versamento in denaro (art. 75 cod. cons.). Il contratto, quindi, al di là delle espressioni utilizzate dal legislatore, è valido ma inefficace almeno per il consumatore⁸².

Nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali l'esercizio del diritto di recesso "pone termine agli obblighi delle parti" di eseguire o di concludere - in caso di offerta del consumatore - il contratto⁸³. Ma in tali contratti il consumatore può aver già sostenuto spese o pagato il prezzo. In tal caso l'art. 13 della direttiva 2011/83/UE prevede l'obbligo di rimborso a carico del professionista ove vi sia stato recesso del consumatore.

La direttiva in discorso stabilisce inoltre che il consumatore possa rivolgere al professionista un'esplicita richiesta su supporto durevole di iniziare l'esecuzione della propria prestazione durante il periodo di recesso (artt. 7 § 3 e 8 § 8 direttiva 2011/83/UE). Essa prevede altresì all'art. 15, come la normativa sulla multiproprietà all'art. 77 cod. cons., che il recesso dal contratto, comporta, sulla scorta del collegamento negoziale, rispettivamente l'automatico annullamento o risoluzione dei contratti accessori (c.d. *ancillary contracts*).

Da quanto detto emerge come si possa instaurare più di un parallelo tra la disciplina del recesso nei contratti a distanza e regolati fuori dai locali commerciali, da un lato, e della multiproprietà, dall'altro. Il recesso di pentimento è un rimedio che garantisce scelte consapevoli. Ed è proprio la consapevolezza che rischia di sfumare alla luce delle particolari circostanze in cui è concluso il contratto negoziato fuori dai locali commerciali o a distanza o della pluralità di variabili in gioco specialmente nella multiproprietà⁸⁴.

⁸² L'art. 74 co. 4 cod. cons. dispone che "l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, nei modi indicati dal comma 1, pone fine all'obbligo delle parti di eseguire il contratto". L'art. 75 cod. cons. vieta qualunque versamento in denaro "prima della fine del periodo di recesso in conformità dell'art. 73".

⁸³ Nel contratto a distanza e in quello concluso fuori dai locali commerciali, il diritto di recesso riguarda sia il contratto che la proposta contrattuale proveniente dal consumatore. In quest'ultimo caso, l'effetto del recesso sarà il venir meno dell'obbligo di perfezionare l'accordo.

⁸⁴ La direttiva 2008/122/CE realizza la finalità "di consentire ai consumatori di comprendere appieno i propri diritti e le proprie obbligazioni in base al contratto" attraverso il recesso di pentimento. Rispetto ad altri contratti, questa finalità è maggiormente avvertita nella multiproprietà (vacanze a lungo termine, rivendita, scambio) in ragione sia della particolarità, complessità e rilevanza finanziaria delle prestazioni legate a

Tale recesso tutela, quindi, l'*an* e il *quomodo* della negoziazione senza distruggere il principio secondo cui "il contratto ha forza di legge tra le parti" (art. 1372 c.c.), ma anzi ancorandolo ad una volontà libera ed effettiva.

7. Il problema della disciplina delle nullità di protezione.

Il codice del consumo non ha uniformato la disciplina applicabile alle nullità da esso previste. Le regole dettate dall'art. 36 cod. cons. - legittimazione relativa, rilevanza d'ufficio a favore del consumatore e parzialità necessaria - non sono quasi mai integralmente riprodotte in altre ipotesi di nullità testuali.

Gli artt. 52 co. 3 cod. cons. in materia di contratti a distanza, 72 co. 1 e 72-bis co. 3 cod. cons. in tema di multiproprietà, sanciscono *la nullità dell'intero contratto*⁸⁵ ma tacciono in ordine alla legittimazione ad agire e alla rilevanza d'ufficio. Ancora, gli artt. 67 co. 5 cod. cons. sulle limitazioni al rimborso nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali o a distanza, 78 cod. cons. sul contratto di multiproprietà e 124 cod. cons. sulla responsabilità del produttore, stabiliscono soltanto *la nullità di singole clausole*⁸⁶. Parimenti gli artt. 44 co. 3, 45

una vacanza sia della non infrequente ubicazione dell'immobile in un Stato diverso da quello dell'acquirente.

⁸⁵ Con riferimento alla violazione dell'obbligo di espressa menzione della fideiussione sancito dall'art. 72-bis co. 3 cod. cons., si è posto il problema della eventuale sanatoria della nullità del contratto di multiproprietà. Secondo una tesi è possibile sanare la nullità, trattandosi di menzione "sostanziale" e non "formale". Il venditore, tuttavia, non può sanare unilateralmente il vizio, occorrendo il consenso dell'acquirente, il quale ha diritto di valutare, così come nel caso di regolare conclusione del contratto, l'affidabilità e la solidità di chi ha prestato la garanzia. La soluzione è argomentata dall'art. 73 co. 4 cod. cons. che consente al venditore di integrare il contratto, in data successiva alla sua conclusione, con gli elementi mancanti, facendo venire meno, in tal modo, il diritto del consumatore al recesso lungo (cfr. BULGARELLI, cit., 560, e *Studio del CNN*, n. 2330, cit., p. 14). Si potrebbe obiettare che la sanatoria del contratto nullo possa riguardare soltanto i casi espressamente previsti dalla legge. Tuttavia si deve pur ammettere che la nullità è invocabile solo fino a quando l'immobile non sia stato ultimato, giacché la conclusione dei lavori e l'effettivo godimento del diritto da parte del compratore renderebbero non più necessaria la prestazione della garanzia e del tutto sproporzionata la sanzione della nullità.

⁸⁶ Gli artt. 67 co. 5, 78 e 124 cod. cons. non fanno riferimento alla possibilità di un giudizio parziale di nullità, né alla legittimazione relativa. L'art. 134 cod. cons., invece, è la disposizione meno lacunosa, sancendo che "la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice", ma non precisa se essa operi solo a vantaggio del consumatore e tace sull'applicabilità o meno dell'art. 1419 c.c. Certo è che la questione dell'integrazione della disciplina incompleta della nullità si pone anche in relazione ai contratti

co. 2 d. lgs. n. 79/2011 (codice del turismo) in materia di contratti del turismo organizzato e 143 cod. cons. sull'irrinunciabilità dei diritti, si limitano alla previsione della *nullità di determinati accordi*.

Si è posto così il problema se le prescrizioni contenute nell'art. 36 co. 1 e 3 cod. cons. siano applicabili a tutte le ipotesi in cui il codice del consumo o un'altra normativa speciale sancisca la nullità, senza al contempo regolamentarla esaustivamente⁸⁷. Certo è che una risposta negativa implicherebbe l'integrazione della singola ipotesi di nullità con le previsioni generali contenute negli artt. 1419 e 1421 c.c. per quanto non espressamente derogato.

Vero è che questa soluzione, nella sua assolutezza, esporrebbe la normativa integrata alla censura di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza (art. 3 co. 1 Cost.). Il che si verifica, com'è noto, quando a situazioni uguali - si pensi proprio alle clausole abusive nei contratti del consumatore - corrispondono regimi protettivi irragionevolmente diversi.

Tale considerazione induce a verificare se sia praticabile la soluzione positiva alla luce delle specificità del rapporto di consumo. Specificità che hanno indotto il legislatore a disciplinare analiticamente i singoli contratti (artt. 69 ss. cod. cons.) e a prevedere una parte generale contenuta nel titolo I della Parte terza del codice del consumo. La normativa dei contratti del consumatore sembra essere stata costruita come un microsistema tendenzialmente autonomo, come dimostra l'art. 38 cod. cons. Il quale stabilisce che "Per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra consumatore e professionista si applicano le disposizioni del codice civile".

Negli ultimi anni il legislatore è intervenuto spesso, soprattutto per effetto della normativa comunitaria, a regolare ambiti in cui appariva preminente l'esigenza di tutelare una parte soltanto del

contratto, sia pur al fine di garantire la razionalità del mercato. Si è delineata così una legislazione di settore che esprime una nuova strategia di politica del diritto, incentrata sulla diversificazione della disciplina della nullità in funzione realizzativa del programmato assetto di interessi⁸⁸.

Alla tecnica della disapprovazione-rifiuto del contratto, espressione di una logica astratta e livellante propria del codice civile, si è sostituito l'intervento conformativo del regolamento contrattuale operante a volte mediante la sola nullità, altre attraverso la sostituzione della parte invalida con il diritto dispositivo abusivamente derogato⁸⁹.

Questi interventi legislativi, non privi di rilievo sistematico⁹⁰, hanno posto il problema

⁸⁸ Se le nuove nullità perseguono lo scopo di proteggere un interesse indisponibile del singolo contraente, ovvero se la tutela di una delle parti costituisce il mezzo per realizzare un obiettivo di utilità sociale (così nella legge antitrust ove coesistono interessi pubblici e privati) è chiaro che la disciplina della nullità deve essere conformata su tali scopi. Vi sono alcune nullità necessariamente parziali quali quelle disposte dall'art. 1815 co. 2 c.c., dall'art. 23 co. 2 T.U.F. e dall'art. 36 co. 1 cod. cons.. Quando la nullità non è sufficiente a riequilibrare il contratto si prevede in certi casi un'integrazione giudiziale (art. 7 co. 3 d. lgs. n. 231/2002 sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali). Vi sono, inoltre, nullità a legittimazione relative come quelle previste dai commi 1 e 2 dell'art. 23 T.U.F. (art. 23 co. 3 T.U.F.). Sul superamento del dogma che individua il *proprium* della norma imperativa nella tutela di un interesse pubblico e sull'identificazione, quale elemento essenziale dell'imperatività, dell'indisponibilità dell'interesse tutelato, cfr. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 14-93.

⁸⁹ SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 468. ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 209 e ID., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 246, Atti del convegno di Treviso il 23-25 marzo 2006, «*Il diritto delle obbligazioni: verso una riforma?*»; ID., *Il diritto europeo dei rimedi*, in *Remedies in contract, The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, 232 ss., sottolinea come l'ingresso dell'invalidità nell'area del rapporto costituisca la nuova strategia nel governo degli effetti del contratto; VILLA, *Le invalidità fra modello tradizionale e nuove discipline*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milano, 2006, p. 415, a cura di Macario e Miletto; GENTILI, *Le nullità speciali*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, 1534 ss. e ID., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 2, 200 ss.; PUTTI, *I contratti del consumatore*, in *Diritti dei consumatori*, a cura di G. Alpa, Torino, 2009, 1, 346 ss.; PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione e interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 2, 407 ss.

⁹⁰ Afferma ALBANESE, cit., 14-15, riprendendo il pensiero di un'autorevole dottrina, che le nuove figure peculiari di nullità "realizzano una significativa convergenza tra i valori della Costituzione, che individua nell'utilità sociale e nei valori della persona i limiti dell'iniziativa economica privata, e le istanze di derivazione comunitaria, che perseguono l'obiettivo del corretto funzionamento della concorrenza come mezzo per garantire non solo l'uguale libertà di iniziativa economica degli imprenditori che operano sul mercato, ma altresì la libertà di scelta individuale del consumatore che a tali operatori si rivolge per

conclusi da imprese in determinate situazioni (ad es. in posizione dominante ex art. 3 legge antitrust (caso di nullità virtuale), nonché ai contratti bancari e di intermediazione finanziaria quando controparte dell'impresa in posizione dominante o della banca sia un consumatore (cfr. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 5, 841-842).

⁸⁷ Problema analogo si è posto anche con riguardo ai contratti tra imprese oggetto, com'è noto, di diverse discipline. Sul punto cfr. Secondo CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema, in Europa e dir. priv.*, 2006, 409 ss.; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 5, 534 ss.; VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, 113 ss.; ivi cfr. anche D'AMICO, *La formazione del contratto*, 37 ss., e ivi sulla distinzione tra contratti tra imprese e contratti del consumatore cfr. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, 9 ss.



dell'applicazione analogica. Applicazione che non può essere esclusa in assoluto alla luce anche del superamento della ricostruzione dell'atto nullo quale atto irrilevante (o inesistente)⁹¹ per incompletezza della fattispecie⁹². Ricostruzione che imponeva di considerare eccezionale ogni ipotesi di nullità.

Se l'invalidità (nullità e annullabilità) esprime un giudizio di qualificazione negativa, si potrebbe sostenere l'applicazione analogica dell'art. 36 cod. cons. a tutte le ipotesi di nullità che condividono la medesima *ratio* di protezione della parte che si trovi in posizione di *strutturale* soggezione rispetto all'altra⁹³. Ma il discorso non è così univoco, obiettandosi che l'estensione analogica è ostacolata dalla

soddisfare i propri bisogni". Il modello europeo di nullità è frutto di una "decisione di sistema"; pertanto, le nullità speciali incidono significativamente nella ricostruzione del diritto comune dei contratti.

⁹¹MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 19 ss., si sofferma efficacemente, in sintesi, sulle ragioni della distinzione tra nullità e inesistenza, riprendendo un tema classico di teoria generale che ha significativi risvolti pratici. Per un approfondimento cfr. FILANTI, *Inesistenza e nullità del giudizio giuridico*, Napoli, 1983, p. 3 ss. e p. 43 ss.

⁹² Sull'inadeguatezza dello schema logico della "fattispecie" per ricostruire la nullità cfr. PASSAGNOLI, in *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, a cura di G. Vettori, sub. art. 36, 376 ss., il quale riporta gli esempi del motivo illecito, della frode alla legge e del collegamento negoziale a dimostrazione dell'esistenza della nullità anche per circostanze *estranee alla fattispecie* (*id est*: alla struttura del singolo atto). La nullità testuale prevista dall'art. 36 cod. cons., infatti, non costituisce un rimedio all'incompletezza strutturale del contratto, bensì sanziona regolamenti completi ma disapprovati dall'ordinamento perché contrari all'ordine pubblico economico di protezione. Il principio di ordine pubblico viene giustamente in rilievo perché la tutela dell'interesse individuale, attraverso la previsione della nullità, è funzionale alla protezione di interessi generali. L'A. spiega la nullità come istituto che disciplina gli effetti di un contratto rilevante sebbene qualificato negativamente e perciò non vincolante. La rilevanza del contratto nullo è dimostrata già nel codice civile dagli artt. 128, 129-bis, 590, 799, 2332 e 2652 n. 6. Le nuove ipotesi di nullità, inserendosi in questo quadro, non possono essere ritenute eccezionali.

⁹³ Tale fisiologica soggezione dipende da asimmetrie informative ricorrenti "in tutti i casi in cui vi è una parte che dispone di un numero di informazioni incomparabilmente maggiore perché opera professionalmente nel mercato o magari perché ha essa stessa creato il prodotto e lo conosce quindi in tutte le sue componenti, ed un'altra che dispone invece necessariamente di un numero di informazioni di gran lunga inferiore" (così GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, cit., p. 277). Siamo su un piano di "fisiologia sociale perché è socialmente fisiologico - in una società basata sul mercato e sulle inevitabili stratificazioni - che i consumatori contrattino con professionisti, subfornitori con committenti, agenti con preponenti". Le nuove norme sui contratti di derivazione comunitaria si distinguono, ad esempio, da quelle che prevedono il rimedio della rescissione o dell'annullabilità del contratto per incapacità naturale che hanno la finalità di rimediare a contratti conclusi in condizioni di "patologia sociale" (ROPPO, cit., p. 42).

derogabilità della disciplina della nullità soltanto attraverso l'intervento legislativo.

L'art. 1421 c.c. sancisce, infatti, che se *la legge* non dispone diversamente "la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice". Il che renderebbe tecnicamente inutilizzabile l'interpretazione analogica, perché il riferimento alla "legge" quale fonte della deroga esclude la configurabilità della lacuna, presupposto indefettibile del ricorso all'analogia *legis*⁹⁴.

Si apre allora la via dell'applicazione diretta dell'art. 36 co. 1 e 3 alle ipotesi di nullità incomplete nella disciplina. Ma si replica argomentando dalla diversa qualificazione della nullità di cui all'art. 36 co. 1 rispetto alle altre ipotesi di nullità contenute nel codice del consumo. Su questa impostazione - da sottoporre a critica - occorre soffermarsi richiamando preliminarmente taluni concetti.

La norma imperativa, com'è noto, prevede un comando o un divieto e si caratterizza per *l'indisponibilità dell'interesse protetto* da parte dei consociati, i quali sono obbligati ad osservare il comando, ovvero non possono in alcun modo realizzare quanto forma oggetto del divieto. Con la norma imperativa l'ordinamento esige la soddisfazione di un interesse anche qualora le parti abbiano compiuto scelte in contrasto con esso. La previsione della rilevabilità d'ufficio, anche nel caso di nullità relativa, sarebbe un indice sintomatico della sottrazione dell'interesse al potere dispositivo delle parti⁹⁵. L'imperatività della norma implica, secondo

⁹⁴ In tal senso cfr. ALBANESE, cit., 87-88; DI MARZIO, cit., 868, il quale ritiene "fortemente discutibile" l'interpretazione analogica e D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, 643, nota 42.

⁹⁵ Secondo ALBANESE, cit., 26-45, il fatto che la legittimazione ad agire sia riservata solo al soggetto protetto non significa che questi abbia facoltà di decidere la sorte del contratto, di vincolare la decisione del giudice e quindi di disporre del rimedio. Se, invece, così fosse, si avrebbero i seguenti corollari: a) la nullità relativa rischierebbe di perdere la propria autonomia concettuale confondendosi con l'annullabilità; difatti, in mancanza della domanda o dell'eccezione della parte legittimata, il contratto produrrebbe i suoi effetti come se fosse annullabile; b) l'accertamento giudiziale non avrebbe carattere dichiarativo, atteso che l'invalidità opererebbe non *ipso iure* ma *opeexceptionis*. "Se ne deduce che la deroga ex art. 1421 ("salvo diverse disposizioni di legge") riguarda solo la legittimazione assoluta e non già la rilevabilità d'ufficio della nullità. (...) La regola della rilevabilità d'ufficio assolve la sua precipua funzione, che è quella di garantire sul piano processuale la realizzazione degli interessi protetti dalla norma sostanziale, anche quando, trattandosi di interessi privati indisponibili, il titolare degli stessi non abbia potuto o voluto provvedervi". Naturalmente, poiché la norma che prevede la nullità relativa tutela una sola parte contraente, l'applicazione della regola della rilevabilità d'ufficio non può tradursi in uno svantaggio per il soggetto tutelato. Un esempio può chiarire. Il consumatore può sostenere l'efficacia del recesso esercitato dal professionista avvalendosi



una dottrina⁹⁶, illiceità dell'atto compiuto in violazione di essa. Sì, illiceità, essendo l'atto riprovato dall'ordinamento in ragione degli effetti che produce.

Con la norma ordinativa (o di configurazione), invece, si ordinano i rapporti giuridici prevedendo oneri di forma⁹⁷ e di sostanza per l'esistenza, validità, efficacia dell'atto alla cui osservanza ne è subordinata la validità. Rileva, qui, il piano della legalità/illegalità non dell'illiceità, giacché l'invalidità è legata non alla riprovazione degli effetti in sé per sé considerati (come nell'illiceità), ma all'inidoneità del negozio a raggiungere gli effetti cui è diretto.

In base a queste nozioni, la nullità di cui all'art. 36 co. 1 cod. cons. sarebbe disposta, secondo un'opinione dottrinale, per contrarietà non al diritto imperativo o ordinativo ma al diritto dispositivo. Il legislatore - sia afferma - non ha vietato in assoluto l'inserimento nel contratto delle clausole elencate dall'art. 33 co. 2 cod. cons., ma ne ha indicato due condizioni alternative - costituenti, appunto, diritto dispositivo - di validità: a) la trattativa individuale; b) l'assenza di un significativo squilibrio, contrario a buona fede, dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Ora - continua l'opinione in esame - la possibilità di evitare la nullità della clausola vessatoria in astratto, escluderebbe la presenza della norma imperativa che, per sua stessa natura, impedisce al contratto di produrre effetti conformi al regolamento di interessi pattuito⁹⁸. Il legislatore, tuttavia, ha sancito

ugualmente la nullità a fronte della "deroga irragionevole al diritto dispositivo", deroga contrastante con la razionalità del mercato⁹⁹.

Tutto ciò lascerebbe intendere che il legislatore abbia diversificato la disciplina della nullità protettiva prevista dall'art. 36 cod. cons. da quella riguardante altre ipotesi di nullità contenute nel codice del

⁹⁹ Afferma DI MARZIO, cit., 860-861, che la deroga abusiva al diritto dispositivo "si può comprendere solo dal punto di vista del predisponente, che mira a massimizzare i vantaggi che può conseguire per la sua prevalenza sull'altra parte. Non si comprende, invece, né dal punto di vista dell'aderente, sul quale vengono scaricati tutti o quasi tutti i rischi del contratto e al quale vengono sottratti tutti o quasi tutti i poteri di gestione del contratto, né dal punto di vista del mercato, nel quale si forma una relazione squilibrata senza nessun vantaggio collettivo e anzi in pregiudizio del valore della concorrenza (il predisponente si avvantaggia rispetto a tutti gli altri imprenditori che non abusano della propria forza contrattuale per il solo fatto che egli ne abusa)" - corsivo mio -. Secondo l'A. (cfr. di DI MARZIO anche, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 3, 673 ss.) il legislatore rimedia all'asimmetria di potere contrattuale non con la tecnica della legislazione imperativa "ma con il controllo dell'esercizio della libertà contrattuale in concreto, ossia con la verifica della razionalità della deroga al diritto dispositivo". Ciò avviene, oltre che nei "contratti del consumatore in generale", anche nell'ambito della disciplina relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ai sensi dell'art. 7 co. 3 del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, dove si prevede che il giudice, dichiarata la nullità dell'accordo gravemente iniquo in danno del creditore, disponga la sostituzione delle clausole con le disposizioni di legge (nella fattispecie con gli artt. 4 e 5). Nella prospettiva del diritto dispositivo, diventa forse più semplice spiegare perché, con riferimento ai "contratti del consumatore in generale", clausole il cui contenuto sia stato negoziato sono lecite, mentre, in assenza di negoziazione, le stesse clausole sono nulle: il legislatore secondo GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 2, 159 ss., non sanziona un certo contenuto contrattuale bensì il comportamento abusivo. "E' l'abuso che genera lo squilibrio, non è quest'ultimo in sé il 'vizio' cui si reagisce, infatti se c'è squilibrio ma manca l'abuso, la clausola è efficace". Nella visione di Gentili però il comportamento è sanzionato in quanto contrario a norma imperativa e non a norma dispositiva. Tornando al pensiero di Di Marzio, l'A. ammette che nei contratti tra consumatore e professionista possa operare, in caso di nullità parziale, l'integrazione giudiziale mediante l'applicazione del diritto abusivamente derogato, superando così la regola codicistica secondo cui la sostituzione della clausola nulla avviene con la norma imperativa (artt. 1339 e 1419 co. 2 c.c.). A sostegno di ciò l'A. osserva che l'abuso di posizione di dominante e di dipendenza economica, le clausole abusive nei contratti del consumatore, il riferimento all'abuso della libertà contrattuale nella direttiva sui ritardi di pagamento, esprimono un precisa consapevolezza del legislatore. Ossi la necessità di non limitare la verifica dell'esercizio della libertà contrattuale ad una dimensione *solo verticale*, riguardante la compatibilità del programma contrattuale con i valori superiori dell'ordinamento espressi dalla legislazione imperativa, ma di estenderla alla *dimensione orizzontale* qualora la libertà contrattuale si concretizzi in un atto significativamente squilibrato in danno del consumatore. Ammette l'integrazione giudiziale anche VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo*, in *Contr. e impr.*, 2006, 3, p. 670.

di una clausola vessatoria, qualora egli sia interessato a porre fine al rapporto, senza che il giudice possa rilevare che, essendo la clausola priva di effetti, la facoltà di recesso non era stata attribuita al professionista. L'A. propone anche un esempio di corretto esercizio del potere di rilevare d'ufficio la nullità *anche contro la volontà manifestata dal soggetto protetto* nella misura in cui la dichiarazione di nullità operi a vantaggio di quest'ultimo. Stipulato un contratto bancario privo della forma scritta richiesta dall'art. 117 co. 1 t.u.b., ciascuna delle parti deduce l'inadempimento dell'altra e ne chiede la condanna al risarcimento del danno. Qualora il giudice ritenga che l'inadempimento sia da imputare esclusivamente al cliente, dovrà rilevare la nullità del contratto sebbene quest'ultimo, agendo per il risarcimento, abbia effettuato una chiara scelta che presuppone la validità del contratto. L'A. conclude che "la tutela predisposta dall'ordinamento prescinde dalla volontà manifestata dal contraente protetto ed è entro certi limiti sottratta al suo potere discrezionale".

⁹⁶ ALBANESE, *op. loc. cit.*

⁹⁷ L'art. 1341 co. 2 c.c. non è norma imperativa perché non vieta di inserire nel contratto le clausole che elenca, ma pone un requisito formale di efficacia che, se rispettato, conferisce legittimità a tali clausole. Sul concetto di norma ordinativa e sulla differenza tra questa e la norma imperativa cfr. ALBANESE, cit., 203-210.

⁹⁸ Trib. Rovigo, 17 agosto 2011, cit., ha accolto questa impostazione, affermando che "la vessatorietà della clausola non è parametro di violazione di una disposizione imperativa", indicando una limitazione superabile dell'autonomia privata.

consumo e nelle leggi speciali, sancite, invece, per violazione di norma imperativa (e non dispositiva/ordinativa). Dunque sembra a tutta prima ragionevole che il legislatore, nel trattare in modo diverso situazioni distinte, abbia calibrato le caratteristiche della nullità, escludendo o ribadendo solo in parte il regime espresso nell'art. 36 cod. cons.

L'accoglimento di quest'impostazione renderebbe arbitraria l'integrazione della disciplina incompleta delle nullità con le regole dettate dall'art. 36 coo. 1 e 3 cod. cons. e aprirebbe la strada dell'applicazione degli artt. 1419 e 1421 c.c.

In verità la Corte di Giustizia, anche di recente¹⁰⁰, ha evitato ogni concettualismo, e ha risolto il problema concreto argomentando dalla finalità della disposizione normativa, evitando così anche di cadere nella trappola della tutela assoluta e *a priori* del consumatore.

Essa ha, infatti, escluso la nullità totale del contratto, affermando che in sede di interpretazione dell'art. 6 § 1 della direttiva 93/13 sulle clausole vessatorie "la posizioni di una delle parti del contratto, nella fattispecie il consumatore [che chiedeva la nullità totale] non può essere presa in considerazione quale criterio determinante per disciplinare la sorte futura del contratto".

8. (Segue) Diversità delle nullità di protezione e necessità di distinguere.

Muovere dalla distinzione tra norme imperative e dispositive per escludere un'applicazione più ampia dell'art. 36 cod. cons. - *id est*: al di là delle clausole vessatorie - non convince.

Intanto non può sfuggire come l'art. 36 coo. 1 e 3 cod. cons. si applichi non solo ai casi di nullità delle clausole abusive elencate nell'art. 33 co. 2 cod. cons., ma anche qualora il contratto preveda una delle clausole di cui all'art. 36 co. 2 cod. cons. Il quale, secondo l'interpretazione da preferire, ha natura imperativa in quanto nel sancire la nullità escluderebbe *ogni prova contraria*. Non solo, quindi, la prova della trattativa¹⁰¹ come afferma espressamente l'art. 36 co. 2 cod. cons., ma ogni altra prova negativa indicata dall'art. 34 cod. cons. in grado di escludere il tratto della vessatorietà.

¹⁰⁰ Corte di Giustizia, 15.3.2012, C-453/10, (Okresný súd Prešov, Repubblica Slovacca c. Jana Perinčová, V. Perinč, in www.curia.europa.eu.

¹⁰¹ Sulle due tesi sostenute con riferimento all'interpretazione dell'art. 33 co. 2 cod. cons., una che afferma la presunzione assoluta di nullità e l'altra che asserisce l'esistenza di una "presunzione relativa rafforzata", cfr. in questo volume lo scritto intitolato "le clausole di esonero o di limitazione di responsabilità in caso di morte o danno".

Qualificare l'art. 36 co. 2 cod. cons. norma imperativa, dimostrerebbe che le regole dettate dall'art. 36 coo. 1 e 3 cod., cons. si applicano non solo ai casi di nullità delle clausole presunte abusive di cui all'art. 33 co. 2 cod. cons., ma anche ad altre ipotesi di clausole vessatorie previste da norme sicuramente imperative.

La verità è che tutta la disciplina delle clausole vessatorie è connotata da norme imperative, alla luce della indisponibilità degli interessi coinvolti (art. 143 cod. cons.). E' solo che l'ordinamento non reagisce alla semplice non conformità tra il contenuto di un patto e la prescrizione normativa imperativa, ma attiva un giudizio "a posteriori" per valutare se effettivamente la regola contrattuale confligga con la previsione legale imperativa. La quale stabilisce, nel caso della clausole vessatorie, l'abusività di quel patto che non sia stato oggetto di trattativa individuale. Alla valutazione sul contenuto, propria dell'invalidità, si aggiunge quindi quella sulla reale volontà del consumatore attraverso la verifica dell'avvenuta trattativa; ma siamo sempre nel campo della nullità per violazione di norma imperativa¹⁰².

Si prospetta così un'altra ricostruzione, sicuramente più solida, che fonda l'estensibilità ad altre ipotesi - pur sempre senza assolutizzazioni - della disciplina dettata dall'art. 36 cod. cons.¹⁰³. La legislazione sul consumatore s'inscrive "nel sistema di principi, tanto costituzionali che comunitari [così da presentare un carattere] doppiamente strutturale [che impedisce, proprio per] questa peculiare convergenza tra ordinamento interno ed europeo, [di ridurre tale legislazione] al piano della normativa contingente o d'emergenza"¹⁰⁴.

L'interesse del consumatore a diventare parte di un contratto normativamente e - nei limiti dell'art. 34 co. 2 cod. cons. - economicamente equilibrato e l'interesse generale del mercato allo svolgimento di rapporti concorrenziali corretti, che non avvantaggino indebitamente alcune imprese, *assurgono ad obiettivi di ordine pubblico* strettamente connessi tra loro. Il diritto privato europeo intende perseguire un'utilità generale favorendo scelte individuali razionali¹⁰⁵.

¹⁰²D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 142-143 e p. 148.

¹⁰³PASSAGNOLI, *Codice del consumo, Commentario, Sub. art. 36*, cit., 381 ss. e DI MARZIO, cit., 867-871.

¹⁰⁴Cfr. *amplius* PASSAGNOLI, *Codice del consumo, Commentario, Sub. art. 36*, cit., 381.

¹⁰⁵GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1, 113, rileva lucidamente che "una scelta individuale razionale dà al singolo l'utilità perseguita e ne realizza la libertà, ma favorisce anche chi offre servizi migliori ai costi più bassi. L'elevazione dello standard di qualità dei servizi dovuti dalle imprese emargina le efficienti, accresce il prodotto lordo e





Vi è un forte legame tra tutela del consumatore e governo degli scambi nel mercato, nel senso che la normativa, favorendo dinamiche corrette tra imprese e tra queste e i consumatori, agevola l'instaurazione di un circolo virtuoso a beneficio di tutti gli operatori economici. E' evidente che viene in luce un interesse generale. Del resto la stessa Corte di Giustizia ha affermato che l'art. 6 n. 1 della direttiva 93/13 CE, che sancisce la non vincolatività della clausole abusive, è norma imperativa che asurge al "rango di norma di ordine pubblico"¹⁰⁶.

Quest'intento protettivo del consumatore, funzionale anche al buon andamento del mercato, costituisce la *ratio* sia della nullità delle clausole abusive (artt. 33-38 cod. cons.) sia della nullità per violazione di norme imperative contenute in altre disposizioni del codice del consumo e in talune leggi speciali. Ora dall'intreccio tra interesse privato e interesse pubblico - spesso diverso nelle proporzioni di rilevanza di ciascuno - consegue però, secondo una condivisibile impostazione¹⁰⁷, l'impossibilità di ricostruire una disciplina comune a tutte le ipotesi.

Il problema della disciplina applicabile non sembra risolversi, da un punto di vista metodologico, concentrandosi su ciò che l'invalidità è secondo una ricostruzione astratta, ma piuttosto lo si risolve ponendo in luce volta per volta la funzione dell'invalidità, ossia ciò a cui essa serve.

Qualche esempio in cui occorre distinguere con riferimento alla disciplina applicabile appare utile.

quindi il benessere generale. E' quindi un obiettivo di interesse generale. Ma anche condizione della realizzazione degli interessi privati degli operatori economici. La nullità ne è idoneo strumento, ad entrambi i fini". Essa, continua l'Autore, non solo protegge "la razionalità della scelta individuale", tutelando così un interesse privato, ma tutela altresì l'ordine del mercato negando efficacia a quelle contrattazioni che ne sminuiscano l'efficienza. Siffatte nullità sono pertanto "parte dell'ordine pubblico (economico)" e dunque inderogabili e irrinunciabili.

¹⁰⁶ Corte di Giustizia, 6 ottobre 2009, C-40/08 (AusturcomTelecomunicaciones SL c. Cristina RodriguezNogueira), in www.judicium.it. Per un commento su questa e altre pronunce della Corte di Giustizia cfr. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Persona e Mercato*, 2010, 1, 26 ss. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., pp. 42-43, sottolinea come "ne tempo presente si assist[a] ... ad una crescente espansione dell'area delle norme imperative riconducibili al c.d. ordine pubblico di protezione, caratterizzate da inderogabilità unidirezionale o relativa (...). (...) non è tanto l'inderogabilità della norma - la quale non è sempre spia del suo carattere imperativo - quanto, piuttosto, l'indisponibilità dell'interesse da quella protetto, e della relativa tutela, che costituisce indice sicuro della sua inderogabilità".

¹⁰⁷ GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., 91 ss., ritiene che le nullità di protezione non siano speciali, essendo la protezione, da sempre, una funzione della nullità. Il fatto che non via specialità, soggiunge più volte l'Autore, non esclude certo la specificità della disciplina delle nullità di origine europea.

Il legislatore ha talvolta graduato diversamente l'autonomia privata. Con riguardo alle clausole abusive, la libertà contrattuale non è stata esclusa del tutto nella misura in cui essa si esprima in modo da non vessare il consumatore. In altre ipotesi, invece, quali quelle previste dagli artt. 67 co. 5, 78 e 124 cod. cons. o dall'art. 2 co. 1 d. lgs. n. 122/2005¹⁰⁸, l'autonomia privata è stata preclusa, manifestandosi con maggiore intensità la ragione fondante dell'ordine pubblico.

Questa diversità non incide, tendenzialmente, sull'individuazione della disciplina applicabile alla nullità. Le limitazioni più o meno estese alla libertà contrattuale nel diritto dei consumatori si giustificano quasi sempre per esigenze di ordine pubblico di protezione, le quali si realizzano attraverso la tutela specifica del solo consumatore in ragione del suo minor potere contrattuale. Deve, quindi, ammettersi l'applicazione analogica dell'art. 36 cod. cons. alle ipotesi di nullità testuali o virtuali¹⁰⁹ sfornite di una completa disciplina, che condividono la predetta *ratio* di tutela.

Del resto gli artt. 1469-bis c.c. e 38 cod. cons. prevedono che le disposizioni del codice civile si applicano solo quando il codice del consumo nulla disponga, ovvero quando non vi sia - anche estendendo il disposto di una legge speciale a tutela del consumatore - una norma che regoli il caso concreto in senso più favorevole al consumatore.

Ora è agevole verificare come ritenere applicabili gli artt. 1419 e 1421 c.c. invece dell'art. 36 coo. 1 e 3 realizzi, spesso, una protezione del consumatore meno efficace. Occorre però guardarsi dal pericolo di una acritica generalizzazione della disciplina dell'art. 36 coo. 1 e 3¹¹⁰. Non fosse altro perché vi sono differenze tra le nullità di protezione del diritto europeo in considerazione delle caratteristiche del caso e delle finalità che l'ordinamento intende per-

¹⁰⁸ Conteneva disposizioni per la tutela patrimoniale degli acquirenti di immobili da costruire a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210.

¹⁰⁹ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 157 ss., ammette che il giudizio di nullità ex art. 1418 co. 1 c.c. possa condurre a ricostruire una nullità di protezione virtuale. Tale giudizio esige di considerare se la permanenza del contratto confligga con lo scopo perseguito dal legislatore; a tale fine occorre indagare non solo la natura del divieto, ma anche il rapporto tra divieto e contenuto negoziale. Cfr. anche S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 11, 1040 ss.; D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 7, 732 ss.

¹¹⁰ Il pericolo è richiamato da: GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., 114, il quale rileva come "le nullità di protezione non [siano] tutte uguali"; PASSAGNOLI, *Codice del consumo, Commentario, sub. art. 36*, cit., 382-384; PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, cit., 259 ss.

seguire. Il che preclude un ragionamento unitario con riferimento alla disciplina applicabile, la quale è, invece, necessariamente variegata.

L'art. 78 cod. cons., nel sancire la nullità di certe clausole, non precisa se il contratto rimanga valido per il resto, né se la nullità operi solo a vantaggio dell'acquirente. Ciononostante, la *ratio* della norma imperativa in parola - rendere intangibili alcuni diritti per evitare inaccettabili squilibri contrattuali - verrebbe contraddetta se si ammettesse la nullità dell'intero contratto¹¹¹ a seguito della valutazione di essenzialità di cui all'art. 1419 co. 1 c.c.¹¹². Non vi sarebbe intangibilità dei diritti se il contratto venisse meno. Parimenti accadrebbe ritenendo che la nullità possa operare anche a vantaggio del venditore.

Si può allora ritenere che la nullità testuale dell'art. 78 cod. cons. sia relativa, necessariamente parziale e rilevabile d'ufficio soltanto a vantaggio del consumatore.

L'art. 72 co. 1 cod. cons., in tema di forma del contratto di multiproprietà, sembra esigere invece un ragionamento articolato che operi talune distinzioni¹¹³.

Allo stesso modo occorre distinguere con riguardo all'usura¹¹⁴. Secondo un'attenta dottrina «la nullità del contratto usurario *in astratto* sarà al contempo *assoluta e necessariamente parziale* giacché l'assolutezza della legittimazione presiede in tal caso alla tutela del generale interesse alla funzionalità e correttezza dell'esercizio del credito, mentre la parzialità necessaria vale a proteggere le ragioni dell'usurato»¹¹⁵. Viceversa nel contratto usurario *in concreto* si deve propendere per una legittimazione relativa¹¹⁶.

¹¹¹ Secondo ROPPO, cit., p. 33, considerata la *ratio* dell'art. 78 cod. cons. di protezione dell'acquirente, il professionista non può ottenere la dichiarazione di nullità dell'intero contratto facendo leva sulla nullità della singola clausola o del patto aggiunto.

¹¹² Su tale giudizio cfr. Cass. 5 luglio 2000, n.8970, in *Studi* *di diritto*, 2001, p. 716 ss.

¹¹³ PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, cit., 259 ss., non condivide la tesi secondo cui in caso di nullità del contratto di multiproprietà per difetto di forma (art. 72 co. 1 cod. cons.), soltanto il consumatore è legittimato a chiedere la declaratoria di nullità. L'A. suddivide l'art. 72 co. 1 cod. cons. in due sottocategorie: da una parte il contratto di multiproprietà reale, dall'altra «tutti i restanti contratti, compresa la multiproprietà azionaria e quella alberghiera, menzionati dall'art. 69 (ll. b-d), che reali non sono». Con riferimento alla prima l'Autore argomenta per la nullità assoluta.

¹¹⁴ Ovviamente non si può ricorrere all'art. 36 coo. 1 e 3 cod. cons. nelle ipotesi in cui la legge espressamente deroghi alle prescrizioni di cui a tali commi.

¹¹⁵ PASSAGNOLI, *Codice del consumo, Commentario, Sub. art. 36*, cit., 384 nota 31.

¹¹⁶ PASSAGNOLI, *op. ult. loc. cit.*

Il trattamento della nullità si conforma perciò alla *ratio* della norma violata e soltanto una ricostruzione rigorosa degli interessi sottesi alla stessa evita il rischio di incorrere in incongrue generalizzazioni. Tra l'altro neppure la spinosa tematica della sanabilità della nullità da parte del contraente protetto si lascia dominare da un'unica soluzione¹¹⁷.

Vero è che il diritto dei consumatori è composto da un insieme di regole che tende a configurarsi come autonomo e autosufficiente¹¹⁸. Ciononostante non sembra che si sia determinata una frattura tra le regole del codice civile sul contratto e quelle del codice del consumo¹¹⁹.

Sotto il profilo dell'invalidità, ad esempio, le nullità di protezione non si pongono in termini antagonistici rispetto alla disciplina della nullità contenuta nel codice civile, ma anzi ne svelano le potenzialità, attuando il principio di conservazione del contratto viziato¹²⁰. Il che consente di ribadire, ancora una volta, la natura non eccezionale della di-

¹¹⁷ PAGLIANTINI, *la nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida*, in *Persona e mercato*, 2009, 1, 29 ss.; GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., 117, ammette, riprendendo il pensiero di Pagliantini, la convalida nei casi in cui il consumatore possa validamente opporsi *ex post* alla dichiarazione di invalidità. Contrario ad un generale potere di convalida PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in questa *Rivista*. Per un'approfondita disamina del tema cfr. il lavoro monografico di PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010.

¹¹⁸ Il codice civile e il codice del consumo sono testi normativi pervasi da ideologie diverse: dall'uguaglianza formale, il primo, dall'uguaglianza sostanziale e dall'equilibrio effettivo del contratto, il secondo. Per ampia analisi sui tratti fondamentali del diritto dal medioevo fino al processo di unificazione europea passando attraverso l'umanesimo, il giusnaturalismo, l'illuminismo e il giusliberismo, è imprescindibile il libro di P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007. Per una sintesi dell'evoluzione del diritto dai codici ottocenteschi alla legislazione degli anni Novanta del secolo scorso - attuativa di direttive comunitarie - e all'attività della Corte di Giustizia fino ai recenti codici di settore, cfr. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, 3-13.

¹¹⁹ M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, p. 211 ss., osserva come soltanto arrendendosi ad una prima sensazione si arriva a concludere che le regole sul rapporto di consumo «abbiano inciso in maniera rivoluzionaria sulle modalità di conclusione del contratto, sulla causa, sul regime delle invalidità, sulle cause di scioglimento del rapporto e sulle tecniche di conservazione». L'Autrice dimostra in modo convincente come sia possibile ricomporre tutta la materia contrattuale in un sistema unitario sia pur «flessibile e capace persino di ammettere al suo interno una pluralità di modelli» (p. 215).

¹²⁰ GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., p. 247, osserva come la buona fede oggettiva sia uno degli strumenti attraverso cui raccordare la disciplina contrattuale di diritto comune e la regolamentazione dei contratti dei consumatori (p. 250 ss.). L'Autrice non si limita tuttavia ad affermare la specialità, ma argomenta a favore di una integrazione di norme, che vada, quindi oltre la prevalenza di una norma sull'altra (cfr. p. 256).

sciplina della nullità dettata per i contratti dei consumatori¹²¹ e, di recente, di quella prevista a tutela di altri soggetti - il turista, il cliente - protetti in quanto estranei (*outsiders*) alla prestazione in una relazione di mercato asimmetrica¹²².

Anche la microimpresa, di recente, è stata tutelata contro le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive¹²³.

¹²¹PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 173.

¹²² In argomento vi sono numerosi scritti tra i quali si segnalano: ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 279-280; ID., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 3, 19 ss., soprattutto cfr. pp. 30-32; MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., pp. 905-908; VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbligaz. e contr.*, 2011, 2, p. 86 ss.

¹²³ La citata legge di conversione n. 27/2012 ha aggiunto all'art. 18 co. 1 del codice del consumo dopo la lettera d) la lettera d-bis): "microimprese": entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003".

DANNO NON PATRIMONIALE E ROTTURA INGIUSTIFICATA DELLA PROMESSA DI MATRIMONIO.

Di Serena Meucci

| 56

Danno non patrimoniale e rottura ingiustificata della promessa di matrimonio



SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Rilevanza giuridica della promessa di matrimonio. 2.1. – In particolare: natura giuridica e fondamento dell'obbligazione "risarcitoria" ex art. 81 c.c. - 3. Configurabilità del danno non patrimoniale per lesione della dignità della persona causata dalla rottura della promessa di matrimonio.

LA SENTENZA

Cass. civ., sez. VI, 2.1.2012, n. 9
(Pres. M. Finocchiaro - Est. R. Lanzillo)

Massima.

L'illecito consistente nel recesso senza giustificato motivo dalla promessa di matrimonio non è assoggettato ai principi generali in tema di responsabilità civile, contrattuale od extracontrattuale, né alla piena responsabilità risarcitoria che da tali principi consegue, poiché un tale regime potrebbe tradursi in una forma di indiretta pressione sul promittente nel senso dell'accettazione di un legame non voluto; sicché il risarcimento dei danni conseguenti all'ingiustificata rottura della promessa di matrimonio va circoscritto alle spese fatte ed alle obbligazioni contratte dal promissario, escludendo, pertanto, il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Premesso in fatto.

- Il 7 novembre 2011 è stata depositata in Cancelleria la seguente relazione ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c.:

"1.- Con la sentenza impugnata in questa sede la Corte di appello di Catania ha confermato la sentenza con cui il tribunale di Catania - Sez. dist. di Paterno - ha condannato C.G. al risarcimento dei danni in favore di F.P., per ingiustificata rottura della promessa di matrimonio, nella misura di Euro 9.875,45, somma corrispondente alle spese fatte ed alle obbligazioni contratte dalla fidanzata in previsione delle nozze. In accoglimento dell'ap-

pello incidentale proposto dalla F. la Corte di appello ha poi condannato il C. al risarcimento dei danni non patrimoniali, liquidati in Euro 30.000,00. Quest'ultimo propone sette motivi di ricorso per cassazione. L'intimata non ha depositato difese.

2.- I primi due motivi, con cui il ricorrente lamenta vizi di motivazione e violazione degli art. 79, 80 e 81 cod. civ. nel capo in cui la sentenza impugnata lo ha condannato al rimborso delle spese, sono inammissibili perché generici ed apoditticamente formulati.

Il ricorrente lamenta che la Corte di merito non abbia preso in esame le sue deduzioni circa il giusto motivo della rottura del fidanzamento e non abbia tenuto conto, nella quantificazione dei danni, della misura in cui dette spese avrebbero potuto essere recuperate, ma non fa alcun riferimento alla concreta motivazione della sentenza, che ha ritenuto non provate le eccezioni da lui sollevate, nè illustra le ragioni per cui la motivazione si dovrebbe ritenere insufficiente, illogica o contraddittoria.

3.- Con il terzo e il quarto motivo il ricorrente denuncia violazione degli artt. 81 e 2059 c.c., e vizi di motivazione, sul rilievo che il risarcimento dei danni conseguenti all'ingiustificata rottura della promessa di matrimonio va circoscritto alle spese fatte ed alle obbligazioni contratte dal promissario; non può essere esteso oltre questi limiti - e men che mai al risarcimento dei danni non patrimoniali - poiché il recesso dalla promessa non costituisce illecito, in quanto la legge vuoi salvaguardare fino all'ultimo la piena libertà delle parti di decidere se contrarre o non contrarre matrimonio. Richiama a conforto la recente giurisprudenza di questa Corte (Cass. civ. Sez. 3, 15 aprile 2010 n. 9052).

3.- I motivi sono fondati.

Va premesso che la rottura della promessa di matrimonio formale e solenne - cioè risultante da atto pubblico o scrittura privata, o dalla richiesta delle pubblicazioni matrimoniali (come nel caso di specie, ove il ricorrente ha esercitato il recesso solo due giorni prima della data fissata per la celebrazione delle nozze) - non può considerarsi comportamento lecito, come assume il ricorrente, allorchè avvenga senza giustificato motivo.

E' indubbio che tale comportamento non genera l'obbligazione civile di contrarre il matrimonio, ma il recesso senza giustificato motivo configura pur sempre il venir meno alla parola data ed all'affidamento creato nel promissario, quindi la violazione di regole di correttezza e di autoreponsabilità, che non si possono considerare lecite o giuridicamente irrilevanti.

Poichè, tuttavia, la legge vuoi salvaguardare fino all'ultimo la piena ed assoluta libertà di ognuno di contrarre o non contrarre le nozze, l'illecito consistente nel recesso senza giustificato motivo non è assoggettato ai principi generali in tema di responsabilità civile, contrattuale od extracontrattuale, nè alla piena responsabilità risarcitoria che da tali principi consegue, poichè un tale regime potrebbe tradursi in una forma di indiretta pressione sul promittente nel senso dell'accettazione di un legame non voluto.

Ma neppure si vuole che il danno subito dal promissario incolpevole rimanga del tutto irrisarcito.

Il componimento fra le due opposte esigenze ha comportato la previsione a carico del recedente ingiustificato non di una piena responsabilità per danni, ma di un'obbligazione ex lege a rimborsare alla controparte quanto meno l'importo delle spese affrontate e delle obbligazioni contratte in vista del matrimonio. Non sono risarcibili voci di danno patrimoniale diverse da queste e men che mai gli eventuali danni non patrimoniali.

La motivazione della sentenza impugnata, circa la rilevanza degli interessi non patrimoniali, degli affetti e dei diritti della persona del promesso sposo incolpevole, che sarebbero anche costituzionalmente protetti e che risulterebbero lesi dalla rottura della promessa, è irrilevante e non congruente con la disciplina giuridica della materia, poichè tralascia il presupposto ineliminabile per poter attribuire rilevanza ai suddetti diritti e interessi: cioè l'assoggettamento della promessa di matrimonio e del suo inadempimento ai principi generali in tema di responsabilità, contrattuale od extracontrattuale, anzichè ai soli effetti espressamente previsti dall'art. 81 c.c..

4.- Gli altri motivi, che censurano i criteri di liquidazione del danno non patrimoniale, risultano assorbiti.

4.- Propongo che il ricorso sia deciso con procedura in camera di consiglio, nel senso dell'accoglimento del terzo e quarto motivo; del rigetto del primo e del secondo motivo, assorbiti gli altri motivi". - La relazione è stata comunicata al pubblico ministero e ai difensori delle parti.

- Il P.M. non ha depositato conclusioni scritte.

Considerato in diritto.

Il Collegio, all'esito dell'esame del ricorso, ha condiviso la soluzione e gli argomenti prospettati dal relatore.

In accoglimento del terzo e del quarto motivo di ricorso, la sentenza impugnata deve essere cassata nella parte in cui ha condannato il ricorrente al risarcimento dei danni non patrimoniali. Il primo e il secondo motivo vanno rigettati e gli altri motivi risultano assorbiti.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 2.

Il capo della sentenza di appello che ha accolto l'appello incidentale della F., condannando il C. al risarcimento dei danni non patrimoniali, deve essere annullato, mentre va confermata la condanna del ricorrente a rimborsare alla F. le spese fatte e le obbligazioni contratte in vista del matrimonio, nell'importo quantificato dal Tribunale e confermata dalla Corte di appello.

Considerata la reciproca soccombenza delle parti le spese del giudizio di appello si compensano per intero.

Le spese del presente giudizio vanno poste a carico della soccombente F. e si liquidano complessivamente in Euro 1.500,00, di cui Euro 200,00 per esborsi ed Euro 1.300,00 per onorari; oltre al rimborso delle spese generali ed agli accessori previdenziali e fiscali di legge.

P.Q.M.

La Corte di cassazione accoglie il terzo e il quarto motivo di ricorso; rigetta il primo e il secondo motivo e dichiara assorbiti gli altri motivi.

Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e, decidendo nel merito, rigetta la domanda proposta da F. P. con l'atto di appello incidentale e conferma il rigetto dell'appello principale, proposto da C.G.. Compensa per intero le spese del giudizio di appello. Condanna F. P. a rimborsare al ricorrente le spese del giudizio di cassazione, liquidate complessivamente in Euro 1.500,00, oltre alle spese generali ed agli accessori previdenziali e fiscali di legge.

Così deciso in Roma, il 15 dicembre 2011.

Depositato in Cancelleria il 2 gennaio 2012

IL COMMENTO

1. Il problema.

L'occasione per ripensare il profilo della risarcibilità del danno da rottura ingiustificata della promessa di matrimonio e superare gli esiti negativi che si leggono in dottrina e giurisprudenza proviene da una recente sentenza della Cassazione del gennaio di quest'anno¹.

¹ Si tratta di Cass. 2 gennaio 2012 n. 9. La fattispecie concreta è così ricostruibile. In seguito alla ingiustificata rottura della promessa, la fidanzata abbandonata si rivolge all'Autorità giudiziaria per ottenere il rimborso delle spese fatte e delle obbligazioni contratte in vista del matrimonio.



La Suprema Corte cassa la pronuncia della Corte di Appello di Catania che aveva accolto la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale subito dalla nubenda a fronte della rottura della promessa di matrimonio perpetrata in modo ingiustificato e lesivo della propria dignità e reputazione, richiamando il principio generale della incoercibilità della libertà matrimoniale: la condotta consistente nel recesso senza giustificato motivo dalla promessa, si osserva, non è assoggettato ai principi generali in tema di responsabilità e ciò perché “un tale regime potrebbe tradursi in una forma indiretta di coazione sul promittente nel senso dell'accettazione di un *legame matrimoniale non voluto*”. I presupposti per il risarcimento dei danni non patrimoniali, continua la Suprema Corte, non sussistono giacché la rottura della promessa non costituisce illecito essendo protetta fino all'ultimo la piena libertà delle parti di decidere di contrarre matrimonio.

Ad avviso della Cassazione la motivazione della sentenza catanese circa la rilevanza costituzionale degli interessi non patrimoniali del nubendo incolpevole lesi dal comportamento altrui quale giustificazione della risarcibilità del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. sarebbe “irrelevante e non congruente (...) poiché tralascia il presupposto ineliminabile per poter attribuire rilevanza ai suddetti diritti e interessi: cioè l'assoggettamento della promessa di matrimonio e del suo inadempimento ai principi generali in tema di responsabilità contrattuale od extracontrattuale, anziché ai soli effetti espressamente previsti dall'art. 81 cod. civ.”.

Le argomentazioni accolte dalla Cassazione ci appaiono censurabili. E cercheremo di spiegare il perché.

Si può osservare sin da subito che se, da un lato, il rigetto della domanda di risarcimento dei danni non patrimoniali fondata sull'art. 81 c.c. appare ragionevole (detta norma, come si vedrà, esprime il

bilanciamento tra la libertà matrimoniale² e l'esigenza equitativa di riparazione del patrimonio del nubendo abbandonato), d'altra parte l'insoddisfazione che deriva dal rigetto della richiesta risarcitoria a fronte di una condotta lesiva dei diritti costituzionalmente protetti di dignità e reputazione spinge a ricercare il fondamento di tale rimedio altrove³.

Si tratta allora di dimostrare la sussistenza di spazi per la legittima richiesta risarcitoria dei danni non patrimoniali subiti dal nubendo fondata non sull'art. 81 c.c. la cui funzione è riparatoria e limitata alle “spese contratte e obbligazioni”, né tantomeno sulla violazione di un obbligo di buona fede nelle trattative precontrattuali ex art. 1337 c.c., bensì nella tutela della dignità della persona costituzionalmente protetta.

Per il vero, la stessa Cassazione non mette in discussione la possibilità che il comportamento del nubendo possa ledere la dignità e l'onore del fidanzato, ma qualifica come “non congruente” il giudizio che induce, appunto, a dare rilevanza a fini risarcitori a tale lesione e, così, a giustificare la risarcibilità del danno non patrimoniale. Tali esiti sarebbero preclusi ex ante dalla disciplina codicistica che nel predisporre rimedi specifici (artt. 80 e 81) esaurisce e consuma la rilevanza giuridica della promessa.

Il presunto limite alla tutela risarcitoria dei diritti inviolabili costituzionalmente protetti in nome della specialità e specificità dei rimedi normativi apprestati esprime una posizione superata. E' la stessa Cassazione ad avere sancito l'insussistenza di tale restrizione; basti pensare all'evoluzione della responsabilità per danno non patrimoniale in caso di violazione del dovere di fedeltà coniugale idonea a integrare una lesione della dignità del coniuge, nel quadro della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

Il Tribunale di Catania in primo grado condanna il fidanzato al risarcimento dei danni per ingiustificata rottura della promessa di matrimonio nella misura corrispondente alle spese fatte ed alle obbligazioni contratte dalla fidanzata (circa 10.000 euro) in previsione delle nozze. La Corte di Appello, in accoglimento dell'appello incidentale proposto, ha poi condannato il nubendo infedele al risarcimento dei danni non patrimoniali, liquidati in Euro 30.000,00. Avverso la sentenza dei giudici di secondo grado, il fidanzato propone ricorso in Cassazione per violazione, tra l'altro, degli artt. 81 e 2059 cod. civ. osservando che il risarcimento dei danni conseguenti all'ingiustificata rottura della promessa di matrimonio non possa estendersi oltre i limiti stabiliti dall'art. 81 c.c. delle spese fatte e delle obbligazioni contratte dal promissario. Non vi sono, si osserva, i presupposti per il risarcimento dei danni non patrimoniali giacché il recesso dalla promessa non costituisce illecito essendo tutelata e protetta fino all'ultimo la piena libertà delle parti di decidere di contrarre matrimonio.

² Si è osservato in una recente pronuncia del Trib. Reggio Calabria, 12 agosto 2003, in *Giur. di Merito*, 2004, 282 che “Il comportamento del nubendo promittente che si scioglie dalla promessa, essendo espressione di quel diritto personale fondamentale che è la libertà matrimoniale, non può mai essere qualificato in termini di illiceità ex art. 2043 c.c., vale a dire che di per sé la rottura della promessa di matrimonio, anche se fatta senza “giusto motivo”, non è mai anti-giuridica, perché non è non iure, e quindi non è mai produttiva di danni ingiusti”.

³ Non si può fare a meno di notare come sia la stessa Suprema Corte a percepire il disvalore sociale del rifiuto ingiustificato di celebrare le nozze e a riconoscere che seppure sia indubbio che tale comportamento non generi l'obbligazione civile di contrarre il matrimonio, il recesso senza giustificato motivo “configura pur sempre il venir meno alla parola data ed all'affidamento creato nel promissario, quindi la violazione di regole di correttezza e di autore-sponsabilità, che non si possono considerare lecite o giuridicamente irrilevanti”.



L'iter argomentativo finalizzato a dare corpo e dimostrare le conclusioni così anticipate si snoda in più momenti: in primo luogo, definire l'ambito di rilevanza giuridica della promessa di matrimonio disegnato dal legislatore agli articoli 79, 80 e 81 c.c.; tale aspetto ci consentirà di individuare i principi regolatori della disciplina e il bilanciamento tra gli interessi coinvolti dal quale emerge come prioritario il principio della libertà matrimoniale.

Si tratta di verificare poi la possibilità di individuare nella fattispecie di cui ci occupiamo una lesione della tutela della dignità della persona e, pervenuti a una risposta positiva, tracciare i confini della risarcibilità del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c..

2. Rilevanza giuridica della promessa di matrimonio.

Ai sensi dell'art. 79 c.c., la promessa di matrimonio "non obbliga a contrarlo né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento".

La formulazione normativa, più precisa del precedente del 1865⁴, fornisce un'indicazione chiara: la promessa, in qualunque forma, modalità e circostanza effettuata, non produce alcun effetto "in positivo", di coercibilità giuridica. Viene così consacrato il principio di libertà matrimoniale, escludendo ogni forma di coazione anche indiretta (si pensi a forme di penali previste per la mancata celebrazione delle nozze).

Ad una disposizione che nega effetti, si affiancano due norme che disciplinano le conseguenze giuridiche della patologia della promessa. Ai sensi dell'art. 80 c.c. può essere richiesta, qualora le nozze non vengano celebrate, la restituzione dei doni fatti a causa della promessa in qualunque forma questa sia stata conclusa e per qualunque motivazione non si sia pervenuti al matrimonio. In presenza poi di determinate condizioni (tra le quali la forma della promessa: atto pubblico o scrittura privata

autenticata), la rottura senza giusto motivo degli sponsali obbliga il promittente a risarcire il danno cagionato all'altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte, nei limiti delle condizioni economico-sociali delle parti stesse.

Sollecitata da una disposizione quale l'art. 79 rubricata "Effetti", la dottrina a partire dall'entrata in vigore del Codice si è esercitata in tentativi di definizione dell'istituto talvolta cedendo ad astratte forme di sistematizzazione dogmatica non pienamente giustificate.

Così, se alcuno – più anticamente – qualificava gli sponsali come contratto⁵, tesi da respingere non foss'altro per la mancanza del carattere patrimoniale e la non suscettibilità di valutazione economica, altri, vi ha individuato un negozio di natura dichiarativa tale da creare in testa ai nubendi una situazione di aspettativa intesa nel senso più ampio di aspirazione al costituirsi di un rapporto giuridicamente rilevante (il matrimonio, appunto)⁶. Ancora, vi è chi – sempre in un'ottica negoziale – ha ricondotto la fattispecie all'area precontrattuale, estendendo l'obbligo di comportamento secondo buona fede ex art. 1337 c.c.⁷.

Agli orientamenti lato sensu negoziali si contrappongono quelle tesi che, variamente opinando, hanno fatto ricorso alla figura dell'atto giuridico in senso stretto, dell'atto giuridico lecito e della obbligazione naturale. Si osserva come la promessa di matrimonio sia un atto sociale produttivo di un rapporto dotato di limitati effetti giuridici, effetti i quali non si collegano a una realtà negoziale o comunque a un atto giuridicamente qualificato o qualificabile, bensì all'effettuazione di doni e spese (art. 80) ovvero al comportamento concretizzato nella rottura senza giusto motivo della promessa (art. 81)⁸.

La difficoltà ricostruttiva è evidentemente dovuta alla sussistenza di una previsione quale l'art. 81 c.c. che prende in considerazione una particolare forma di promessa di matrimonio, quella "vicendevolmente scambiata e risultante da atto pubblico o scrittura privata autenticata". La tendenza a reperire

⁴ E' interessante ricordare come il legislatore napoleonico del 1804, in aperta rottura con la tradizione, ha eliminato ogni riferimento alla promessa di matrimonio.

Una soluzione di "compromesso" è stata adottata dalle legislazioni dell'Italia preunitaria, si è così accolto il principio della piena legittimità della promessa, la cui conclusione d'altra parte non produce un obbligo legale a contrarre le nozze sussistendo in caso di rifiuto ingiustificato il solo diritto al risarcimento del danno. In questo senso, tra gli altri, il Codice civile del Regno delle Due Sicilie (art. 148), il Codice Albertino (art. 107).

Il Codice Civile del 1865 agli articoli 53 e 54 ha adottato una scelta di fondo analoga sebbene con una formulazione meno limpida di quella vigente.

⁵ Si tratta della dottrina e giurisprudenza formatasi durante la vigenza del Codice del 1865. Ex multis, v. N. STOLFI, *Diritto civile*, V, Torino, 1919, p. 60 e, per la giurisprudenza, Cass., 5 dicembre 1928, in *Foro it.*, 1929, I, 409.

⁶ Così A. CANDIAN, *Temì*, 1951, p. 469. Si vedano al riguardo i rilievi di F. FINOCCHIARO (in *Del matrimonio*, I, in *Commentario al Codice Civile*, Scialoja, Branca, sub artt. 79-83, Bologna-Roma, 1971, p. 67 ss.) il quale, tra l'altro, osserva come sia lo stesso art. 79 c.c. a smentire siffatta ricostruzione e a negare che la promessa sia prodromica al matrimonio nel senso di idonea a realizzare una conseguenza giuridicamente rilevante e tutelata, escludendo chiaramente il diritto alla celebrazione del matrimonio.

⁷ NOVARA, *Promessa di matrimonio*, Genova, 1950, p. 37 ss.

⁸ Così F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, op. cit., p. 84.



negli sponsali un fatto sociale la cui rilevanza giuridica è limitata agli artt. 80 e 81 parrebbe scontrarsi con la previsione normativa che prescrive determinate forme.

A ben vedere, la previsione formale non muta la natura della promessa bensì concretizza il presupposto di serietà e rilevanza sociale che, insieme agli ulteriori requisiti, legittima, in caso di rottura, l'esercizio dell'azione riparatoria di cui all'art. 81 c.c.

Esclusa la natura negoziale, la rilevanza giuridica della promessa di matrimonio si trae dalle previsioni di legge in tema di conseguenze in caso di rottura della promessa stessa.

Sono due le norme che ne disciplinano gli effetti, con presupposti ed ambiti di applicazione diversificati. Da un lato, la restituzione dei doni ex art. 80 c.c., assente nel codice previgente⁹, che trova applicazione alla promessa quale fatto sociale, in qualunque forma stipulata, verbale e non, fra minori non autorizzati o tra capaci, unilaterale o vicendevole¹⁰. La promessa si configura quale presupposto e giustificazione della richiesta restitutoria dei doni effettuati "a causa" di essa o, meglio, in occasione di questa, non dovendo qualificare la promessa quale causa in senso tecnico dell'atto di disposizione. Al contempo, essa rappresenta il parametro per l'individuazione dei doni passibili di restituzione. Sicché chi agisce in giudizio per vedere condannata controparte alla restituzione potrà provare l'esistenza del presupposto-promessa con qualunque mezzo consentito dalla legge, purché la domanda sia proposta entro un anno dal giorno del rifiuto di celebrare le nozze o dalla morte di uno dei promittenti¹¹.

Resta da precisare la natura giuridica di tali doni e il relativo inquadramento nell'alveo delle donazioni, delle liberalità d'uso o delle donazioni obnuziali, non senza nascondere le difficoltà che si incontrano nel tratteggiare linee di separazione in un

ambito così complesso. Si tratta comunque di un'operazione di particolare rilevanza pratica, oltre che di interesse ricostruttivo, proprio per le differenze disciplinari che conseguono alla qualificazione dell'istituto.

Non è suscettibile di accoglimento l'opinione che qualifica i doni preuziali ex art. 80 c.c. quale sottoinsieme delle donazioni obnuziali disciplinate all'art. 785 c.c. Le differenze si colgono sia sotto il profilo della struttura che degli effetti. A quest'ultimo riguardo, lo si ricorda, le donazioni obnuziali non producono effetti fino alla celebrazione delle nozze, momento che rileva in termini di condizione sospensiva di efficacia. Così non è per i doni ex art. 80 c.c. L'efficacia traslativa è immediata e può essere definitivamente conservata qualora non sia azionato (o sia azionato tardivamente) il meccanismo restitutorio che interviene pertanto su effetti già perfezionatisi¹². Dal punto di vista strutturale, poi, la donazione obnuziale si perfeziona senza bisogno di accettazione, circostanza che ha dato adito in dottrina a un vivace dibattito circa la natura contrattuale o unilaterale della figura¹³. Vi è a ben vedere un'altra differenza disciplinare di non poco momento: la donazione obnuziale è nulla in caso di annullamento del matrimonio (comma 2 dell'art. 785 c.c.), sanzione non applicabile al caso dei doni preuziali ai quali faccia seguito il matrimonio, pur successivamente annullato¹⁴.

¹² Cfr. al riguardo F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, op. cit., p. 84, F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, *Comm. Cod. Civ.*, I, 1, II° ed., Torino, 1981, p. 30, A. TRABUCCHI, *Della promessa di matrimonio*, in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, vol. II, s. I., Padova, 1982, p. 15. In giurisprudenza, Cass. 2 maggio 1983, n. 3015, in *Fo-ro it.*, 1983, I, c. 1590, con nota di DI PAOLA.

¹³ Ricostruiscono la donazione obnuziale quale negozio unilaterale recettizio, che si perfeziona nel momento in cui la dichiarazione di donazione perviene all'indirizzo del destinatario, A. TORRENTE, *La donazione*, *Tratt. Dir. Civ. e comm.*, a cura di Cicu- Messineo, vol. XXII, Milano, 1956, p. 159 ss., B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, Torino, p. 790 ss.

Ad avviso di altra dottrina (R. SACCO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 3° ed., Torino, Utet, 2002 p. 61 ss.) la donazione obnuziale deve essere ricompresa nello schema della contrattualità e, precisamente, nel procedimento di formazione del contratto di cui all'art. 1333 c.c.

Con riferimento ai contratti con obbligazioni a carico del solo proponente e al procedimento di cui all'art. 1333 c.c. si rinvia alle lucide ed autorevoli riflessioni di G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.

¹⁴ Può essere talvolta difficile distinguere la donazione in riguardo al matrimonio da quella in riguardo della promessa di matrimonio. Ritengono che l'art. 80 offra una disciplina "residuale" rispetto a quella di cui all'art. 785 c.c. G. OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova 1996., 136; ID., *Doni preuziali e donazioni obnuziali*, *Fam. Dir.*, 1996, I, 383; ID., *Promessa di matrimonio*, in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1997, 401; ID., *La promes-*

⁹ F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, op. cit., p. 105.

¹⁰ Lo precisa anche la Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del libro I del Codice civile, n. 92.

¹¹ Non dovrebbe trovare applicazione l'art. 80 c.c. e, dunque, l'obbligo restitutorio in caso di nullità del matrimonio celebrato dopo la promessa. Tale conclusione appare coerente con la lettera dell'art. 80, tuttavia merita di essere temperata in caso di mala fede di uno dei coniugi e quindi nell'ipotesi in cui la causa di nullità del vincolo matrimoniale fosse ad esso nota.

D'altra parte un diverso esito interpretativo trova conforto nel sistema e precisamente nell'art. 139 c.c. con riferimento alla formazione del vincolo matrimoniale e nel generale obbligo di buona fede di talché pare irragionevole distinguere tra mancata celebrazione delle nozze (ipotesi ricompresa nell'art. 80 c.c.) e celebrazione di nozze per le quali vi fosse la consapevolezza del mancato valore giuridico delle stesse.





Rigettata la tesi che fa ricorso all'art. 785 c.c.¹⁵, i doni prematrimoniali possono essere ricondotti – ove ne sussistano i presupposti e segnatamente la modicità di valore – alle liberalità d'uso di cui all'art. 770 comma 2 c.c. Per dette liberalità, per l'appunto non donative, non trovano applicazione le regole in tema di capacità e di forma previste dall'art. 782 c.c., riferibili invece alle donazioni obnuziali¹⁶.

sa di matrimonio, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da Zatti, I, 1, Milano, 2002, 176. Si veda altresì in senso analogo T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2002, 22; M. SESTA, *Il diritto di famiglia*, 2005, 43.

¹⁵ Anche in giurisprudenza appare maggioritario l'orientamento che esclude la riconduzione della fattispecie de qua alla donazione obnuziale. V. Cass., 2 maggio 1983, n. 3015, in *Dir. famiglia*, 1983, 916; *Foro it.*, 1983, I, 1590; *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1370; *Giust. civ.*, 1983, I, 2643; *Rass. dir. civ.*, 1984, I, 267, con nota di LISELLA, *Promessa "semplice" di matrimonio e restituzione dei doni: aspetti problematici*: "L'art. 80 c.c., in tema di restituzione dei doni fra fidanzati qualora la promessa di matrimonio (ancorché non avvenuta nella forma solenne di cui all'art. 81 c.c.) non abbia avuto seguito, si riferisce a quei doni che siano stati fatti, e sia uso fare, per il solo fatto di considerarsi fidanzati, e che non potrebbero trovare altra plausibile giustificazione all'infuori della promessa (quali, ad es., piccoli oggetti d'oro, come fedine, anelli, medagliette, ecc.)".

Resta, invece, a quanto consta, un unicum la pronuncia del Trib. Napoli, 27 gennaio 2005, in *Dir e giustizia*, 2005, 17, 111, con nota di CATAPANO, *Se il fidanzamento arriva al capolinea ecco le conseguenze per il portafogli*, 8 e 109 e in *Giur. di Merito*, 2005, 1828: "Se in vista dell'imminente matrimonio, durante la convivenza more uxorio dei nubendi, l'uno abbia erogato somme per la ristrutturazione dell'appartamento dell'altro, nell'ipotesi di mancata conclusione del matrimonio è consentita la ripetizione delle somme erogate - da qualificare con donazione obnuziale ex art. 80 c.c. - nel termine di decadenza di un anno dalla data fissata per la celebrazione delle nozze"; "Nella nozione di "doni", da restituire in caso di mancato matrimonio, vanno ricomprese tutte le attribuzioni a titolo gratuito effettuate tra promessi sposi in vista delle future nozze, a prescindere dal valore del bene donato (nella fattispecie, sono state ritenute tali le somme elargite allo scopo di ristrutturare l'immobile del futuro coniuge, da adibire a casa coniugale)". In senso contrario, sempre Trib. Napoli, 29 marzo 2001, in *Dir. e giur.*, 2001, 294, con nota di RINALDI, *Sulla liberalità obnuziale*: "Le spese sostenute dal genitore del futuro sposo per lavori di ristrutturazione dell'immobile di proprietà della fidanzata del figlio e per l'acquisto di arredamento, in vista del prossimo matrimonio, integrano, sia pure in assenza di una formalizzazione del negozio unilaterale, una donazione obnuziale di cui all'art. 785 c.c."

¹⁶ In dottrina, in questo senso, A. TORRENTE, *La donazione, Tratt. Dir. Civ.e comm.*, cit., p. 150 ss.; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, p. 790 ss.; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, 314. In giurisprudenza Cass., 2 maggio 1983, n. 3015, cit.; Contra, Cass. 1260/1994 in *Giust. Civ.*, 1994, I, 1192. UCCELLA, *voce Matrimonio. I) Matrimonio civile*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, 9.

Sottolinea il significato del ricorso a tale termine anche L. GATT, *I doni fatti a causa della promessa di matrimonio: natura giuridica e limiti al diritto di restituzione*, in *Riv.*

La disciplina speciale dell'art. 80 c.c. (in particolare la decadenza della restituzione decorso il periodo di un anno dal rifiuto di celebrare le nozze o dalla morte di uno dei promittenti) viene così integrata, quanto ai requisiti di forma e capacità, dalle previsioni dettate dall'art. 770 comma 2 c.c. per le liberalità. Non è infrequente tuttavia che per il dono prenuziale manchi la modicità di valore (si pensi all'anello di fidanzamento) e, quindi, il presupposto applicativo dell'art. 770 comma 2, indice del carattere usuale dell'attribuzione¹⁷: trova in tal caso applicazione la disciplina generale della donazione¹⁸.

Al di là della qualificazione, non vi è dubbio alcuno che le attribuzioni patrimoniali in favore del nubendo sono valide ed efficaci e il dono prenuziale entra nella piena e legittima disponibilità del ricevente che ne può liberamente disporre non sussistendo un vincolo di destinazione opponibile¹⁹. D'altra parte anche l'obbligo restitutorio non sorge ipso iure alla rottura del fidanzamento essendo necessario che il donante richieda nel termine annuale di decadenza la restituzione del bene, sicché la richiesta restitutoria non vale come messa in mora per l'adempimento di un obbligo esistente bensì espri-

dir. civ., 1995, II, 393; R. PACIADEPINGUENTE, *Doni prenuziali, liberalità d'uso e azioni restitutorie*, nota a Cass. 8 febbraio 1994, n. 1260, in *Fam. dir.*, 1994, 278 ss.

¹⁷ Ricorda A. TORRENTE, *La donazione, Tratt. Dir. Civ.e comm.*, cit., p. 122, che la modicità dovrebbe essere considerata "non tanto sotto l'aspetto oggettivo quanto sotto quello soggettivo e cioè con riferimento alle condizioni patrimoniali di chi ha effettuato il dono".

¹⁸ Riconduce la promessa di matrimonio alle liberalità d'uso anche, di recente, GELLI, *La responsabilità per rottura della promessa di matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, Torino, 2008, 15 ss.

¹⁹ Ove sia esercitato il diritto di restituzione, il ricevente che abbia alienato a terzi il dono (o presso il quale è perito il bene o è andato smarrito) è tenuto restituire il valore del bene.

Con riferimento ai doni ripetibili, vi è un orientamento negativo in giurisprudenza circa la corrispondenza epistolare (Trib. Roma, 26 luglio 1961, in *Tem. romana*, 1962, 206, e Trib. Napoli, 29 luglio 1965, in *Giur. it.*, 1966, I, 2, 527), peraltro criticato in dottrina (F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, p. 122; A. TRABUCCHI, *Della promessa di matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, II, sub art. 79, Padova, 1992, 19). In tema v. in particolare G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, continuato da Mengoni, Schlesinger, V, I, 2002, 254, la quale osserva che: "Il problema dell'uso e della divulgazione di immagini e corrispondenza va inquadrato, piuttosto, nella tematica della tutela dei diritti della personalità, del diritti all'immagine, del diritto alla riservatezza, e, per la corrispondenza, del diritto d'autore", la cui normativa sancisce il divieto di pubblicazione delle lettere confidenziali e riservate senza il consenso dell'autore e del destinatario. Sono ritenute ripetibili le fotografie: in questo senso Trib. Napoli, 29 luglio 1965, in *Giur. it.*, 1966, I, 2, 527.

me la volontà di revoca di un negozio valido ed efficace²⁰.

2.1. In particolare: natura giuridica e fondamento dell'obbligazione "risarcitoria" ex art. 81 c.c.

Le conseguenze giuridiche della rottura della promessa di matrimonio non si esauriscono nella restituzione dei doni.

Fattispecie più problematica è quella "risarcitoria" di cui all'art. 81 c.c. il cui ambito applicativo riguarda le conseguenze della rottura della sola promessa reciproca effettuata per atto pubblico o scrittura privata (i c.d. sponsali; in senso analogo si esprimeva l'art. 54 del Codice civile del 1865), fattispecie dotata di maggiore serietà e più intensa rilevanza sociale.

Nonostante la rubrica della norma si esprima in termini di "risarcimento dei danni", circostanza che induce a ricondurre la fattispecie nell'alveo della responsabilità e del modello tradizionale della colpa, la lettera e la ratio della disposizione muovono nel senso di una misura di carattere riparatorio delle spese ed obbligazioni contratte e non consentono di ricostruire la fattispecie ricorrendo al presupposto dell'inadempimento²¹. L'esigenza equitativa e di bilanciamento sottesa all'art. 81 c.c. si traduce infatti in un'obbligazione ex lege - riconducibile agli "altri atti e fatti" di cui all'art. 1173 c.c.²² - di rim-

borsare l'importo delle spese affrontate e delle obbligazioni contratte in vista del matrimonio²³.

L'obbligo codificato all'art. 81 c.c. come "risarcitorio" esprime e declina allora il bilanciamento tra interessi contrapposti nei quali prioritario risulta il principio della libertà del consenso matrimoniale.

Dalla promessa di matrimonio non sorge, come è evidente, un obbligo giuridicamente rilevante di celebrazione delle nozze né è azionabile un generico dovere di buona fede e correttezza che scaturisce dal fidanzamento seppure serio e concludente quale quello consacrato con una promessa vicendevoles per atto pubblico o scrittura privata autenticata²⁴. Il rifiuto di contrarre matrimonio esprime un comportamento coerente con la libertà che spetta al nubendo, circostanza che ne impedisce la configurabilità in termini di inadempimento ad un'obbligazione giuridica sorta per effetto della promessa o di responsabilità per abuso di diritto²⁵.

Non si tratta di risarcire i danni tout court conseguenti alla mancata celebrazione delle nozze, bensì reintegrare il patrimonio del fidanzato depauperato per effetto delle spese subite a causa della promessa non mantenuta, circoscrivendo il quantum alla componente del danno emergente. E con un ulteriore limite, dal momento che la risarcibilità è ammessa a condizione che le spese e le obbligazioni corrispondano alla condizione economica delle parti. Se così è, il limite delle spese fatte e delle obbligazioni

²⁰ In questi termini F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 124 che richiama la figura della revocazione della donazione e critica quegli orientamenti che qualificano l'azione de qua quale azione di rivendica.

V. altresì G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Camerino, 1979, p. 113 esclude comunque la riconduzione alla figura della revocazione della donazione per ingratitudine non avendo la ripetizione ex art. 80 c.c. carattere sanzionatorio. Parte della dottrina osserva come l'obbligo restitutoria sia da inquadrare negli obblighi legali ex art. 1173 c.c. sottoposto alla condicio juris sospensiva della mancata celebrazione del matrimonio (BIONDI, *Donazioni*, cit., p. 780 ss.)

²¹ Ex multis V. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 72; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 258; L. BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006, 11. V. inoltre LILLO, *Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio*, in *Dir. famiglia*, 1990, 291.

²² Da ultimo v. Cass., 15 aprile 2010, n. 9052, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 1, 26 con nota di R. DI CRISTO, *La responsabilità da rottura ingiustificata della promessa di matrimonio* e in *Famiglia e Diritto*, 2010, 11, 999 con nota di R. GELLI, *Rottura della promessa di matrimonio ed obbligazioni ex artt. 2033 e 81 c.c.*

Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Bari, 28 settembre 2006, in *Corr. merito*, 2007, 3, 295 il quale osserva che l'obbligazione risarcitoria di cui all'art. 81 c.c. "è un'obbligazione ex lege che sfugge dagli schemi di cui all'art. 2043 c.c. e resta regolato dal solo art. 81 c.c., che menziona unicamente le spese fatte e le obbligazioni contratte".

²³ M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 19, precisa che il «risarcimento per la rottura della promessa di matrimonio, di cui all'art. 81 c.c., è, più che un vero e proprio risarcimento, un caso di "redistribuzione equitativa" delle conseguenze patrimoniali relative alla rottura del fidanzamento». Cfr., inoltre, A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 942 ss.

Sulla rottura della promessa di matrimonio, altresì, si veda, da ultimo, Cass., 15 aprile 2010, n. 9052, cit.

²⁴ V. al riguardo il recente orientamento di certa dottrina che individua nell'art. 81 c.c. la codificazione di una forma di responsabilità "prematrimoniale" per violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede riconducibile all'art. 1337 c.c. ed idonea quindi a sanzionare un recesso ingiustificato dalle "trattative" matrimoniali purché serie e concludenti quali quelle risultanti dalla promessa vicendevoles fatta per atto pubblico o scrittura privata autenticata. Così T. AULETTA, *op. cit.*, 25. In giurisprudenza, Pret. Milano, 2 dicembre 1999, in *Giur. milanese*, 2000, 103.

²⁵ In questo senso si è espressa la migliore dottrina: LOI, *Promessa di matrimonio (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1988, 89; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 258 la quale in particolare osserva che "Non si tratta di responsabilità per fatto illecito, essendo la condotta non ingiustificata, ma espressione di una libertà fondamentale, e non essendo qualificabile il danno come ingiusto, mancando, non solo un diritto a contrarre matrimonio, ma anche un'aspettativa tutelata in tal senso". V. anche G. OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, cit., 203.

contratte è parametro per il quantum riparatorio e, al contempo, presupposto dell'azione²⁶.

Qualora manchi la prova delle spese e delle obbligazioni contratte a causa della promessa, infatti, non matura alcun diritto al risarcimento del danno, pur in presenza degli altri requisiti elencati dall'art. 81 c.c. e cioè: l'esistenza di una promessa di matrimonio vicendevole redatta per atto pubblico o scrittura privata autenticata (ovvero la richiesta delle pubblicazioni), la capacità dei promittenti (maggiori di età o minori legalmente autorizzati), rottura ingiustificata della promessa, rispetto del termine di decadenza di un anno dal giorno del rifiuto di celebrare il matrimonio per la presentazione dell'azione risarcitoria.

Quanto all'onere probatorio, posto che l'azione ex art. 81 c.c. è soggetta al termine di decadenza annuale decorrente dal giorno del rifiuto di celebrare le nozze, l'art. 2697 c.c. fornisce indicazioni precise. La prova dei presupposti e delle condizioni di operatività dell'obbligazione riparatoria, nonché i limiti della stessa gravano sul fidanzato abbandonato che agisce ex art. 81 c.c. Ne consegue, come di recente stabilito dalla Suprema Corte²⁷, che accanto ai requisiti in positivo il nubendo attore deve dimostrare l'assenza di giustificato motivo quale fatto negativo costitutivo della pretesa dell'altra parte. Spetta invece al recedente la prova del fatto positivo, ovvero l'esistenza di un giusto motivo²⁸.

²⁶ E' da ritenere che anche per l'art. 81 c.c. trovi applicazione il principio della compensatio lucri cumdamno e del divieto di indebito arricchimento. Così G. OBERTO, *La promessa di matrimonio*, cit., 191; FEOLA, *op. ult. cit.*, 104; BONILINI, *op. cit.*, 48. In giurisprudenza *Trib. Reggio Calabria*, 12 agosto 2003, cit.

²⁷ Cass. civ. Sez. III, Sent., 15 aprile 2010, n. 9052, cit.

²⁸ Dalla natura attribuita alla responsabilità ex art. 81 c.c. dipende la questione dei soggetti attivamente legittimati a richiedere il risarcimento dei danni.

La peculiarità dell'azione ex art. 81 c.c. e la non riconduzione del relativo presupposto alla responsabilità contrattuale consente di ritenere legittimo che, oltre al nubendo rifiutato e al nubendo che ha ricusato la promessa in presenza di un giusto motivo, cui l'altro ha, colposamente, dato causa, possano esperire l'azione anche soggetti terzi che abbiano sostenuto le spese o contratto obbligazioni, in vista del matrimonio.

Si pensi al caso, tutt'altro che infrequente nella prassi, che gli esborsi in forza della promessa siano stati effettuati dai genitori di uno dei promittenti.

L'autonomia concettuale dell'azione dai limiti della responsabilità contrattuale e la ratio ad essa sottesa legittima un'interpretazione in tal senso, come peraltro ha riconosciuto una recente pronuncia della Suprema Corte che ha ritenuto validamente esperita la richiesta risarcitoria da parte del padre della sposa "abbandonata" poco prima delle nozze *Cass. civ. Sez. III, Sent.*, 15 aprile 2010, n. 9052, cit.

3. Configurabilità del danno non patrimoniale per lesione della dignità della persona causata dalla rottura della promessa di matrimonio.

Tratteggiata la disciplina ed i rimedi apprestati dal legislatore con riferimento alla promessa di matrimonio, appare di tutta evidenza come l'art. 81 c.c. sia inidoneo a fondare la richiesta di risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dal nubendo a fronte della rottura della promessa ingiustificata e lesiva della propria dignità.

L'intera disciplina codicistica è conformata dal bilanciamento tra il principio della libertà del consenso matrimoniale e l'esigenza di apprestare tutele della sfera patrimoniale del nubendo irragionevolmente abbandonato. Tale circostanza non legittima una conclusione, quale quella adottata dalla Suprema Corte, nel senso di ritenere "irrilevante" ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale la condotta che si concretizza in una lesione della dignità e della reputazione causata dalla rottura ingiustificata della promessa di matrimonio, qualora sussistano i presupposti per la risarcibilità del danno ex art. 2059 c.c. Basti richiamare a questo riguardo l'insegnamento delle Sezioni Unite. E' infatti riconosciuta la risarcibilità del danno non patrimoniale nei casi di lesione di un diritto inviolabile²⁹, spettando all'interprete individuare l'esistenza del bene giuridico (diritto costituzionalmente tutelato) protetto al fine di formulare correttamente la richiesta risarcitoria in giudizio.

Vi sono dunque spazi per configurare una ipotesi di danno qualora sia dimostrata la lesione all'integrità psichica e alla dignità del nubendo (beni giuridici costituzionalmente protetti) causati dalla rottura ingiustificata della promessa alla luce delle circostanze gravose e lesive con cui si è realizzata.

Superato il limite che a lungo ha costretto il danno non patrimoniale al solo danno morale soggettivo (le sofferenze) risarcibile in presenza di un reato coordinando l'art. 2059 c.c. con l'art. 185 c.p.c. e sviluppate le indicazioni fornite nelle note sentenze del 2003³⁰, l'interpretazione costituzionalmente o-

²⁹ Cass., 11 novembre 2008, n. 26972, in www.personaemercato.it con nota di G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbl. e contr.*, 2009, I, p. 2, con nota di G. VETTORI; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, I, p. 38, nota di P.G. MONATERI; *Contr. e impresa*, 2009, I, nota di M. FRANZONI; *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 1, nota di F.D. BUSNELLI.

³⁰ Il richiamo ai "diritti inviolabili della persona non aventi natura economica, implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela ed in tal caso configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di risarcimento del danno non patrimoniale", così Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972, in www.personaemercato.it.



rientata del danno non patrimoniale viene completata dalle Sezioni Unite che individuano nell'art. 2059 una fattispecie inserita nel sistema dell'illecito delimitato dal codice e delimitato da un riferimento alla condotta, dal nesso causale e dall'ingiustizia del danno, elementi che devono essere tutti precisati al pari di ogni altra figura di illecito.

Il danno non patrimoniale è riconosciuto in ipotesi tipiche previste dalla legge o in casi in cui si leda un diritto inviolabile della persona, categoria "la cui forza assiologica e la cui flessibile aderenza al pluralismo dei diritti mostrano una perfetta consonanza con le esigenze di tutela della persona e con le peculiarità dei danni non patrimoniali"³¹. Si tratta di un elenco non chiuso ma che comprende altre situazioni in cui si ravvisino, in base all'evoluzione della società, "indici idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana"³².

L'operazione ermeneutica consiste nell'isolare la lesione di un diritto inviolabile della persona secondo precise modalità atte a delineare la rilevanza costituzionale dell'interesse secondo un giudizio che non riguarda il pregiudizio sofferto ma ha ad oggetto "l'interesse leso e la consistenza della sua tutela costituzionale".

Non solo. L'individuazione del bene giuridico tutelato deve essere effettuata in considerazione della disciplina comunitaria, essendo a tal fine di particolare rilevanza le previsioni contenute nella Carta di Nizza, precisamente l'art. 1 che sancisce il carattere inviolabile della dignità umana; ad esse la nostra giurisprudenza di legittimità mostra di rivolgersi con sempre maggiore consapevolezza e frequenza. Lo dimostra, da ultimo, la sentenza n. 5770, del 10 marzo 2010 in tema di liquidazione del danno non patrimoniale³³.

³¹ Così E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Persona e Mercato* 2009, e in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2009, II, 81.

³² Cass., sez. un., 11 novembre 2008 n. 26972, cit.

³³ In tema G. VETTORI, *Dialogo fra le Corti e tecnica rimediabile*, in *Persona e Mercato*, 2010, 4, p. 280; G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008 e *Diritti ed interpretazione*, Bologna, 2010; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, p. 31, t. II, p. 865 e ss.; V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, in E. Paciotti (cur.), *La Costituzione europea*, Roma, 2003, p. 137; V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010; E. SCODITTI, *Il Giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sopranazionale*, in *Foro it.*, 2010, V, 42.

In tema v. M. MAURO, *L'incidenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Cassazione Civile: rassegna giurisprudenziale*, in *Persona e Mercato*, 2011, 4, p. 331.

La prospettiva comunitaria, già di per sé centrale, diventa strumento di analisi imprescindibile nella responsabilità civile e, ancor di più, nella risarcibilità del danno non patrimoniale proprio per la sua funzione di criterio di qualificazione del bene giuridico.

Il rigetto della domanda risarcitoria da parte della Cassazione nella pronuncia dalla quale abbiamo preso le mosse appare censurabile oltre che per il contrasto con la ricostruzione del danno non patrimoniale sopra tratteggiata anche alla luce di ulteriori, precisi indici.

In altre fattispecie la Suprema Corte ha riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale pur in presenza di rimedi specifici predisposti dal legislatore come reazione dell'ordinamento a una condotta lesiva della dignità e dell'onore della persona non concretizzantesi nella violazione di un obbligo giuridicamente rilevante. Nei rapporti coniugali in particolare la giurisprudenza accorda il risarcimento del danno non patrimoniale in caso di lesione di uno specifico diritto inviolabile del coniuge danneggiato; significativo, nel quadro degli illeciti endofamiliari, è l'orientamento accolto con riferimento alla violazione del dovere di fedeltà³⁴. Ciò che assume rilievo non è l'inosservanza del dovere di fedeltà ex se bensì la circostanza che l'infedeltà, per le modalità e le circostanze con cui si è consumata, abbia determinato la lesione della dignità, dell'onore e della reputazione in capo al coniuge tradito³⁵. In una recente pronuncia³⁶ la Suprema Corte statuisce che

³⁴ Si pensi ancora alla pronuncia della Cassazione n. 9801 del 2005 che ha sancito la responsabilità del coniuge per aver volontariamente omesso di comunicare alla futura sposa, prima del matrimonio, la propria incapacità coeundi così collegando l'illecito endofamiliare alla violazione di diritti inviolabili del coniuge danneggiato. Diritti reperiti nella "violazione della persona umana intesa nella sua totalità, nella sua libertà - dignità, nella sua autonomia determinazione al matrimonio, nelle sue aspettative di armonica vita sessuale, nei suoi progetti di maternità, nella sua fiducia in una vita coniugale fondata sulla comunità, sulla solidarietà e sulla piena esplicazione delle proprie potenzialità nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela risiede negli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost. ".

³⁵ Trib. Venezia 3 luglio 2006, in *La responsabilità civile*, 2006, 951.

³⁶ Cass. civ. Sez. I, 15 settembre 2011, n. 18853, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 2, 92 con nota di G.F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*.

Già nel 2005 (Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giur. it.*, 2006, 691, con note di FRACCON, *Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi*, e di CARBONE, *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*; in *Fam. dir.*, 2005, 365 ss. con note di SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione «arriva» in Cassazione*, e FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*) la Suprema Corte



nel caso di violazione degli obblighi matrimoniali “il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi di un illecito civile”, “fermo restando che la mera violazione dei doveri matrimoniali, o anche la pronuncia di addebito della separazione, non possono di per sé ed automaticamente integrare una responsabilità risarcitoria, dovendo, in particolare, quanto ai danni non patrimoniali, riscontrarsi la concomitante esistenza di tutti i presupposti ai quali l'art. 2059 cod. civ. riconnette detta responsabilità”, secondo i principi da ultimo affermati nella sentenza 11 novembre 2008, n. 26972 delle Sezioni Unite.

La violazione dell'obbligo di fedeltà può pertanto essere fonte di responsabilità risarcitoria ove si dimostri che l'infedeltà, in relazione alla specificità della fattispecie, abbia dato luogo a lesione della salute del coniuge ovvero abbia trasmodato in comportamenti che, oltrepassando i limiti dell'offesa insita nella violazione dell'obbligo in questione, si siano concretizzati in atti lesivi della dignità della persona (bene costituzionalmente protetto) a prescindere dalla sussistenza dei presupposti per azionare rimedi specifici quali l'addebito della pronuncia di separazione personale.

La Cassazione osserva poi che non è la violazione del dovere ex art. 143 c.c. ad aprire la strada al risarcimento del danno non patrimoniale³⁷, bensì l'offesa a un diritto inviolabile della persona protetto dalla Carta costituzionale³⁸. Non è sufficiente la sola infedeltà, ma si richiede che questa sia tale da avere offeso la dignità del coniuge³⁹, e, dunque, leso un diritto inviolabile della persona⁴⁰.

aveva riconosciuto la risarcibilità del danno «endofamiliare». Nella pronuncia del 2011 la Cassazione ha altresì precisato precisare che l'addebito della separazione non costituisce il presupposto per poter chiedere il risarcimento del danno provocato dalla condotta del coniuge che non abbia rispettato i doveri ex art. 143 c.c., cassando così la sentenza di appello che aveva rigettato la domanda di risarcimento, ritenendo, in tal senso, preclusiva la mancanza di una pronuncia di addebito in sede di separazione.

In tema di illecito endo-familiare, v. le acute e precise riflessioni di M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14 ss.

³⁷ M. PARADISO, *op. cit.*, p. 17; G. FACCI, *L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, in *Fam. dir.*, 2006, 517.

³⁸ In giurisprudenza, v. Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit., che collega l'ingiustizia del danno alla condotta fraudolenta del danneggiante.

³⁹ “il danno...per essere a detto fine rilevante non può consistere nella sola sofferenza psichica causata dall'infedeltà e dalla percezione dell'offesa che ne deriva – obiettivamente insita nella violazione dell'obbligo di fedeltà – di per sé non risarcibile costituendo pregiudizio derivante da violazione di legge ordinaria” (Cass. 15 settembre 2011, n. 18853,

Tali considerazioni forniscono indici preziosi ai nostri fini.

Nell'ambito della promessa di matrimonio, la mancata celebrazione delle nozze non costituisce inadempimento né comportamento ex se illecito; è per questo che, lo si ricorda, abbiamo ricondotto l'obbligazione “riparatoria” sancita dall'art. 81 c.c. non nel sistema della responsabilità contrattuale o extracontrattuale bensì nell'obbligo di fonte legale (art. 1173 c.c.). Ciò che rileva è la particolare lesività della condotta e la sua attitudine a violare - oltre il livello di tollerabilità - la dignità e l'onore del nubendo, circostanza nella quale assume particolare rilievo l'elemento soggettivo del danneggiante. Si nota, allora, una certa interferenza tra colpevolezza e ingiustizia del danno che già emerge nell'illecito endo-familiare: le circostanze particolarmente lesive della rottura della promessa incidono nel giudizio di bilanciamento degli interessi in conflitto e giustificano la meritevolezza dell'interesse del fidanzato danneggiato al risarcimento, seppure la mancata celebrazione delle nozze sia condotta ex se legittima.

La fattispecie, proprio per la lesione di diritti costituzionalmente protetti e il grado di offesa oltre i limiti della tollerabilità, viene attratta nel campo aquiliano e sanzionata con l'obbligazione risarcitoria. Così come nell'illecito endo-familiare⁴¹, la responsabilità aquiliana presuppone che la lesione riguardi diritti della persona “influenzati, ma non creati” dalla promessa di matrimonio i cui effetti, come abbiamo supra dimostrato, sono limitati alle previsioni codificate agli articoli 79 ss.

Tracciata la strada per l'ammissibilità del danno non patrimoniale da rottura ingiustificata della promessa, l'indagine non può dirsi completa senza alcune rapide riflessioni in tema di domanda, di prova e di danno risarcibile.

Deve ritenersi ormai accolto in giurisprudenza il principio per il quale il danno non patrimoniale sia distinto dall'evento dannoso⁴²: non si tratta di un

cit.). Il fondamento di questa «limitazione» pare da rinvenire nella tolleranza a cui ciascuno dei coniugi si impegnerebbe, nel momento in cui, liberamente, contrae matrimonio.

⁴⁰ Cfr. G. FACCI, *L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, cit., 518; Id., *Relazione omosessuale e illecito endofamiliare*, cit., 61. La condotta lesiva è solitamente caratterizzata da dolo, inteso come consapevolezza dell'agire in pregiudizio all'altrui interesse.

⁴¹ Lo osserva nell'illecito endo-matrimoniale, G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, I, Torino, 2007, II ed., p. 354

⁴² Cass. 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828 in *Foro it.*, 2003, I, 2272, con nota di E. NAVARRETTA, in *Danno e resp.*, 2003, 816, con nota di F.D. BUSNELLI, G. PONZANELLI, A. PROCIDA - MIRABELLI, e in *Corr. giur.*, 2003, 675, con nota di P. CENDON, E. BARGELLI, P. ZIVIZ. V. altresì E.

danno in re ipsa o una pena privata bensì di un danno conseguenza che deve essere allegato e provato⁴³.

I pregiudizi che si possono individuare, muovendo dalla fattispecie concreta sopra esposta, sono astrattamente duplici: il danno alla salute e, quindi, il pregiudizio medicalmente accertato dovuto allo stress, alla tensione causata alla rottura ingiustificata della promessa; e – come più volte segnalato – la lesione della dignità personale, dell'onore e della reputazione.

Per il danno biologico è richiesto (art. 138 e 139 d. lgs. n. 209 del 2005) l'accertamento medico legale ad eccezione delle ipotesi in cui, per la presenza di altri elementi utili acquisiti al processo (documenti, testimonianze) idonei a giustificare una conclusione in base alle nozioni di comune esperienza o alle presunzioni, il giudice lo ritenga impossibile o superfluo.

Per quanto riguarda i pregiudizi non patrimoniali, riprendendo le considerazioni delle Sezioni Unite, lo strumento più frequente cui faranno ricorso le parti sarà la prova presuntiva la quale può “costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri”⁴⁴. Se così è, alla duttilità del mezzo di accertamento deve corrispondere una precisa e completa allegazione di tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, “siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto”. Ciò con la precisazione, lo si ripete, che la rottura ingiustificata della promessa, per le circostanze che la accompagnano e la potenzialità lesiva, integri una lesione della dignità, onore e reputazione della persona del nubendo abbandonato.

NAVARRETTA, (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004; G. PONZANELLI, (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003; G. PONZANELLI (a cura di), *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, Padova, 2004.

⁴³ V. C. Cost. 27 ottobre 1994 n. 372 in *Giur. merit.*, 1995, I, 62.

⁴⁴ Cass. 6 luglio 2002, n. 9834, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1174.



IL DIALOGO TRA LE CORTI EUROPEE IN NUMERI. UN CONFRONTO TRA STATISTICHE GIUDIZIARIE.

Di Mario Mauro

| 67

SOMMARIO: 1. L'oggetto del lavoro. – 2. Il rapporto tra Corte di Giustizia e Giudici nazionali. – 3. Il rapporto tra Corte Edu e Giudici nazionali. – 4. Breve postilla conclusiva.

1. L'oggetto del lavoro

Nei più recenti contributi dottrinali alcune espressioni ricorrono con una certa frequenza: dialogo tra Corti, tutela multilivello e superamento della territorialità del diritto.

La circostanza che il diritto italiano si inserisca in un sistema sovranazionale di fonti strutturato a rete¹ e un fenomeno di globalizzazione dei diritti² impli-

¹ La letteratura è vastissima, solo per citarne alcuni cfr. G. VETTORI, *Dialogo fra le Corti e tecnica rimediata*, in *Persona e Mercato*, 2010, 4, p. 280; G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 149; A. PREDIERI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in *Atti del Seminario su "La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario"*, Roma, Palazzo della Consulta, 15-16 ottobre 1990, Milano, Giuffrè, 1991 p. 115; F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti (cur.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008; P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, 32, pp. 268-269; G. ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 2004, p. 93; B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenzo Carlassare*, I. Delle fonti del diritto, Napoli, 2009, p. 257; S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

² Sul punto cfr. E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia*, 2010, in www.cortedicassazione.it il quale dedica tutta la prima parte dello scritto alla dimensione europea della giustizia italiana, riprendendo le indicazioni già contenute nelle precedenti relazioni, tutte consultabili in www.cortedicassazione.it

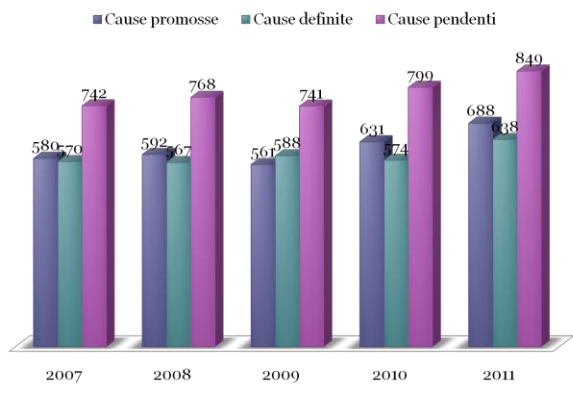
ca la possibilità che giudici differenti debbano pronunciarsi interpretando il medesimo testo. Da qui, il problema delle relazioni che si possono instaurare e del dialogo tra Corti.

Il presente contributo, inquadrandosi in un panorama dai contorni ancora in piena espansione, si propone una finalità meramente descrittiva: esprimere, in termini numerici, l'attività della Corte di giustizia dell'UE e della Corte EDU, in particolare nel rapporto con l'Italia.

Di seguito, si riportano alcuni grafici riferibili all'anno 2011. I valori sono quelli ufficiali, pubblicati nei siti internet istituzionali. Il lavoro è consistito in prevalenza nel trasformare i numeri in diagrammi a torta o istogrammi secondo criteri uniformi, così da rendere maggiormente confrontabile l'attività dei diversi Giudici.

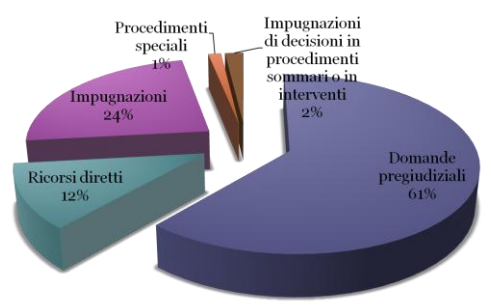
2. Il rapporto tra Corte di Giustizia e Giudici nazionali.

Il grafico alla pagina successiva rappresenta l'attività della Corte di Giustizia nel periodo 2007-2011.



A differenza dell'anno precedente, il 2011 si è caratterizzato per un significativo incremento delle domande pari al 9%³ ed il numero dei procedimenti pendenti è stato inferiore del 8% rispetto all'iscrizione di nuove posizioni a ruolo⁴. Le sentenze emesse sono state quasi 850, circa il 6% in più rispetto al 2010⁵.

Sulla base di questi dati complessivi, è importante scomporre gli accessi alla CGUE (688) in riferimento al loro oggetto. I rinvii pregiudiziali (art. 267 TFUE) hanno impegnato maggiormente la sua attività.



Il 61% sopra riportato deve essere letto anche con riferimento alle preclusioni imposte al giudice nazionale per poter adire il giudice comunitario. Queste sono di due tipi, qualora la Corte si sia già pronunciata sulla questione pregiudiziale⁶ o se la nor-

³ Più significativo era l'incremento delle domande tra il 2009 ed il 2010 con una differenza era pari al 12%.

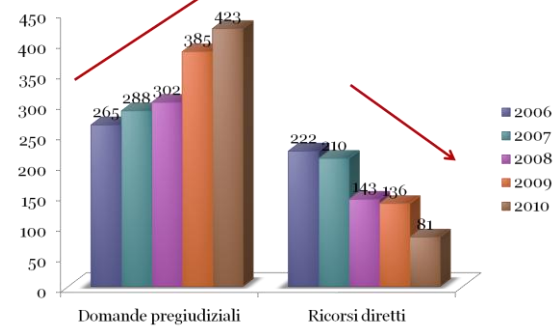
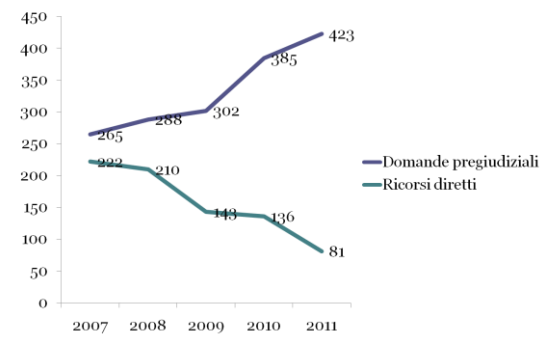
⁴ Nel 2010 questo valore si aggirava intorno al 10%.

⁵ Nel 2010 questo valore si aggirava intorno all'8%.

⁶ La prima pronuncia ad aver affrontato la questione è stata CGCE, 27 marzo 1963, C-28-30/62, *Da Costa En Shaake N.V.* L'ignoranza da parte del Giudice di legittimità della giurisprudenza comunitaria comporta la responsabilità per danni da parte dello Stato, cfr. CGCE, 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

ma europea sia chiara da non lasciare spazio a dubbi interpretativi⁷.

Può essere interessante confrontare le domande ex art. 267 TFUE con i ricorsi diretti, nell'arco temporale 2007-2011:



La sensazione che si trae è la seguente: è in aumento il dialogo tra organi giurisdizionali nazionali e Giudice dell'Unione, mentre è in diminuzione il dialogo di quest'ultimo con le istituzioni centrali degli Stati membri⁸.

Ciò non porta necessariamente ad esiti negativi. Un rapporto tra Giudici si fonda su un'intenzione collaborativa; diversamente, lo strumento del ricorso diretto presuppone una conflittualità rilevante in ambito europeo e che, prima di essere affrontata da un magistrato, può trovare una composizione in altre forme di tipo non contenzioso, spesso con l'ausilio della Commissione.

Sarebbe interessante valutare in termini numerici questa forma di sinergia ma non sono rinvenibili numeri utili a confortare o sconsigliare la tesi.

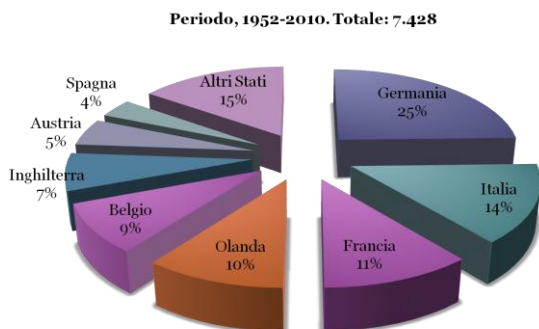
⁷ La prima pronuncia ad aver affrontato la questione è stata CGCE, 6 ottobre 1982, C-283/81, *Srl CILFIT c. Ministerulul Sanatatii*.

⁸ Nel grafico non sono considerati i ricorsi provenienti dai c.d. ricorrenti non privilegiati (persone fisiche e giuridiche) i quali non possono adire direttamente la CGUE ma devono prima passare per il Tribunale di I grado. La percentuale occupata da questi ultimi è indicata nel grafico nella fetta che occupa il 24%, impugnazioni.





Il grafico seguente descrive la provenienza delle domande ex art. 267 TFUE, al fine di individuare quali siano gli Stati che si sono dimostrati maggiormente sensibili al tema del dialogo a partire dal 1952, anno di istituzione della Corte di Giustizia, fino ad oggi.

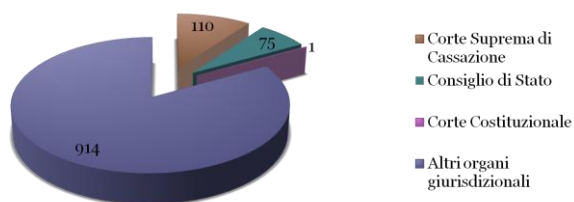


L'Italia si situa al secondo posto con 1100 rinvii, dopo la Germania (1885) e prima della Francia (847).

È molto importante il 5% dell'Austria (387): questa è entrata nell'UE solo nel 1995, mentre le percentuali riferibili agli altri Stati occupano un arco temporale di gran lunga più esteso.

Concentrandosi sull'Italia, la provenienza delle domande è così articolata (periodo 1952-2011):

Domande pregiudiziali provenienti dall'Italia (tot. 1.100)



I giudici di merito sono quelli che maggiormente si sono rivolti alla CGUE.

Era da aspettarsi un maggior numero di istanze provenienti dalla Cassazione (108 volte nell'arco di circa 60 anni): essendo questa Giudice di ultima istanza, è obbligata ad adire in via pregiudiziale la CGUE tutte le volte che deve applicare il diritto comunitario (art. 267 TFUE), salvo che una pronuncia della CGUE non sia già intervenuta oppure le norme abbiano un senso chiaro ed inequivoco.

3. Il rapporto tra Corte Edu e Giudici nazionali.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU), istituita nel 1959 con sede a Strasburgo, è stata prevista dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU) affinché ne fosse garantito il rispetto.

Essa svolge prevalentemente funzioni contenziose e, rispetto agli organi giudiziari nazionali, si pone in una posizione di sussidiarietà: può essere adita solamente quando siano state esaurite le vie di ricorso interne (art. 35).

In caso di accertamento della violazione di una norma CEDU e conseguente condanna, il rimedio ha natura esclusivamente risarcitoria e la Corte stessa potrà indicare l'entità del danno sofferto dalla parte ricorrente o prevedere un'equa riparazione⁹.

Il primo dato ad emergere dalle statistiche è la gestione di un contenzioso elevatissimo.

⁹ In una recente sentenza, la Cassazione si è interessata al rapporto tra diritti fondamentali dell'Uomo costituzionalmente garantiti e convenzionalmente protetti (Cass., 30 settembre 2011, n. 19985, in *DeJure*)

Prendendo le mosse da una precedente pronuncia (Cass., 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Foro it.*, 2006, 5, I, c. 1423), è confermata l'immediata rilevanza nel nostro ordinamento delle norme CEDU e l'obbligo del Giudice nazionale di darne applicazione diretta, qualora il diritto interno contrasti con questa ed alla condizione che la sua interpretazione sia conforme a Costituzione.

Diversamente, qualora il giudice ravvisi una incompatibilità tra norma convenzionale e norma costituzionale, gli atti andranno rimessi alla Corte costituzionale (C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348-349, in *Giur. cost.*, 2007, 5, p. 3475 ed in *Giust. civ.*, 2007, 11, I, p. 2333 e più di recente confermato in C. Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 2, p. 578).

Sul rapporto tra CEDU e Costituzione, la Cassazione afferma: "le norme convenzionali, infatti, fanno sistema con l'art. 2 Cost., fonte assiologica interna, in quanto i diritti riconosciuti dalla Convenzione sono inviolabili perché funzionali alla dignità di ogni persona, per cui il giudice deve tener presenti, in modo congiunto ed integrativo, i diritti costituzionalmente garantiti ed i diritti convenzionalmente protetti".

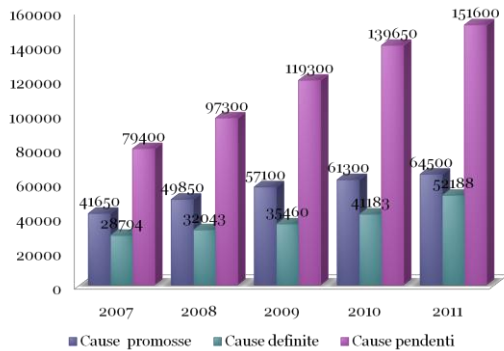
Allo stesso modo -ed ecco il dialogo tra Corti- "il giudice interno, affinché la sua statuizione risulti aderente alle norme della Convenzione, deve tenere conto anche dell'elaborazione del diritto vivente quale proveniente proprio dalla Corte di Strasburgo, che della Convenzione è il più autorevole interprete".

Ciò garantirebbe -prosegue la Cassazione- la "perenne dialettica tra eternità dei valori e contingenza delle situazioni storiche".

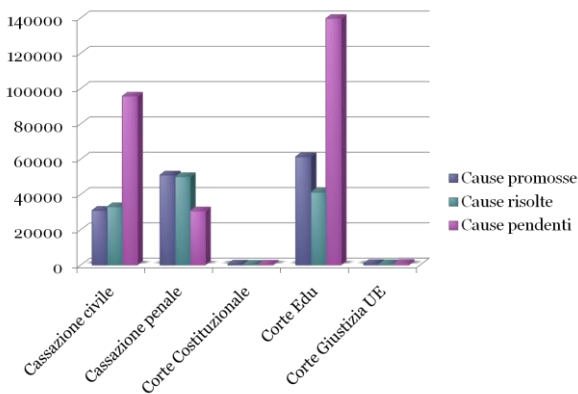
Relativamente all'inquadramento della CEDU nel sistema delle fonti, la Consulta ha inserito la Convenzione in un piano interposto tra quello costituzionale e quello delle leggi comuni (C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348-349, cit., confermata da confermato in C. Cost., 11 marzo 2011, n. 80, cit.).

Secondo la Cassazione, tale primazia sul diritto comune non è fine a se stessa. Queste norme, infatti, entrando nell'ordinamento interno, vanno "ad arricchire quell'ordine pubblico italiano che costituisce il limite invalicabile di ogni atto interno, che è supremo principio costituzionale".

Tuttavia, delle 52188 cause concluse nel 2011, solamente 1157 sono giunte a sentenza mentre le altre sono state dichiarate irricevibili o sono state cancellate dal ruolo¹⁰.

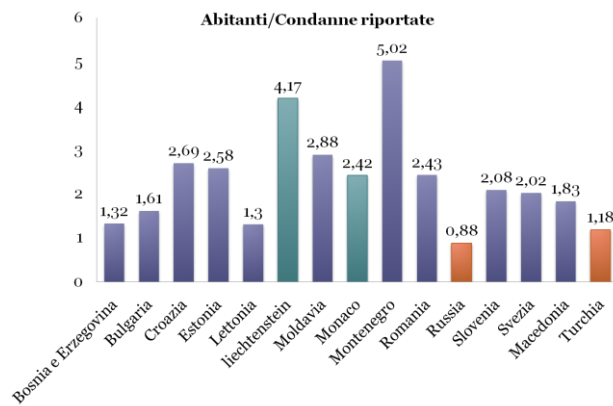


Il confronto tra l'attività della Corte EDU con quella di altre Corti aiuta a cogliere l'importanza dei numeri riferiti:



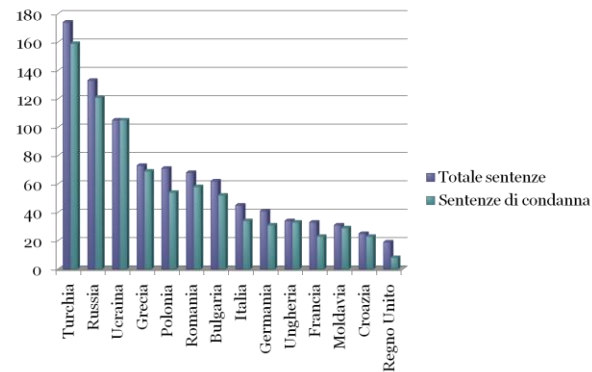
Interessante è la proporzione tra il numero dei ricorsi provenienti da uno Stato in rapporto agli abitanti del medesimo.

Ciò è funzionale all'individuazione dei Paesi ove l'esigenza di protezione dei diritti fondamentali dell'Uomo sia maggiormente sentita¹¹:



L'indice riferito descrive solo un aspetto della realtà: le violazioni spesso volte non sono denunciate per i motivi più svariati, da ragioni strettamente economiche a cause connesse ai regimi politici.

Lo scenario muta quando oggetto di indagine è solo il numero di condanne.



Ampliando il periodo di riferimento dal 1959 fino ad oggi, l'Italia risulta essere la seconda maggiormente condannata¹², dopo la Turchia¹³ e prima della Russia¹⁴.

Va però precisato che il dato considera tutti gli Stati che hanno aderito alla Convenzione, senza diversificare in ordine al momento storico in cui la ratifica è avvenuta¹⁵.

¹⁰ Nella relazione tenuta per il cinquantenario della CEDU, il presidente all'epoca in carica Jean Paul Costa ha affermato che "si tratta di ricorsi che vengono presentati per una mancata conoscenza della Convenzione o del ruolo svolto dai giudici di Strasburgo ma che devono essere comunque esaminati. Un compito che allunga enormemente i tempi delle decisioni", cfr. <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/comunitario/primiPiani/2009/01/la-cedu-apre-l-anno-giudiziario-darivedere-la-legge-pinto.html>

¹¹ Dal grafico, si ricava l'inefficienza della proporzione per Stati aventi una popolazione bassissima o per Stati molto estesi e molto popolati.

Il Principato di Monaco ed il Liechtenstein non sono, infatti, noti per aver problematiche significative di tutela dei diritti umani. Mentre, Russia e Turchia (0.8), invece, purtroppo spesso si distinguono sotto questo profilo.

¹² L'Italia, nell'arco temporale considerato, ha riportato 1651 provvedimenti di condanna a fronte di 2166 sentenze rese nei suoi confronti.

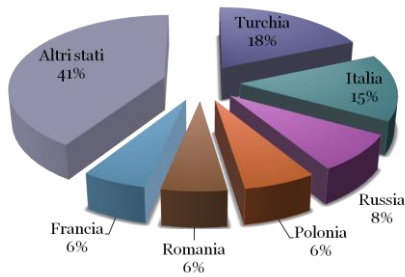
¹³ La Turchia, nell'arco temporale considerato, ha riportato 2404 provvedimenti di condanna a fronte di 2747 sentenze rese nei suoi confronti.

¹⁴ La Russia, nell'arco temporale considerato, ha riportato 1140 provvedimenti di condanna a fronte di 1212 sentenze rese nei suoi confronti.

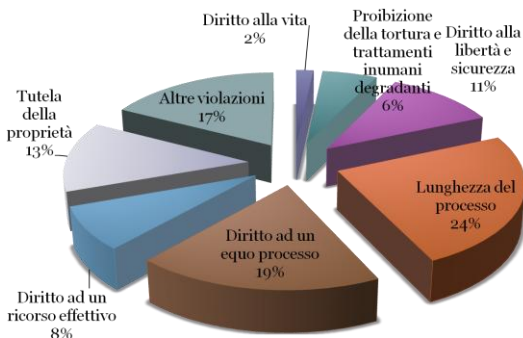
¹⁵ La CEDU è stata firmata per la prima volta il 4 novembre 1950 da 12 Stati (Germania, Francia, Italia, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Danimarca, Regno Unito, Irlanda, Islanda, Norvegia, Turchia).



Condanne riportate dai singoli Stati (1959-2011)

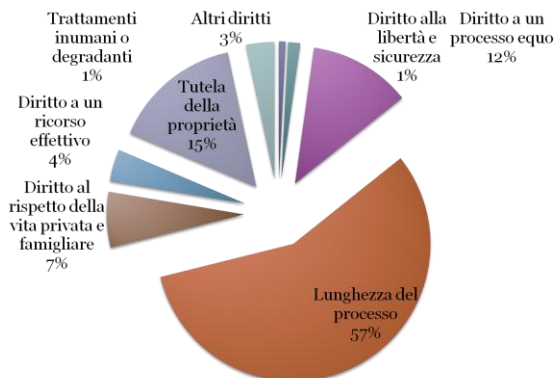


Il grafico seguente illustra l'oggetto dei provvedimenti di condanna (1959-2011):



Sebbene la fetta più grossa della torta sia occupata dal problema della lunghezza dei processi, il dato è inquinato: delle 4810 sentenze emesse fino ad oggi, oltre un terzo riguardano l'Italia (1155)¹⁶.

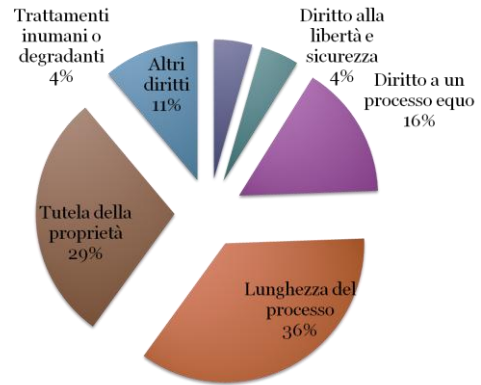
Se questa non avesse riportato un numero di violazioni connesse all'art. 6 così elevato, inferiori sarebbero stati i procedimenti che l'avrebbero coinvolta:



¹⁶ A seguire Turchia (493), Grecia (403) e Francia (281). Il dato riguarda l'oggetto dei provvedimenti, senza distinguere tra condanne ed altri provvedimenti. I dati scorporati non sono stati forniti.

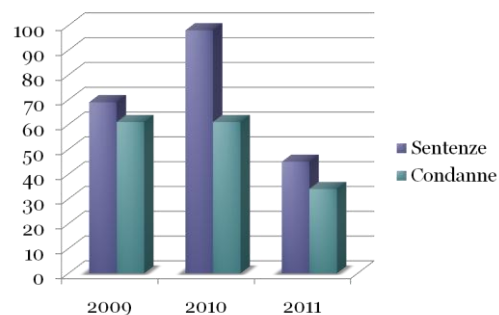
Ciò, comunque, non le avrebbe garantito una posizione migliore. Sottraendo dal totale di 2166 il valore il valore 1155, residuerebbe una cifra complessiva di procedimenti che la porterebbe al terzo posto, dopo Turchia e Russia.

Tornando a considerare isolatamente il 2011, i provvedimenti relativi all'Italia sono, invece, così ripartiti:



Confrontando i dati complessivi (1959-2011) con quelli degli ultimi anni, si registra una diminuzione del contenzioso relativo alla durata dei procedimenti ed un aumento di altre violazioni.

Sotto il profilo numerico, sebbene il 2011 abbia fatto registrare per l'Italia un numero di sentenze inferiore rispetto al 2009 e, soprattutto, al 2010¹⁷, i procedimenti a suo carico conclusi nel 2011 (45) sono stati superiori alla media degli ultimi 52 anni (41,65).



4. Breve postilla conclusiva.

Come anticipato in apertura, il presente contributo si è prefisso finalità meramente descrittive.

I grafici riportati non sono idonei a definire cosa sia il dialogo tra Corti ma, datane per presupposta l'esistenza, cercano di offrirne una misura.

Naturalmente, si tratta di un apprezzamento parziale che può descrivere solo un lato della realtà. Oltre

¹⁷ Nei siti istituzionali non è stato possibile reperire i dati riferibili agli anni precedenti.



alla dimensione quantitativa esiste anche un aspetto qualitativo che lega tra loro non solo i due giudici europei (CGUE e Corte EDU) ma anche i giudici nazionali.

Di quest'ultimo è difficile darne una misura traducibile in istogrammi e torte; ma i cicli di incontri tra i giudici europei, spesso anche in forme istituzionalizzate¹⁸, sono anch'essi sintomo e misura di un dialogo destinato a consolidarsi sempre di più nel tempo.

¹⁸A titolo esemplificativo, si ricorda che a partire dal 1970 è stata istituita la Conferenza delle Corti costituzionali europee su proposta dei Presidenti delle Corti costituzionali di Austria, Germania ed Italia.

La conferenza si tiene con una frequenza triennale e l'ultima si è svolta a Bucarest nel mese di maggio 2011.

Lo statuto della Conferenza delle Corti costituzionali è consultabile al sito www.cortecostituzionale.it alla sezione *relazioni internazionali*.

Nel mese di marzo 2009, invece, la CGUE ha organizzato un simposio che riuniva i presidenti delle Corti costituzionali e Supreme degli Stati dell'Unione europea.

Come si legge nel comunicato stampa, lo scopo era approfondire il dialogo con le Alte giurisdizioni nazionali sulle misure da prevedere per migliorare l'efficacia del procedimento pregiudiziale.

Il comunicato stampa è consultabile al sito <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/cp090024it.pdf>

La Corte EDU organizza seminari annuali dedicati al tema e raccoglie gli atti in una collana *Dialogue between courts*, consultabili al sito: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Seminar+documents/Dialogue+between+Judges/>

Infine, tutta la prima parte della *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011* svolta dal Presidente della Cassazione è dedicata alla dimensione europea della giustizia italiana e fa riferimento ad una casistica volta a testimoniare una grande attenzione alla giurisprudenza extra-statale. La relazione è consultabile al sito www.cortedicassazione.it alla sezione relazioni annuali.

Sempre lungo questa direzione, in una comunicazione congiunta (24 gennaio 2011) proveniente dai Presidenti delle due Corti e recante il luogo Strasburgo-Lussemburgo, si inizia a tracciare la strada per l'individuazione di una procedura che renda rapidi e veloci i rapporti tra CGUE e Corte EDU, in esecuzione del nuovo art. 6 TUE.

La comunicazione si apre facendo presente che questa si inserisce in un conteso di *regular meetings of the two courts* nei quali solitamente vengono discusse materie di comune interesse. La comunicazione congiunta è consultabile al link http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/.



